

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS
E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Cintia Maria Scheid

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS ASSENTAMENTOS
URBANOS INFORMAIS COMO GARANTIA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NO DIREITO À MORADIA**

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2008.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Cintia Maria Scheid

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS ASSENTAMENTOS
URBANOS INFORMAIS COMO GARANTIA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NO DIREITO À MORADIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Rogério Gesta Leal.

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2008.

Cintia Maria Scheid

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DOS ASSENTAMENTOS
URBANOS INFORMAIS COMO GARANTIA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NO DIREITO À MORADIA**

Esta Dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Rogério Gesta Leal
Professor Orientador

Dr.

Dr.

À memória de meu pai, Rubem Scheid, pelo legado do amor ao estudo.

AGRADECIMENTOS

As conquistas que temos na vida, definitivamente, não são individuais. Nessa luta, há pessoas que desempenham papéis essenciais. No caso desta dissertação, merecem meus agradecimentos aquelas sem as quais teria sido impossível a sua elaboração. Nesse sentido, agradeço profundamente à minha mãe, Neusa, pelo orgulho externado nos mais singelos gestos. Ao meu marido, Fabian, amigo, companheiro e grande incentivador, por tudo. À minha filha, Luiza, pelo sorriso constante, fonte de inspiração e força para sua mãe. Às minhas irmãs, Clarissa, pelo auxílio inestimável, e Carla, pela parceria e amizade. Ao meu orientador, Dr. Rogério Gesta Leal, pela confiança, pela atenção e, sobretudo, pela compreensão, tornando possível a realização deste sonho.

“Não terá chegado, afinal, o momento de os juristas abandonarem as divagações teóricas, no âmbito restrito de sua disciplina, cuidadosamente isolada, por ele próprios, das outras ciências sociais, sem que lhes importe a eficácia ou o resultado que elas apresentam a propósito das realidades sociais?”

(MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito como obstáculo à transformação social)

RESUMO

O fenômeno da urbanização acentuada é sensível no mundo todo, o que tem provocado uma maior conscientização, inclusive em nível internacional, acerca da importância do tratamento da questão urbana para o futuro da humanidade. Nesse sentido, apesar dos problemas advindos do crescimento acelerado das cidades serem de diferentes grandezas dependendo do “nível” do país em questão, é possível perceber um consenso generalizado de que é necessário se estabelecer, de forma consistente, políticas urbanas capazes de conciliar as distintas demandas que se apresentam em cidades inseridas num mundo cada vez mais complexo. No que diz respeito aos países periféricos, mais precisamente o Brasil, o que se constata, para além do crescente processo de urbanização, é o desenvolvimento desordenado das cidades, que resulta num cenário desigual tanto no que diz respeito à constituição do seu espaço urbano quanto no que se refere aos seus aspectos sociais. De fato, o processo de urbanização vivenciado no Brasil segue ocasionando uma série de desigualdades econômicas e sociais, e reflete, em grande medida, o predomínio do capital na formação das cidades. Nesse contexto, direitos humanos tão fundamentais como o direito à moradia não são atendidos sequer na sua dimensão mínima, aquela imprescindível para o desenvolvimento de uma vida com dignidade, pois o que restou para uma considerável parcela da sociedade brasileira foi buscar a sua moradia em locais ignorados pelo mercado formal, originando, assim, os assentamentos urbanos informais. Esses locais se notabilizaram por não compor a chamada cidade formal, e por espelharem, de forma cruel, as condições degradantes de vida de seus habitantes, para quem não foram garantidas as condições de uma moradia minimamente digna. O reconhecimento dessa realidade é condição *sine qua non* para que se possa iniciar um processo de transformação nas cidades e de construção da dignidade das pessoas que habitam os assentamentos urbanos informais. Para tanto, previsões normativas, ainda que necessárias, não são mais suficientes, impondo-se uma abordagem que, para além da dogmática jurídica, inclua aspectos que façam diferença na elaboração de uma política pública de regularização fundiária cujo objetivo é a efetivação do direito à moradia minimamente digna. É nessa perspectiva que esta dissertação busca analisar a política pública de regularização fundiária como instrumento de inclusão social para que aqueles que habitam os assentamentos urbanos informais possam viver dignamente.

Palavras-chave: Regularização fundiária – Direito à moradia – Assentamentos urbanos informais – Mínimo existencial - Dignidade da pessoa humana.

RESUMEN

El fenómeno de la urbanización acentuada es sensible en todo el mundo, lo que ha provocado una mayor concienciación, inclusive en el nivel internacional, acerca de la importancia del tratamiento de la cuestión urbana para el futuro de la humanidad. Así que, a pesar de los problemas que vienen con el crecimiento acelerado de las ciudades ser de diferentes grandezas dependiendo del “nivel” del país en cuestión, es posible percibir un consenso generalizado de que es necesario se establezca, de forma consistente, políticas urbanas capaces de conciliar las distintas demandas que se presentan en ciudades inseridas en un mundo cada vez más complejo. En lo que dice respecto a los países periféricos, más exactamente el Brasil, lo que se constata, además del creciente proceso de urbanización, es el desarrollo desordenado de las ciudades, que resulta en un escenario desigual tanto en lo que dice respecto a la constitución de su espacio urbano cuanto en lo que se refiere a sus aspectos sociales. De hecho, el proceso de urbanización vivenciado en Brasil sigue provocando una serie de desigualdades económicas y sociales, y refleja, en gran medida, el predominio del capital en la formación de las ciudades. En ese contexto, derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la habitación no son satisfechos siquiera en su dimensión mínima, aquella imprescindible para el desarrollo de una vida con dignidad, pues lo que restó para una considerable parcela de la sociedad brasileña fue buscar su habitación en locales ignorados por el mercado formal, originando, así, los asentamientos urbanos informales. Esos locales se hicieron conocer por no componer la llamada ciudad formal, y por reflejar, de forma cruel, las condiciones degradantes de vida de sus habitantes, para quienes no han sido garantizadas las condiciones de una habitación minimamente digna. El reconocimiento de esa realidad es condición *sine qua non* para que se pueda empezar un proceso de transformación en las ciudades y de construcción de la dignidad de las personas que habitan los asentamientos urbanos informales. Para tanto, previsiones normativas, aunque sean necesarias, no son más suficientes, imponiéndose un abordaje que, para allá de la dogmática jurídica, incluya aspectos que hagan diferencia en la elaboración de una política pública de regularización fundiaria cuyo objetivo es la efectividad del derecho a la habitación minimamente digna. Es bajo tal perspectiva que el presente trabajo busca analizar la política pública de regularización fundiaria como instrumento de inclusión social para que aquellos que habitan los asentamientos urbanos informales puedan vivir dignamente.

Palabras clave: Regularización fundiaria – Derecho a la habitación – Asentamientos urbanos informales – Mínimo existencial - Dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA.....	14
1.1 Direitos humanos e o direito à moradia.....	14
1.1.1 Sistema internacional de proteção dos direitos humanos: importância e aplicabilidade.....	15
1.1.2 Considerações sobre os direitos econômicos, sociais e culturais no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.....	22
1.1.3 O direito à moradia no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos: previsão e particularidades na aplicação das respectivas normas internacionais.....	29
1.2 Algumas notas sobre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	37
1.2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais: uma análise desde a perspectiva brasileira.....	37
1.2.2 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988: Princípios ou regras?.....	43
1.2.3 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.....	50
1.3 Direitos sociais como direitos fundamentais.....	55
1.3.1 Particularidades dos direitos sociais.....	56
1.3.2 Os direitos fundamentais sociais e a Constituição de 1988.....	61
1.3.3 A aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais: possibilidades e limites.....	65
2 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO À MORADIA.....	75
2.1 Notas introdutórias sobre o mínimo existencial.....	75
2.1.1 Breves referências sobre o surgimento do mínimo existencial.....	76
2.1.2 Elementos configuradores do mínimo existencial.....	78
2.1.3 O mínimo existencial como direito.....	84
2.2 A dignidade da pessoa humana.....	90
2.2.1 Algumas aproximações sobre a noção de dignidade da pessoa humana.....	90
2.2.2 A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil.....	96
2.2.3 A dignidade da pessoa humana e o direito humano fundamental social à moradia....	102

2.3.	A moradia minimamente digna: possibilidades conceituais.....	107
2.3.1	Direito à moradia – O que é?.....	107
2.3.2	O direito à moradia no quadro normativo brasileiro.....	114
3	A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA DIGNA.....	119
3.1	Reflexões sobre as cidades e a informalidade urbana no Brasil e o respectivo impacto sobre o direito à moradia nos assentamentos urbanos informais.....	119
3.1.1	As cidades brasileiras sob a ótica da urbanização.....	120
3.1.2	A moradia no contexto da urbanização brasileira e da informalidade urbana.....	127
3.1.3	Identificando alguns aspectos sobre a crise da moradia no Brasil.....	135
3.2	Tratamento jurídico da regularização fundiária urbana.....	142
3.2.1	A regularização fundiária urbana na legislação: breve histórico.....	143
3.2.2	Estatuto da Cidade e regularização fundiária: sistematização dos respectivos instrumentos para fins de análise.....	152
3.2.2.1	Instrumentos viabilizadores da regularização fundiária.....	154
3.2.2.2	Instrumentos de regularização fundiária propriamente ditos.....	163
3.2.3	As Leis 6.766/79 e 9.785/99 e a Regularização Fundiária Urbana.....	168
3.3	A regularização fundiária urbana como política pública de inclusão social.....	170
3.3.1	A política pública de regularização fundiária no Brasil: limites e possibilidades.....	171
3.3.2	A competência federativa na regularização fundiária urbana: a predominância do interesse local para a sua efetivação.....	183
3.4	A política de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais na cidade de Porto Alegre.....	191
3.4.1	Breve histórico do tratamento da regularização fundiária no contexto da política urbana de Porto Alegre.....	192
3.4.2	Regularização fundiária em Porto Alegre: situação atual.....	198
	CONCLUSÃO.....	214
	REFERÊNCIAS.....	219

INTRODUÇÃO

O grave problema da moradia nos assentamentos urbanos informais é resultado de décadas de desenvolvimento urbano irregular, conseqüência da busca pela moradia urbana por parte da população de baixa renda. Esse processo se desenvolveu ao arrepio da lei e sob o olhar inerte do Poder Público e da sociedade que não se sensibilizaram a ponto de tomar, oportunamente, medidas acautelatórias e preventivas que evitassem a situação consolidada e caótica em que hoje se encontram os grandes centros urbanos.

Por conseguinte, às pessoas que vivem nesses assentamentos não foram garantidas as condições mínimas para uma moradia condigna, embora seja um direito humano fundamental social, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, norteia o tratamento dos direitos fundamentais, o que, no direito à moradia, significa a pessoa ter acesso aos elementos mínimos de habitabilidade para sua existência. Todavia, a proteção que advém dessa previsão constitucional ainda carece de efetividade no mundo dos fatos.

A urbanização predatória que se verifica no Brasil, além de acarretar a precariedade da moradia e aviltar a dignidade daqueles que vivem nessas condições, provoca impactos para a cidade e a sociedade em geral, notadamente no que se refere à questão ambiental, comprometendo a qualidade de vida não só da presente, mas, principalmente, das futuras gerações.

Com efeito, 82% da população do país vivem, atualmente, em área urbana, sendo que há menos de um século a proporção era de 10% da população nacional. A pesquisa IBGE 2000 feita nos municípios revela a presença de assentamentos informais em quase 100% das cidades com mais de 500.000 habitantes e também, ainda que em menor medida, médias e pequenas cidades.¹ Um estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) apontou que 34,5% da população urbana brasileira vivem em condições precárias.²

Esses dados denotam a premência no desenvolvimento de políticas públicas efetivas para reverter esse quadro de informalidade perversa, informalidade esta que abarca as

¹ <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=section&id=15>. Acesso em 31 de julho de 2007.

² Jornal Zero Hora, quarta-feira, dia 22 de outubro de 2008, p. 35.

precárias condições de construção da moradia; a irregularidade da ocupação, pois muitas vezes em área de preservação ambiental ou de risco; a carência de infra-estrutura urbana e serviços públicos; e, ainda, a ilegalidade da ocupação ou dos contratos que originaram a posse. Nesse contexto, a informalidade abrange a precariedade, a ilegalidade e a irregularidade dos aspectos relativos à moradia, e sob esta perspectiva é tratada a questão dos assentamentos urbanos informais neste trabalho.

Impõe-se que esta problemática seja enfrentada com o desenvolvimento de políticas públicas capazes de concretizar os mandamentos constitucionais fundamentais. Trata-se de questão urgente, que demanda a criação imediata de alternativas para que a dignidade da pessoa humana promovida e respeitada, e a cidadania seja exercida na sua amplitude.

Por tais razões, a linha de pesquisa na qual se desenvolveu este trabalho é a de Políticas Públicas de Inclusão Social, pois, ao avaliar, na realidade brasileira, a política de regularização fundiária enquanto meio de realização das condições mínimas existenciais de moradia daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, da Emenda Constitucional 26, de 2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, e do advento do Estatuto da Cidade, em 2001, que, inegavelmente, instaura uma nova era para o tratamento do tema, busca delimitar as condições e as possibilidades para a efetivação das respectivas demandas sociais.

Tendo por parâmetro a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, inserto no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, bem como os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades sociais, para a promoção do bem de todos indiscriminadamente, o presente trabalho realiza um estudo do direito humano fundamental social à moradia e do mínimo existencial como pressuposto à dignidade da pessoa humana, tendo como enfoque os assentamentos urbanos informais das cidades brasileiras, e como norte a regularização fundiária, com o fim específico de verificar se essa política pública é capaz de garantir o direito a uma moradia minimamente digna nessas situações.

Para tanto, o trabalho divide-se em duas grandes partes: a primeira, subdividida em dois capítulos, traz um enfoque teórico sobre os temas do direito humano fundamental social à

moradia e sua análise desde a ótica do mínimo existencial como pressuposto à dignidade da pessoa humana. Na segunda, composta do terceiro capítulo, examinar-se-á a política pública de regularização fundiária urbana como instrumento de efetivação do direito à moradia digna, estabelecendo-se a relação entre os pressupostos teóricos desenvolvidos sobre o direito humano fundamental social à moradia e a realidade fática a ser enfrentada com a política de regularização fundiária para a efetivação daquele direito nos assentamentos urbanos informais.

Assim, no terceiro capítulo serão tecidas algumas aproximações sobre o surgimento das cidades e da urbanização no Brasil, com a análise da informalidade no processo de desenvolvimento urbano havido no país, e os reflexos desse contexto na efetivação do direito à moradia. Após, é feita uma abordagem sobre a política de regularização fundiária na realidade brasileira, na qual são considerados aspectos históricos e normativos. Ao final, com o objetivo de refletir o estudo feito, será avaliada, em linhas gerais, a política de regularização fundiária em Porto Alegre, culminando com a análise de um caso de regularização fundiária considerado como reflexo da orientação política na realização da regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como forma de promover o direito à moradia condigna daqueles que habitam esses locais.

Na elaboração da presente dissertação, foi utilizado o método dedutivo, pois, a partir do desenvolvimento dos referenciais teóricos realizados especialmente nos capítulos primeiro e segundo, e estabelecidos, a partir dessas premissas e do estudo levado a cabo no capítulo terceiro, os parâmetros para a análise da política de regularização fundiária como forma de garantir o mínimo existencial no direito à moradia para os que habitam os assentamentos urbanos informais, se faz, ao final, referência a uma situação concreta desta política no contexto do município de Porto Alegre.

Para lograr o objetivo proposto foi adotada uma metodologia procedimental sincrética, na medida em que o estudo se valeu de um conjunto de diferentes métodos, tais como histórico, estatístico e comparativo,³ através de pesquisa em materiais bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, e também de análise de dados e informações sobre a

³ Conforme Liliane dos Santos Vieira, “no Direito, exige-se o sincretismo metodológico, que consiste na reunião de vários métodos diferentes de origens diversas”. VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 104.

informalidade urbana, o que permitiu verificar não somente a insuficiência destes, mas também a sua defasagem e a ausência de uniformidade no seu tratamento.

O esforço empreendido nesta dissertação se caracteriza, para além de construir uma fundamentação teórica ao direito à moradia condigna, como direito humano fundamental social a ser promovido no caso dos assentamentos urbanos informais, pelo fato de buscar realizar uma análise o mais fidedigna possível da política de regularização fundiária como meio de efetivação daquele direito, apesar das dificuldades encontradas quando da pesquisa de dados. Para isso, a pesquisa foi desenvolvida desde uma ótica interdisciplinar, almejando situar a problemática enfrentada como o ponto de contato entre as áreas que lhe dizem respeito, tais como a jurídica, a política, a social e a econômica.

Por fim, cumpre registrar que, em face da riqueza teórica do tema estudado, e da incipiente política pública que é objeto de estudo, bem como das limitações físicas de uma dissertação, não foi possível esgotar com a profundidade desejada todos os aspectos envolvidos no caso em exame, o que, em muitas oportunidades, mereceria um estudo exclusivo. A opção, portanto, foi a de estabelecer referenciais teóricos, normativos e fáticos que embasassem seu objeto, de forma a delimitar o enquadramento do tema.

1 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Este primeiro capítulo tem por escopo contextualizar o direito à moradia no panorama dos direitos humanos e fundamentais sociais. Nesse sentido, serão traçados marcos teóricos, dentro dos quais serão analisados os aspectos considerados mais relevantes à efetivação do direito à moradia condigna para aqueles que habitam os assentamentos urbanos informais. Para tanto, no primeiro ponto será feito um breve estudo dos direitos humanos, com enfoque nos direitos sociais, particularmente o direito à moradia. Em seguida, lançaremos algumas notas sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1988, partindo da análise da relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, desde a perspectiva brasileira, para, então, discorrer sobre a natureza desses direitos e sua aplicabilidade imediata. Ao final, no terceiro ponto, trataremos, especificamente, da jusfundamentalidade dos direitos sociais e seus reflexos na sua efetivação, notadamente no que diz respeito aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, categoria na qual se insere o direito à moradia.

1.1 Direitos humanos e o direito à moradia

A análise dos direitos humanos, no âmbito da concretização do mínimo existencial como conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana nos direitos sociais, especialmente com relação ao direito à moradia, se apresenta essencial. Com efeito, a cidade deve ser pensada como o espaço para o exercício garantido dos direitos humanos de todas as dimensões para todos indiscriminadamente, sendo o “locus de referência ético-normativa garantida por uma institucionalidade democrática ampliada e por políticas públicas transformadoras”⁴. Nesse contexto, a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais desempenha papel estratégico para a garantia do direito a uma moradia condigna.

Em face da vinculação entre o direito humano fundamental social à moradia e a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como política pública transformadora, capaz de assegurar, em grande medida, a dignidade das pessoas que habitam esses locais, o presente ponto irá versar, ainda que despretensiosamente, sobre a relação entre os direitos humanos e o direito à moradia, este como parte integrante e inseparável daqueles. Para tanto, no primeiro tópico, abordar-se-á a importância e a aplicabilidade das normas que

⁴ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório Azul 2001-2002*. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH), 2002. p. 550.

compõem o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; a seguir, serão tecidas algumas considerações sobre os direitos econômicos, sociais e culturais no sistema internacional de proteção dos direitos humanos; por último, contextualizaremos o direito à moradia no âmbito internacional dos direitos humanos, discorrendo sobre a sua previsão e as particularidades na aplicação das respectivas normas internacionais.

1.1.1 Sistema internacional de proteção dos direitos humanos: importância e aplicabilidade.

É a partir da dignidade da pessoa humana que os direitos humanos foram sendo reconhecidos na ordem mundial, notadamente após a Segunda Grande Guerra, em que ficou evidente o uso do ser humano como meio para um regime totalitarista que aniquilou qualquer aproximação à dignidade da pessoa humana. O totalitarismo, ao ‘coisificar’ a pessoa, a torna supérflua e descartável, negando sua condição de valor-fonte da ordem jurídica.⁵

A reação que o totalitarismo da Segunda Guerra Mundial provocou levou à consagração da dignidade da pessoa humana em nível internacional, a partir de uma abordagem em que os direitos humanos adquiriram relevo universal, num processo de reconstrução da dignidade da pessoa humana após a ruptura havida com o nazismo.⁶ Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o marco da universalização desses direitos, e reflete o consenso sobre um sistema de valores que tem na dignidade do ser humano o seu núcleo duro. “Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns”⁷, consolidando-se, destarte, uma ética universalmente compartilhada.

De fato, a ausência de quaisquer reservas ou objeções ao conteúdo da Declaração, aliada à unanimidade de sua aceitação, demonstram que esse documento se apresenta como o código universal de conduta para os Estados na busca da concretização da dignidade da pessoa

⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 133.

⁶ Ibidem.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28. “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”.

humana, verdadeiro fundamento dos direitos humanos.⁸ Por conseguinte, “a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional ‘deslegitima’ os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade internacional”.⁹

Desde uma (resumida) perspectiva histórica dos direitos humanos, é possível afirmar que, num primeiro momento, a partir do jusnaturalismo moderno, o que havia era uma idéia abstrata sobre direitos humanos como valores axiológicos superiores. Em tal concepção, esses direitos são universais, porque são pertencentes a todos os seres humanos em seu estado natural. Para Locke, as pessoas são, por natureza, livres e iguais, sendo esse estado natural o que realmente importa, pois o estado civil não passa de artifício para possibilitar a amplificação dos valores naturais de liberdade e igualdade.¹⁰

Posteriormente, com a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, houve o reconhecimento explícito por um documento político da existência desses direitos. São concretizados, por meio da positivação, direitos da pessoa pelo fato de ser humano. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, produto da Revolução Francesa, ratifica a idéia de que os seres humanos são livres e iguais em direitos. De fato,

a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador, em contextos localizados e variáveis.¹¹

Há, assim, uma positivação, ainda que restrita aos indivíduos de determinados Estados, dos direitos humanos, antes contemplados somente no plano teórico do jusnaturalismo. Concretizam-se tais direitos, mas limitados à esfera do Estado que os reconhece: “são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular”¹².

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 33.

⁹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 70.

¹¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. pp. 123,124.

¹² BOBBIO, op. cit., p. 30.

Contudo, com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945¹³, e com aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, há uma relativização da soberania dos Estados, a partir da idéia de que os direitos humanos devem ser protegidos de forma ampla e universal e não cingidos ao âmbito exclusivo de proteção do direito interno de cada país, na medida em que a dignidade da pessoa humana, cerne da proteção desses direitos, se apresenta como questão de interesse internacional.¹⁴ Os direitos humanos, então, são concretizados positivamente de forma universal¹⁵.

A noção jusnaturalista de liberdade e igualdade, como valores naturais do ser humano, tem repercussão no artigo 1º da Declaração, ao proclamar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Cabe salientar, contudo, que essa disposição expressa a respeito da igualdade e da liberdade dos homens não implica o reconhecimento de uma situação fática consolidada, e sim uma situação ideal a ser perseguida e conquistada para todos os povos do mundo, em espírito de fraternidade.¹⁶ Nessa direção,

a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais.¹⁷

Se, por um lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consolida o reconhecimento universal dos direitos humanos, de outro lado esse importante documento é o marco inicial que aponta o caminho a ser percorrido em uma trajetória que está constantemente sendo traçada. Ao consagrar direitos humanos, fundamentada no resgate da dignidade do ser humano, a Declaração de 1948 introduz a concepção da universalidade e da indivisibilidade desses direitos¹⁸. No primeiro caso, porque ser pessoa é a única condição necessária para ser titular de tais direitos, independentemente de condições sociais e culturais de determinada sociedade; no segundo, porque a Declaração, ao incluir os direitos

¹³ A Organização das Nações Unidas – ONU – foi criada pela Carta de São Francisco, em 26 de junho de 1945. Conforme Francisco Rezek, foi após a sua fundação que se estabeleceu uma preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 218.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 32.

¹⁵ Positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão não ser mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos [...] No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente em direitos do homem. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 28,29.

¹⁷ BOBBIO, loc.cit.

¹⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 38.

econômicos, sociais e culturais ao lado dos direitos civis e políticos, conjugando os valores da liberdade e da igualdade (material), realça a unidade fundamental na concepção dos direitos humanos e sublinha a abordagem indivisível no tratamento desses direitos¹⁹.

Apesar da Declaração de 1948 se constituir no marco da criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente para aquelas situações de omissão ou ineficiência da tutela desses direitos no âmbito doméstico, ela não possui - desde o ponto de vista estritamente legalista - força jurídica cogente justamente por se revestir da forma de declaração e não de tratado²⁰. Em face disso, houve o entendimento acerca da necessidade de 'juridicização' da Declaração de 1948 sob a forma de tratado internacional para que as obrigações assumidas fossem obrigatórias e vinculantes para os Estados-partes. Foi instaurado, assim, com os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o processo de 'juridicização', cujas disposições atribuem precisão e maior grau de detalhamento aos direitos previstos na Declaração.²¹

Por isso, com a aprovação da Declaração Universal de 1948 ocorreu a abertura da proteção internacional dos direitos humanos e a multiplicação dos respectivos instrumentos como reflexo dos processos de universalização e de generalização da proteção desses direitos no plano internacional, apresentando-se, parafraseando Cançado Trindade, como "a fonte de inspiração e o ponto de irradiação e convergência" dos instrumentos veiculadores de direitos humanos que surgem a partir de então.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas, é formado, basicamente, por dois grandes blocos, que se comunicam e interagem sempre na busca da mais ampla e completa proteção desses direitos. Essa divisão, portanto, tem caráter meramente sistemático.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 34. Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1992, ao afirmar, no § 5º: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. [...]".

²⁰ Conforme Francisco Rezek, às vezes a declaração comum é de tal maneira substancial que parece necessário enfatizar mais tarde, para prevenir equívocos, sua natureza não-convencional. A *Declaração Universal de 1948*, exemplifica esse gênero de ambigüidade. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 16-21, passim.

²¹ PIOVESAN, op. cit., pp. 97,98.

No primeiro bloco estão os instrumentos gerais (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966), que têm no ser humano considerado abstrata e genericamente o seu sujeito de direitos, e os instrumentos específicos ou especializados (como são as Convenções Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em 1951; Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979; Sobre os Direitos da Criança, em 1989), cujo sujeito de direitos é qualquer pessoa considerada concreta e singularmente por estar vinculada a determinados setores cujos aspectos especiais demandam proteção específica dos instrumentos de direitos humanos.²²

No segundo, estão os instrumentos de âmbito global, cuja abrangência se estende a todos aqueles países que ratificaram os respectivos tratados, e os instrumentos regionais, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, especialmente nos continentes europeu, africano e americano²³, mas com abrangência localizada em atenção às peculiaridades de determinada região, sempre no intuito de tornar reais os direitos humanos previstos na Declaração Universal, alcançando aqueles países que ratificaram os correspondentes instrumentos.²⁴

Esses instrumentos, inspirados e derivados da mesma fonte, complementam-se com o objetivo de garantir maior eficácia na proteção dos direitos humanos, constituindo a base jurídica para sua proteção.²⁵ Há, portanto, uma relação de complementaridade entre os diversos instrumentos internacionais, no intuito de ampliar a proteção desse direitos para assegurar o seu pleno exercício, o que realça a especificidade da proteção internacional dos direitos humanos.²⁶

Assim, é perfeitamente possível que a interpretação e aplicação das normas de um determinado tratado de direitos humanos orientem a interpretação sobre as disposições

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 39, 40.

²³ O Sistema Regional Americano de Proteção dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é parte, teve seu início com a criação da Organização dos Estados Americanos – OEA, na cidade de Bogotá, em 1948, e suas disposições afirmam e ratificam os princípios estabelecidos no seio da Carta das Nações Unidas. Em 1969 foi adotada a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica.

²⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 39.

²⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 01.

²⁶ *Ibidem*, pp. 2-29, passim.

constantes de outro tratado de direitos humanos.²⁷ Além disso, também se admite que avanços normativos de um tratado sobre direitos humanos tenham influência direta na aplicação de outros tratados do mesmo assunto para ampliar e fortalecer as obrigações dos Estados-partes e assegurar maior grau de proteção, não sendo possível, nessa esteira, que os novos tratados reduzam a proteção já existente em outros tratados de direitos humanos.²⁸ A relação de complementaridade é respaldada, ainda, pela noção de coordenação na aplicação dos meios coexistentes para a implementação dos direitos humanos, que decorre da liberdade de escolha do indivíduo, quanto ao procedimento que entender mais propício para defender o direito que está sendo violado.²⁹

Os tratados internacionais de direitos humanos são o resultado de um consenso entre os Estados signatários acerca da necessidade de serem adotados parâmetros mínimos de proteção para esses direitos. As normas veiculadas nesses instrumentos impõem, para os Estados que os ratificam, obrigações de cunho jurídico, para além das obrigações moral e política, tendo em vista que o objetivo precípua dessas disposições normativas é o de encampar um reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais nela previstos.³⁰

A finalidade dos tratados de direitos humanos é a proteção dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, seja em relação ao Estado que pertença, seja em relação aos demais Estados-partes.³¹ Por isso é que, ao aderir às normas desses tratados, os Estados autorizam que suas ações sejam monitoradas no plano internacional quanto ao respeito aos direitos fundamentais no seio de seu território, permitindo, destarte, a atuação internacional como uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos quando as instituições nacionais forem insuficientes ou inexistentes.³²

Em face do princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos, os tratados internacionais que versam sobre esses direitos não podem ser equiparados aos tradicionais tratados multilaterais, que têm na reciprocidade uma de suas premissas fundamentais. No âmbito da proteção dos direitos humanos, a reciprocidade cede espaço para a garantia coletiva

²⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 48,49.

²⁸ Ibidem, p. 50.

²⁹ Ibidem, pp. 25,26.

³⁰ Ibidem, p. 43.

³¹ TRAVIESO, Juan Antonio apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

³² Ibidem, p. 61.

do interesse público geral, pois o que se busca é salvaguardar os direitos do ser humano, e não os do Estado³³. Por tal razão não é possível aos Estados invocar a reciprocidade para não cumprir com as obrigações assumidas em sede de tratado internacional de direitos humanos, o que é respaldado pelo artigo 60, item 5, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que afasta a violação ao princípio da reciprocidade como causa autorizadora de não observância de tratados quando eles veicularem “disposições sobre a proteção da pessoa humana”.³⁴

No âmbito brasileiro, com a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 2004, que inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é ratificada a concepção de primazia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os demais tratados internacionais multilaterais, e, por conseguinte, de sua hierarquia constitucional, ao dispor que, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Os tratados de direitos humanos possuem, portanto, natureza específica em relação aos tratados multilaterais clássicos, pois sua celebração é para a proteção dos direitos do ser humano.³⁵ Com efeito, a especificidade dos tratados de direitos humanos decorre, em última análise, do consenso sobre o valor ético emanado pela Declaração Universal de 1948: os direitos humanos são direitos que merecem proteção internacional, porque trazem em si tema de legítimo interesse universal: a dignidade da pessoa humana.

A problemática, portanto, não reside na fundamentação desses direitos, como tampouco no reconhecimento de sua prevalência e, sim, na sua efetivação, o que se revela ainda mais importante quando o assunto são os direitos sociais, cuja implementação ainda não logrou a concretização necessária, a despeito da complementaridade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. À luz dessa ótica, e tendo em vista o objeto do presente trabalho, passaremos a analisar alguns aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos.

³³TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10.

³⁴Ibidem, pp. 10-23, passim.

³⁵Ibidem, p. 23.

1.1.2 Considerações sobre os direitos econômicos, sociais e culturais no sistema de proteção internacional dos direitos humanos

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem seu nascimento no berço da cultura ocidental e o seu mote foi, basicamente, a limitação do poder político com o objetivo de garantir direitos individuais (civis e políticos) contra a ingerência do Estado. Com efeito, uma breve análise dos acontecimentos mais significativos da cultura ocidental demonstra que o núcleo dos direitos humanos surgiu para a proteção do indivíduo em face do Poder Político.

Assim, é possível constatar já no século VI A.C., mais precisamente na democracia ateniense (de 501 a 338 A. C.), a preocupação com a limitação do poder político, em que se reconheceu que o governo é que deve existir para os cidadãos, e não o contrário, estabelecendo-se a premissa de que há direitos inerentes à própria condição de ser pessoa, direitos esses que não são concedidos por nenhuma instituição ou governante, por serem intrínsecos à qualidade humana. “Nesse sentido, deve-se reconhecer que a proto-história dos direitos humanos começa já no século VI A.C., com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas, e prossegue no século seguinte com a fundação da república romana”. Em Roma, o objetivo também residia na limitação do poder político, mediante o mecanismo de *checks and balances*, sistema de freios e contrapesos em que os órgãos políticos controlavam-se reciprocamente³⁶, dando-se continuidade à tendência da pessoa e não o governo ser o fim último das ações estatais.

Na Idade Média, no início do século XI, houve um movimento na direção da reconstrução da unidade política, em que rei e papa disputam o controle sobre a Europa, e foi exatamente contra os excessos dessa tendência, que despontava de forma ameaçadora, que se insurgiram manifestações de repúdio, como a Carta Magna de 1.215, na Inglaterra. É a liberdade, portanto, que aparece de forma incipiente como valor embrionário dos direitos humanos, corroborada pela necessidade de uma maior segurança nas transações negociais que surgiam com a ascensão do comércio, o que demandava a garantia da abstenção estatal, só viável pela limitação do poder político.³⁷

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 39-42, passim.

³⁷ *Ibidem*, pp. 39 – 45, passim.

Todavia, nos dois séculos posteriores à Idade Média, houve um considerável agravamento na concentração do poder político na Europa, e a Lei de *Habeas Corpus*, em 1679, e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), em 1689, ambas na Inglaterra, não alcançavam a todos os súditos, beneficiando, além do clero e da nobreza, à burguesia rica. Apesar disso, a partir da Declaração de Direitos é que teve início “uma garantia institucional indispensável das liberdades civis”, qual seja, a de um governo representativo.³⁸ Conforme Lafer,

num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder soberano do Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.³⁹

Com as Declarações de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776 e dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fruto da Revolução Francesa⁴⁰, há a positivação da defesa do indivíduo contra a imposição de forças tidas classicamente como opressoras, tais como a organização religiosa e o poder político, impondo a garantia da não intervenção, da liberdade de iniciativa e da igualdade formal.⁴¹ O individualismo surge, então, como o fundamento da liberdade para a autodeterminação do ser humano, dando azo aos chamados direitos humanos de primeira dimensão, com base numa “clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista”.⁴²

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 46, 47.

³⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126.

⁴⁰ Celso Lafer ressalta que, no plano do direito positivo, o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição Francesa de 1791, que no seu Título 1º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem. Na Constituição Francesa de 1848, que, apesar de ter emanado de uma Constituinte conservadora, refletiu a consciência dos problemas trazidos pela Revolução Industrial e pela condição operária. No entanto, apesar do reconhecimento de deveres sociais do Estado, não existe uma proclamação dos direitos correlativos dos cidadãos, que só surgirão nos textos constitucionais do século XX, por força da influência da Revolução Russa, da Revolução Mexicana e da Constituição de Weimer”. Ibidem, p. 128

⁴¹ COMPARATO, op. cit., pp. 49,50.

⁴² LAFER, op. cit., pp. 120 e 126. Refere ainda o autor que “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu – que tem as suas raízes na teoria do governo misto, combinada com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição”. o. cit., pp. 122, 123.

Essa nova ordem, no entanto, não tardou em gerar um novo grupo opressor, detentor do capital e dos meios de produção, e um novo grupo oprimido, a classe proletária, na medida em que o Estado Liberal não visa à modificação da situação fática daqueles que compõem as classes desprovidas, nem atua para impedir a concentração de riquezas nas mãos de poucos. Em tal perspectiva, o legado do socialismo traduzido nas “reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do bem estar social”⁴³ forneceu o substrato para os direitos de segunda dimensão, que acabam gerando uma mudança na concepção do Estado. Este passa a ser um instrumento de proteção e de promoção das necessidades das classes desfavorecidas, a fim de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa ótica, é possível afirmar que

o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. **O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.** Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.⁴⁴ (Grifamos)

As primeiras manifestações positivadas desses chamados direitos de segunda dimensão derivaram da Revolução Russa e da Revolução Mexicana, que desencadeou a Constituição de 1917 e com a Constituição de Weimer de 1919, que alçaram os direitos trabalhistas ao patamar de direitos fundamentais, juntamente com os direitos civis e políticos. Sem embargo, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que os direitos sociais, econômicos e culturais são reconhecidos e conquistam o patamar de direitos humanos, ao lado dos direitos civis e políticos.⁴⁵

A Declaração de 1948 rompe com a concepção divorciada que se tinha do discurso liberal e do discurso social e inova ao estabelecer a relação de dependência entre os valores de liberdade e igualdade⁴⁶, onde os direitos humanos “são parte integrante de um conjunto completo de normas jurídicas destinadas à protecção de todas as dimensões da pessoa

⁴³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 51,52.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 184.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 92,93.

humana”⁴⁷. Há, em ambas as categorias, uma relação direta com o poder político, que não mais se dirige somente à abstenção estatal para o exercício da liberdade, mas também para exigir o cumprimento do dever estatal de agir positivamente para satisfação de necessidades dos indivíduos em prol da igualdade material.⁴⁸ O titular desses direitos sociais, econômicos e culturais, chamados de direitos de segunda geração ou de segunda dimensão,

[...] continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementariedade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho. (grifos do autor)⁴⁹

Esses direitos atuam para assegurar o pleno exercício dos direitos de primeira dimensão, “tornando reais os direitos formais”⁵⁰. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos conquistam solidez e sistematização na Declaração Universal de 1948, a partir do texto, da estrutura e do espírito sobre os quais foi erigida. A idéia era a realização de um Pacto Internacional de Direitos Humanos para que esses direitos fossem esmiuçados, vinculando juridicamente os Estados signatários. Nesse sentido, a elaboração de dois Pactos para tutelar direitos humanos indivisíveis e interdependentes foi permeada por posições divergentes. Inicialmente, a idéia era de que deveria ser elaborado um único instrumento jurídico compreendendo os dois tipos de direitos.⁵¹

A decisão pela adoção de dois Pactos foi eminentemente prática, na medida em que a proteção internacional deveria ser imediatamente alargada ao maior número possível de direitos humanos e ratificada pelo maior número possível de Estados, em nome da

⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 230.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6: “Embora as exigências dos direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra”.

⁴⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 129.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 127.

⁵¹ NAÇÕES UNIDAS, *op. cit.*, pp. 221,222.

universalidade da Declaração de 1948. A conclusão, portanto, foi de que dois ou mais pactos de direitos humanos não afastariam o padrão subjacente comum por serem realizados de formas diferentes. Os direitos humanos têm igual valor e dependem uns dos outros para a sua realização recíproca, mas “a heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos da ONU”.⁵²

Por essa razão, durante o processo de elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não foi acolhida a tese de que esses direitos são destituídos de justiciabilidade. Com efeito, a Comissão de Direitos Humanos entendeu que o fato desses direitos exigirem formas de aplicação distintas daquelas cabíveis aos direitos civis e políticos não reside na existência ou não de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas no fato de que sua natureza demanda esforços dos Estados no sentido de empenhar-se efetivamente num planejamento bem elaborado para a realização dos direitos de segunda dimensão.⁵³

Os direitos sociais, econômicos e culturais, configuram-se como verdadeiros direitos fundamentais, dotados de acionabilidade e exigibilidade tanto quanto os direitos civis e políticos no caso de não serem corretamente observados. Entendimento diverso, conforme observa Flávia Piovesan, é meramente ideológico e não científico.⁵⁴ Essa é a razão pela qual “o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta”, sob pena de responsabilização internacional em caso de violação.⁵⁵ É sobre essa premissa que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser tutelados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

O Pacto prevê que esses direitos são realizados progressivamente e estabelece que os Estados signatários deverão adotar medidas, principalmente nos planos econômico e técnico,

⁵² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 129

⁵³ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 227.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 95,96.

⁵⁵ TRUBEK, David apud Flávia, *ibidem*, p. 96.

até o máximo dos recursos disponíveis para assegurar, ainda que progressivamente, o pleno exercício daqueles direitos. Todavia, adverte Flávia Piovesan que a expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada e cita o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma:

se a expressão ‘realização progressiva’ constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta interpretação deve ser interpretada à luz do seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-Partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização desses direitos. (General Comment n. 3, UN doc. E/1991/23) ⁵⁶

Com efeito, a possibilidade de realização progressiva tem a ver com os diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados envolvidos e não com a inexistência de obrigações imediatas. A idéia de progressividade deve ser considerada em conjunto com a idéia de pleno exercício dos direitos, pois não significa, em definitivo, que alguns devam ser imediatamente aplicáveis e que outros sejam logo que possível, e sim porque há direitos cuja aplicação imediata esbarra numa impossibilidade prática diante das medidas que devam ser adotadas para que sejam adequadamente gozados. ⁵⁷

No que diz respeito ao monitoramento e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, há previsão tão somente do sistema de relatórios, instrumento utilizado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para controlar a aplicação das normas pelos Estados signatários. Muito embora a incorporação do sistema de relatórios tenha significado um avanço no caminho para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, há que se admitir que a ausência do mecanismo de comunicação interestatal e das petições individuais representam um déficit importante para a promoção desses direitos. Realmente, em face da unidade fundamental dos direitos humanos e da indivisibilidade e complementaridade que os caracteriza, não há justificativa plausível para que tais mecanismos sejam utilizados à implementação dos direitos civis e políticos e não para os direitos econômicos, sociais e culturais. ⁵⁸

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 100.

⁵⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 226.

⁵⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 101

Diante desse cenário, a preocupação é que sejam incorporados mecanismos de monitoramento capazes de ampliar e fortalecer os meios para a realização desses direitos, assegurando “a justiciabilidade ou exigibilidade dos direitos econômicos e sociais”, o que é fortemente recomendado pela Declaração e pelo Programa de Ação de Viena de 1993, que também sugere a aplicação de critérios de avaliação por sistema de indicadores de medição do progresso na realização desses direitos.⁵⁹

O problema que se coloca, portanto, é o de como implementar esses direitos; é o de estabelecer e concretizar quais são as medidas cabíveis e pertinentes para a efetiva promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente nos países em desenvolvimento. A questão, portanto, não é a previsão desses direitos⁶⁰, pois, conforme refere Norberto Bobbio, quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade. O ponto nevrálgico no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais é passar à ação, quando então começam as reservas e as oposições.⁶¹

Nesse contexto, ganha destaque o papel desempenhado pelos órgãos internacionais de supervisão e dos próprios tribunais domésticos na tutela desses direitos, pois se a não observância dos direitos sociais, econômicos e culturais provém tanto da omissão do Poder Público estatal quanto da omissão internacional em favor dessa intervenção, é porque há uma deficiência no estabelecimento das prioridades da agenda governamental no que se refere às políticas públicas e uma relativa primazia da soberania em detrimento dos direitos humanos de segunda dimensão. A respeito do assunto, Norberto Bobbio é incisivo ao referir que

só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.⁶²

A aplicação eficaz do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pressupõe que sejam viabilizadas as instâncias internas de recurso administrativos e

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 102.

⁶⁰ Instrumentos veiculadores universais e regionais de direitos econômicos, sociais e culturais: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988; Carta Social Européia, de 1961, e Carta Social Européia (Revista), de 1996.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 40,41.

⁶² *Ibidem*.

judiciais para aqueles que consideram que os seus direitos não estão sendo observados pelo Estado na conformidade dos compromissos assumidos internacionalmente.⁶³

Por isso, embora ainda haja divergência quanto à conveniência desses direitos serem apreciados pelos tribunais nacionais, é cada vez maior o número de demandas submetidas a esses tribunais para que sejam decididas questões sobre esses direitos com importantes implicações em termos de recursos. Nesse sentido, o entendimento de que tais direitos são alheios à competência dos tribunais é arbitrário e incompatível com a unicidade fundamental dos direitos humanos, como direitos indivisíveis e interdependentes, além de comprometer seriamente o exercício da jurisdição para a tutela dos direitos dos grupos desprovidos da sociedade.⁶⁴

Cumprido salientar que há direitos econômicos, sociais e culturais que são ainda mais excluídos da possibilidade de apreciação judicial, em face dos contornos jurídicos que apresentam quando comparados com outros direitos dessa categoria, tal como ocorre com o direito à moradia, apesar do exercício de todos eles significarem a concretização da dignidade da pessoa humana.⁶⁵ É justamente a respeito da previsão internacional sobre o direito humano à moradia e aos esforços empreendidos para sua realização que serão tecidas algumas considerações a seguir.

1.1.3 O direito à moradia no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos: previsão e particularidades na aplicação das respectivas normas internacionais.

Os Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão obrigados e comprometidos em assegurar que níveis mínimos de satisfação desses direitos sejam atendidos para que o ser humano tenha possibilidade de desenvolver uma vida com dignidade. Contudo, a realização dos direitos humanos, de uma forma geral, apresenta dificuldades em face de uma série de circunstâncias. Em se tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais, essa situação apresenta-se ainda mais problemática, o que tem levado as Nações Unidas a atentar cada vez mais para a aplicação fática desses direitos, pois é

⁶³ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 237.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

“da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens”⁶⁶.

Essa relação de interdependência, indivisibilidade e complementaridade das diferentes categorias de direitos humanos, no entanto, vem se mostrando muito difícil de ser plasmada nos mundo dos fatos. O que se verifica é uma ruptura, nas palavras de Hannah Arendt, no respeito à dignidade do ser humano, notadamente em face da ausência ou da insuficiência de efetivação dos direitos humanos para a realização de uma vida digna. Apesar da unicidade fundamental que caracteriza os direitos humanos, é possível afirmar que os direitos econômicos, sociais e culturais são os mais afetados, na medida em que continuam a persistir, no mundo contemporâneo, situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos. A ubiquidade da pobreza e da miséria é a prova cabal dessa ruptura e o recrudescimento dessa situação havido com a intensificação do fenômeno da globalização econômica, nas últimas décadas, demonstra que “o inter-relacionamento do tema da ruptura com o da crise dos direitos humanos continua na ordem do dia”.⁶⁷

A “reconstrução dos direitos humanos” para a realização da dignidade da pessoa humana impõe uma tomada de consciência universal acerca da situação precária em que vive considerável parcela da população, para então ser possível a adoção de medidas direcionadas e concretas capazes de emancipar esses indivíduos das amarras da indignidade.

Nesse contexto, o direito à moradia conquista, paulatinamente, destaque na agenda internacional das Nações Unidas e tem atraído importantes esforços para sua realização, não só por parte dos seus organismos, mas também do Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos (Habitat): inicialmente, com a aplicação da Declaração de Vancouver sobre Estabelecimentos Humanos, publicada em 1976; depois, com a proclamação do Ano Internacional do Abrigo para as Pessoas sem Lar (1987)⁶⁸; em 1988, com a adoção,

⁶⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 130.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁶⁸ O Ano Internacional para o Abrigo dos Sem Abrigo, em 1987, facilitou a sensibilização da opinião pública para a questão da habitação e os problemas que lhe são conexos, que continuam a surgir em todo o mundo. O *follow up* do Ano, a Estratégia Global para o Abrigo para o Ano 2000, deu novo relevo às questões da moradia e conferiu, ao direito à moradia, uma proeminência que nunca lhe fora reconhecida na ação até então desenvolvida pelas Nações Unidas no domínio dos direitos humanos. NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Digna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra:

pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Estratégia Global para o Abrigo para o Ano 2000; e, por fim, em 1996, com a Conferência das Nações Unidas sobre Estabelecimentos Humanos (Habitat II), na cidade de Istambul.⁶⁹

Nesta ocasião, os Estados participantes concordaram, unanimemente, reafirmar o “empenho na plena e progressiva realização do direito à habitação suficiente, conforme previsto nos instrumentos internacionais”, declarando-se comprometidos com o

objetivo de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base equitativa e sustentável, para que todos tenham um alojamento adequado que seja saudável, seguro e acessível, nomeadamente em termos económicos, e que inclua infra-estruturas, instalações e serviços básicos, e beneficiem da proibição da discriminação no domínio da habitação e segurança jurídica da posse.⁷⁰

O direito à moradia está universalmente reconhecido pelos Estados que aprovaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966. Na Declaração Universal, está reconhecido no artigo 25 e foi incorporado no artigo 11, n. 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais como um dos elementos necessários ao exercício do direito a um nível de vida adequado, que deve ser interpretado à luz do que dispõe o artigo 2º, n. 1 desse mesmo Pacto.

Para além dos tratados e declarações mencionados, o direito à moradia é objeto de várias resoluções adotadas por órgãos das Nações Unidas. Ainda que essas resoluções não possuam força normativa vinculante, elas desempenham o importante papel de apresentar diretrizes que são aceites em nível internacional pelos Estados, ao dirigem-se a esses a fim de encorajá-los no empenho para a efetivação da moradia como um direito de todos. Com efeito, conforme refere Cançado Trindade, ademais dos efeitos positivos que a ação dos órgãos de supervisão internacionais provoca, há também um carácter preventivo importante, pois

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 7.

⁶⁹ Ibidem, pp.5,6.

⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 230.

não raro suas recomendações, incorporadas em resoluções, relatórios e estudos acarretaram a derrogação ou modificação de legislação e outros atos e práticas a nível nacional que ameaçavam ou atingiam os direitos humanos em diversos países, e estimularam o aperfeiçoamento dos procedimentos nacionais de proteção daqueles direitos.⁷¹

Veja-se, no aspecto, que apesar da relutância da Comissão brasileira em incluir a expressão “direito à moradia” na Carta de intenções da Conferencia Habitat II, em Istambul, no ano de 1996, a Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu o direito à moradia nos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Essa inclusão, ainda que tardia, resgata o compromisso assumido pelo Brasil tanto na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto na ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto à realização do direito à moradia para todos⁷².

No que diz respeito ao nível regional, no entanto, o direito à moradia está previsto expressamente apenas na Carta Social Européia Revista de 1996, no artigo 31. Essa peculiaridade causa estranheza, pois ainda que se trate de um direito com problemas de efetivação em países com distintos graus de desenvolvimento, é nos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento que se encontra o tratamento mais indigno dispensado a esse direito⁷³.

A Declaração Universal de 1948 prevê, em seu artigo 25, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a moradia, entre outros fatores de extrema importância para o gozo de uma vida plena. O artigo 11, n. 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que contém o fundamento mais importante do direito à moradia no sistema internacional dos

⁷¹TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 08.

⁷² VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 2000. p.10.

⁷³ Conforme refere na Observação Geral n. 4 sobre o direito a uma moradia condigna, o Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais considera que também se verificam problemas significativos, neste domínio, em sociedades economicamente mais desenvolvidas. As estatísticas da ONU indicam que há mais de 100 milhões de pessoas sem abrigo e mais de um bilhão não têm um alojamento adequado, e nada indica que esses números estejam a diminuir. O que parece evidente é que nenhum Estado-Parte está livre de problemas de vária ordem, no que se refere ao direito à habitação. NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 8.

direitos humanos⁷⁴, ao detalhar e atribuir obrigações de caráter jurídico aos Estados-partes preconiza que esses

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

E o artigo 2º, n.1, do Pacto, que dispõe sobre os deveres dos Estados-partes para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, determina:

Cada Estado-Parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Uma moradia decente é, sem dúvida, um dos elementos imprescindíveis à realização do direito que todo ser humano possui a um nível de vida adequado para desenvolver-se com dignidade, ou seja, é uma das necessidades mais básicas do ser humano, o que tem importantes implicações no âmbito dos direitos humanos. Por tal razão, o exercício da moradia como direito humano universal definitivamente não se constitui num teto qualquer, como tampouco como a mercadoria que sói ser usada para explorar e excluir. A moradia de que trata o sistema internacional de direitos humanos e que é reconhecida pelas nações que dele formam parte é aquela que com os elementos indispensáveis para caracterizar uma moradia condigna.

Não é necessário muito esforço para se constatar que a moradia condigna é privilégio de poucos, principalmente nos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento. Segundo o Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos, há, no mundo, mais de um bilhão de pessoas que vivem sem moradia adequada e cem milhões que sequer possuem um local para viver. No que diz respeito ao abastecimento de água potável e ao saneamento básico, apesar de serem elementos intrínsecos ao conceito de uma moradia condigna, um bilhão e duzentos milhões de pessoas nos países em desenvolvimento não têm acesso à água

⁷⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 9.

potável e um bilhão e oitocentos milhões não dispõem de saneamento básico, conforme indicam estatísticas da Organização Mundial de Saúde⁷⁵.

Com efeito, o direito à moradia condigna evidencia a indivisibilidade e interdependência que permeia a realização de todos os direitos humanos, ressaltando a unicidade fundamental desses direitos. O acesso a todos a uma moradia decente pressupõe o reconhecimento efetivo da dignidade do indivíduo e da não discriminação, além de se constituir na premissa para o desenvolvimento de outros direitos, tais como da saúde física e mental⁷⁶, de liberdade (de escolher “livremente” o local para viver; de associação, com os demais cidadãos de sua comunidade; de circulação), de intimidade, de participar nos processos públicos decisórios⁷⁷.

À luz dessas considerações é que devem ser interpretadas as obrigações dos Estados na promoção do direito à moradia condigna. Ao contrário do entendimento corrente de que para os Estados cumprirem essa obrigação basta afetar recursos orçamentários para tal fim, é imperioso o desenvolvimento de uma política pública ampla e interdisciplinar, na medida em que a realização desse direito tem implicações importantes para o exercício pleno de outros direitos humanos. É por essa razão que os Estados devem, para além da mera previsão orçamentária, desenvolver políticas adequadas e efetivas para a sua realização, estipulando ações específicas e bem alicerçadas para que se transforme num direito, de fato, acessível a todos, de forma digna.

Essa transformação na realidade concreta dos indivíduos desprovidos de um direito tão básico e essencial como a moradia demanda uma análise mais acurada das obrigações dos Estados-partes. Para elucidar as diversas obrigações a eles impostas, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enunciou uma série de iniciativas: organização de um debate geral sobre o direito à moradia condigna; revisão das diretrizes referentes à confecção dos relatórios que devem ser apresentados pelos Estados, na forma dos artigos 16 e 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; adoção da Observação Geral n. 4 sobre o Direito a uma Moradia Condigna, adotada pelo Comitê dos Direitos Econômicos,

⁷⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 06.

⁷⁶ A Organização Mundial da Saúde considera a moradia adequada como o fator ambiental mais importante no que se refere às doenças e ao aumento das taxas de mortalidade e morbidade. *Ibidem*, p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*.

Sociais e Culturais em 1991; inclusão, nas observações finais a serem feitas nos relatórios de determinados Estados- partes, de notas considerando o Estado como violador do direito a uma moradia condigna na ocorrência de expulsões forçadas.⁷⁸

Além disso, o Comitê determinou que, em que pese haver no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o comprometimento para o cumprimento progressivo desses direitos (artigo 2º, n. 1), devem ser atendidas medidas com efeito imediato pelos Estados signatários, a despeito das peculiaridades de cada um deles quanto às formas mais adequadas para a realização do direito à moradia condigna.⁷⁹

Segundo o Comitê, os Estados deverão, ainda, ser providos de vias internas de recurso, judiciais e administrativas, aptas a impedir desocupações forçadas. De fato, todos os esforços normativos e procedimentais de nível internacional visam assegurar que o direito a uma moradia condigna seja viável nos planos domésticos, como forma de reduzir o abismo que existe entre as previsões normativas e a realidade desses Estados, notadamente aqueles que se encontram em vias de desenvolvimento. Assim pondera a Observação Geral n. 4 sobre o Direito a uma Moradia Condigna, adotada pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

A comunidade internacional tem reafirmado, com freqüência, a importância de respeitar plenamente o direito a uma habitação condigna; no entanto, o fosso entre as normas enunciadas no n. 1 do artigo 11 do Pacto e a situação existente em muitas regiões do mundo continua a ser preocupante. Os problemas das pessoas sem abrigo e mal alojadas afiguram-se particularmente graves em certos países em desenvolvimento, que enfrentam grandes dificuldades e constrangimentos, nomeadamente de natureza econômica.⁸⁰

Para isso, é crucial que os relatórios fornecidos pelos Estados sejam fidedignos, a fim de que a supervisão das medidas adotadas por esses Estados seja eficaz. De fato, conforme refere a Observação Geral n. 4, nos relatórios submetidos à apreciação do Comitê, os Estados reconhecem e descrevem as dificuldades para a realização do direito a uma moradia condigna, mas em sua grande maioria as informações prestadas são insuficientes para que o Comitê possa delinear um quadro rigoroso da situação que ocorre no Estado em questão. Os

⁷⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 14.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 15.

relatórios, portanto, devem fornecer informações estatísticas detalhadas sobre a situação habitacional do país, bem como prestar informações pormenorizadas sobre os grupos vulneráveis e desfavorecidos na questão da moradia.

Cumpramos registrar que também há obrigações para a comunidade internacional (Estados e organizações internacionais) no que se refere à efetivação do direito à moradia condigna, como decorrência dos princípios que informam o sistema internacional dos direitos humanos e se traduzem numa série de medidas, de abstenção e de ação, para reafirmar, constantemente, a essencialidade desse direito, tomando as precauções e as ações necessárias para o avanço na sua promoção, pois “o mundo é uma única cidade –*cosmo-polis* – da qual todos participam como amigos e iguais”⁸¹.

Do exposto, é plausível admitir que está em curso um processo para o “progresso moral da humanidade” quanto ao tema dos direitos humanos, na acepção kantiana referida por Bobbio, cuja tese, desde o ponto de vista da filosofia da história, é de que a preocupação internacional externada no debate cada vez mais amplo e intenso sobre os direitos humanos pode ser percebida como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade.⁸² Sem embargo, na esteira da ressalva feita pelo autor, é de conhecimento comum que “os direitos sociais são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade, bem como de que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito”.⁸³

A conformação que os direitos econômicos, sociais e culturais assumem no corpo e na interpretação das Constituições nacionais é que permite verificar o conteúdo e o alcance que esses direitos adquirem no interior de cada Estado. Com efeito, a concretização da dignidade da pessoa humana que reside na satisfação dos direitos sociais depende justamente de como o Estado, em seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e a sociedade atuam para a efetivação desses direitos. É sob essa perspectiva que o presente trabalho passa a tratar de alguns aspectos dos direitos fundamentais e dos direitos sociais como direito fundamentais.

⁸¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 119.

⁸² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 52.

⁸³ *Ibidem*, p. 63.

1.2 Algumas notas sobre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais estão definitivamente construídos de forma integrada no patrimônio comum da humanidade, como resultado do processo de constitucionalização dos direitos humanos, principalmente a partir da Declaração de 1948⁸⁴. No Brasil, a absorção desse fenômeno, a partir da Constituição de 1988, se deu de forma veemente. Essa nova concepção com assento constitucional traz reflexos importantes que transcendem a relação indivíduo-Estado para alcançar, também, a relação entre particulares.

Por tais razões, o que se analisará, neste ponto do trabalho, é a relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais desde a perspectiva brasileira. Em seguida, será realizada, ainda que sumariamente, uma reflexão sobre a natureza dos direitos fundamentais em face dos tipos de normas (princípios ou regras), para, então, finalizar com algumas aproximações sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

1.2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais: uma análise desde a perspectiva brasileira.

Com efeito, os direitos humanos e os direitos fundamentais se alimentam da mesma fundamentalidade material, no sentido de reconhecerem e protegerem certos valores e bens jurídicos e de reivindicarem condições minimamente dignas aos seres humanos em geral e aos cidadãos de determinado Estado.⁸⁵ Todavia, ainda que seja imperioso reconhecer essa crescente interpenetração determinada pela influência recíproca entre as esferas internacional e nacional, notadamente em função da globalização e do advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, o tratamento dispensado aos direitos humanos e fundamentais, em cada um

⁸⁴ Adverte Cançado Trindade, ao comentar a falácia da expressão “gerações de direitos”, que é possível constatar certo descompasso entre a evolução dos direitos fundamentais no plano interno dos Estados quando comparada com o direito internacional, particularmente no que diz respeito às categorias de direitos fundamentais civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de outro (chamadas de primeira e segunda gerações ou dimensões, respectivamente). Assim, se no âmbito constitucional o reconhecimento dos direitos sociais foi, como regra geral, historicamente posterior ao dos direitos civis e políticos, no que se refere ao direito internacional aconteceu o oposto, conforme se verifica das convenções internacionais de trabalho a partir do estabelecimento da OIT, em 1919, que antecederam às convenções internacionais sobre direitos civis e políticos. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 55, 2002. p. 40.

desses planos, se distingue. Se os direitos humanos relacionam-se com os documentos de direito internacional, na medida em que têm como cerne o reconhecimento do ser humano como tal, alheios à sua vinculação com certo Estado, os direitos fundamentais são aqueles introjetados positivamente na esfera do direito constitucional de um Estado ⁸⁶. Ainda, conforme Fábio Konder Comparato

é aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. ⁸⁷

Nesse sentido, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal, ligada ao direito constitucional positivo, que irá distinguir os direitos fundamentais constitucionais. Não há, portanto, desde a perspectiva da fundamentalidade material, incompatibilidade entre esses direitos, conforme se vê na própria incorporação dos direitos humanos ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos (veja-se o artigo 5º, § 3º, da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 2004), e mesmo a tendência de muitas Constituições de acolher expressamente direitos que vêm sendo reconhecidos na ordem internacional ou de conter uma cláusula geral de abertura aos direitos garantidos no direito internacional convencional. ⁸⁸ Na perspectiva brasileira,

a Constituição Federal de 1988 referenda alguns conteúdos que nos conduzem a compreendê-la como inserida no rol daquele constitucionalismo cujo objeto fundante está nos direitos humanos, os quais devem orientar não apenas o trabalho dos juristas, como também a atuação das autoridades públicas e da sociedade como um todo. ⁸⁹

Dessa forma, a Constituição desempenha um papel fundamental para que sejam assegurados “parâmetros mínimos de vida social democrática e digna”. ⁹⁰

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 35,36.

⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 37.

⁸⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 83.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 65, 66.

No que diz respeito ao Brasil, a relação do país com os tratados internacionais de direitos humanos se estreitou com o processo de democratização, a partir de 1985, notadamente após a proclamação da Constituição Federal de 1988, quando houve a ratificação de importantes tratados sobre direitos humanos - entre eles, os pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1992, no plano global, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, também em 1992 (Pacto de São José da Costa Rica), no plano regional - possibilitando o fortalecimento do processo democrático, na medida em que ampliou o leque de direitos fundamentais albergados nesse processo.⁹¹ Assim,

com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas.⁹²

Com efeito, o fato da Constituição de 1988 ter inaugurado a cláusula de prevalência dos direitos humanos como princípio a orientar as relações do Brasil no plano internacional, conforme preconiza o artigo 4º, II, da Constituição, foi de grande valia para que esses tratados fossem ratificados. Para além disso, as ratificações significam a contemporaneidade no tratamento dispensado pelo Brasil ao tema dos direitos humanos em tempos de globalização.⁹³ De fato, os direitos humanos (re) assumem um papel relevante na busca de alternativas para fazer frente às mazelas advindas do processo global, apresentado-se como estratégicos para a promoção das demandas sociais básicas que se avolumam no interior dos Estados.

A Constituição de 1988 constitui, portanto, “o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”.⁹⁴ Nesse sentido, ao consagrar, expressamente, a dignidade da pessoa humana como valor axiológico informador para interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, notadamente para a obrigatoriedade da realização dos direitos fundamentais, o Brasil está umbilicalmente vinculado ao compromisso ético universal assumido na aprovação da Declaração de 1948. Afirma-se, destarte, a idéia da

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 41 et seq.

⁹² ALVES, J. A. Lindgren apud PIOVESAN, ibidem.

⁹³ Ibidem, p. 44.

⁹⁴ Ibidem.

Constituição como uma referência fundamental para o resgate da dignidade da pessoa humana como único valor apto a se constituir como referência universal, sem que isso signifique a absolutização das fórmulas e lugares onde e como tal resgate se deva promover.⁹⁵

E o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, quando refere que os direitos nela previstos não excluem outros que decorram dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, reforça a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Adverte Flávia Piovesan, porém, que não está afastada a possibilidade de eventual conflito entre as previsões normativas dos tratados internacionais de direitos humanos e aquelas constantes das Constituições nacionais, surgindo, então, a problemática sobre a forma de solucionar essa situação. Para a autora, o critério a ser utilizado diante de uma situação como essa é a da adoção da norma mais favorável à vítima, ou seja, prevalece, no caso concreto de conflito entre disposições internacionais e nacionais a respeito dos direitos humanos e fundamentais, aquela que for mais benéfica ao titular do direito que está sendo violado. Essa tarefa de ponderação a respeito da norma a ser utilizada caberá basicamente aos órgãos judiciários nacionais.⁹⁶

Não é essa, contudo, a orientação do Supremo Tribunal Federal. Entende a Suprema Corte Brasileira que os tratados internacionais são necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República e por tal razão não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais. Alega o Supremo Tribunal que a autoridade hierárquico-normativa da Constituição Federal, “considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”. Por fim, assenta que

a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.⁹⁷

⁹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 59.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 53.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81319/GO, julgado em 24 de abril de 2002. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 07 de agosto de 2008.

Para Flávia Piovesan, entretanto,

os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direito nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas essas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.⁹⁸

Defende a autora, ainda, que os tratados de direitos humanos detêm força hierárquica constitucional em contraposição aos demais tratados internacionais. Conforme enfatiza, “enquanto os demais tratados têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do artigo 102, III, ‘b’, [...], os direitos enunciados em tratados internacionais dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional”, tendo o Brasil adotado um sistema misto quanto à hierarquia dos tratados internacionais: de nível constitucional, para os de direitos humanos e de nível infraconstitucional para os demais tratados.⁹⁹

Destaca, ainda, que apesar do entendimento doutrinário predominante ser de que o Brasil adota a corrente dualista, que distingue a ordem nacional da ordem internacional, de forma que os tratados internacionais ratificados pelo nosso país, para surtirem efeitos na ordem jurídica doméstica, devem se submeter à edição de um decreto, no que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, tal não se aplica. Consoante seu entendimento, em face do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, esses tratados têm aplicação imediata, de tal forma que o Brasil adota, então, um sistema misto também no que se refere à incorporação dos tratados internacionais: o dualista, para os tratados internacionais gerais, e o monista, para os tratados internacionais de direitos humanos.¹⁰⁰

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos até o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, não comungava dessa posição, entendendo que o disposto no § 2º do artigo 5º não significava que os tratados internacionais de direitos humanos assumissem, automaticamente, status de norma constitucional.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 56.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 82.

De qualquer sorte, é inegável que há uma relação de retro-alimentação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, inspirando-se mutuamente sempre na direção da salvaguarda da dignidade do ser humano. Se de um lado, os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalizados, de outro, os direitos humanos são direitos que eram e continuam sendo afirmados nas Constituições nacionais e que passam a ser reconhecidos e solenemente proclamados no plano internacional com a Declaração Universal de 1948, em que todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, condição até então assumida pelos Estados soberanos ¹⁰¹.

Nas palavras de Flávia Piovesan, a partir da Constituição de 1988, há um estreitamento na relação entre o Direito Internacional de Direitos Humanos e o Direito Interno que fortalece o marco dentro do qual os direitos fundamentais são protegidos, a partir do princípio da primazia dos direitos humanos. A despeito da posição do Supremo Tribunal Federal, ocorrem, a partir da Constituição de 1988, de forma conjunta, dois processos: de internacionalização do Direito Constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional. ¹⁰²

Tendo em vista essa relação de retro-alimentação entre direitos humanos e direitos fundamentais, marcada pela necessidade de concretização da dignidade do ser humano, seja em qual esfera for, é que tem pertinência a distinção feita por Luís Afonso Heck sobre esses direitos: enquanto aqueles atuam no plano abstrato, estes se dão no plano concreto ¹⁰³.

Por tal razão, se apresenta oportuna a ressalva feita por Ingo Sarlet no uso dessas expressões como sinônimas ¹⁰⁴, na medida em que tem implicações na análise da efetivação desses direitos, especialmente dos direitos sociais. Se falarmos em direitos humanos, inevitavelmente, a abordagem sobre a sua realização deve ser desenvolvida no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com todas as peculiaridades e

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 103. Nesse aspecto, interessante a leitura de Bobbio a respeito de Kant em “A Paz Perpétua”, quando refere que, neste estudo, o filósofo delineia um direito ‘cosmopolita’, transcendente ao direito público interno e ao direito público externo. Esse “direito do futuro”, segundo Kant, não deveria regular as relações entre Estado e súditos e entre Estados particulares, mas sim “entre os cidadãos dos diversos Estados entre si”, como uma das condições essenciais para a busca da paz perpétua, num momento onde “a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos”. Ibidem, p. 128.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 57.

¹⁰³ HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil*. Porto Alegre: SAFE, 1995. pp. 40-54, passim.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

dificuldades daí decorrentes, conforme visto anteriormente. De outra banda, em se tratando de direitos fundamentais, a análise de sua concretização se circunscreve às peculiaridades do sistema constitucional e da situação política, social e econômica do Estado em tela.

1.2.2 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: Princípios ou regras?

As teorias dos direitos fundamentais¹⁰⁵ adquirem particular realce num sistema normativo constitucional no qual são consagrados direitos sociais como direitos fundamentais, que, na prática, ficam subordinados a uma série de fatores para sua efetivação, os quais não raro deixam de ocorrer. J. J. Gomes Canotilho, ao comentar a respeito das teorias de direitos fundamentais, refere que é impossível ao “sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto de demandas ou exigências, cada vez mais complexo e crescente, oriundo do sistema social”.

106

O presente trabalho não tem a pretensão de discorrer sobre as teorias dos direitos fundamentais, pois elas abarcam uma temática de tal grandeza que não é possível ser abordada diante dos limites recortados para esta dissertação, bem como em face do pragmatismo do tema que este trabalho se propõe a tratar. Cumpre destacar, contudo, que para a Constituição de 1988 não foi adotada apenas uma teoria sobre e para os direitos fundamentais, circunstância esta que repercutiu na formatação do elenco de direitos fundamentais, consoante observa Ingo Sarlet.¹⁰⁷

Serão analisados, então, neste ponto, aspectos considerados importantes a respeito dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, notadamente quanto à sua conformação no âmbito de classificação das normas como princípios e regras na esfera do Estado Democrático

¹⁰⁵ Na esteira de Alexy, sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Para citar algumas, há as históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais; as filosóficas, que buscam esclarecer os seus fundamentos; as sociológicas, cujo objeto é o estudo da função dos direitos fundamentais no sistema social. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 121-123, passim.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 75. Refere o autor que é possível constatar que o Constituinte brasileiro buscou inspiração principalmente nas teorias liberal e social dos direitos fundamentais, “incluindo suas diversas variantes e manifestações”.

de Direito, a partir da repercussão que essa premissa opera na forma de aplicação desses direitos, e, por conseguinte, na maneira pela qual sua efetivação pode ser levada a cabo.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais receberam tratamento notável, haja vista sua posição hierárquica normativa em relação às normas constitucionais em geral. Importante averbar, no aspecto, que a relevância material e formal que lhes foi atribuída decorre – também e principalmente - da reação do Constituinte aos mais de vinte anos de período ditatorial que antecedeu à Constituição, no qual vigorou um regime de verdadeira anulação de liberdades fundamentais.¹⁰⁸

Ademais, são contemplados, na Constituição de 1988, direitos fundamentais de diferentes categorias, na esteira do compromisso ético assumido com a aprovação da Declaração de 1948 e dos Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰⁹, realçando, assim, como “os direitos humanos internacionais inovam a ordem jurídica brasileira, complementando e integrando o elenco de direitos nacionalmente consagrados e nele introduzindo novos direitos, até então não previstos pelo ordenamento jurídico interno”.¹¹⁰

Nesse sentido, os direitos fundamentais densificam, normativamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada, na Constituição de 1988, como um princípio fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro, como verdadeiro parâmetro axiológico a partir do qual deve ser realizada a hermenêutica da ordem constitucional e infraconstitucional pátria como sistema jurídico. Assim, o Estado Democrático de Direito se configura um “Estado de Direitos Fundamentais”, pois se baseia “no respeito à dignidade da pessoa humana e ao serviço da garantia da mesma inviolabilidade dessa mesma dignidade inerente a cada pessoa individual e concreta”.¹¹¹

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 76. Salienta, ainda, que, a despeito do fato da Constituição não utilizar o termo “direitos fundamentais” ao tratar das cláusulas pétreas no artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, lançando mão da expressão “direitos individuais”, “a própria utilização da terminologia ‘direitos e garantias fundamentais’ constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação ‘direitos e garantias individuais’.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 78.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 67.

¹¹¹ OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (org.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p 179

Ainda que não seja possível afirmar que todos os direitos fundamentais possuam uma vinculação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, esses direitos representam a sua concretização normativa ¹¹², e é a partir dele que se constrói a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Em face desse núcleo duro, caracterizador dos direitos fundamentais, é possível admitir a sua existência para além daqueles expressos no Título II da Constituição de 1988, previstos de forma esparsa na Constituição e até mesmo em tratados internacionais, a partir de um “conceito materialmente aberto” de direitos fundamentais, cristalizado pela Constituição de 1988 no § 2º do seu artigo 5º. ¹¹³

Ao lado da fundamentalidade material, a doutrina refere, ainda, que os direitos fundamentais se caracterizam pela fundamentalidade formal, que se submete às peculiaridades de cada ordem constitucional. No tocante à ordem constitucional brasileira, a fundamentalidade formal erige-se sobre três aspectos: a) O fato dos direitos fundamentais situarem-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) O fato dos direitos fundamentais formarem o núcleo duro e inarredável do sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988), o que impõe que eventual alteração observe os limites formais e materiais de reforma constitucional; c) Por fim, o fato dos direitos fundamentais serem dotados de aplicabilidade imediata e vinculante, pois, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. ¹¹⁴

Aliás, no que diz respeito ao limite formal proveniente do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, alçando os direitos fundamentais à condição de cláusulas pétreas, cabe referir que tal ocorre porque os direitos em questão são materialmente fundamentais em face dos bens e valores que tutelam. A fundamentalidade formal assume, nesse particular, também, e ao mesmo tempo, a feição de fundamentalidade material. ¹¹⁵

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 81, 82.

¹¹³ *Ibidem*, p. 83. Defende o autor, ainda, em virtude da abertura material do conceito de direito fundamental, “a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime dos princípios da Constituição”.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 86, 87.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 87.

A Constituição de 1988, ao consagrar os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, tais como o são aqueles elencados no artigo 1º, comunga do espírito principiológico de praticamente todas as constituições contemporâneas e, por conseguinte, da técnica legislativa adotada por elas, albergando, em seu texto, duas espécies normativas: a dos princípios e a das regras,¹¹⁶ a fim de que seja dada concretude às disposições constitucionais.

Na era positivista, compreendida entre o século XIX até a primeira metade do século XX, os princípios não passavam de meras sugestões éticas ou morais, de cunho tão somente subsidiário, não vinculando, em qualquer grau, legisladores, administradores, juízes¹¹⁷, e, muito menos, os particulares¹¹⁸, em face da ausência de normatividade com que eram assumidos.¹¹⁹ No positivismo jurídico, os valores são subjetivos, relacionando-se com sujeitos e grupos de sujeitos: numa sociedade de estranhos, não há valores únicos compartilhados, não sendo possível saber quais são os valores que informam a conduta alheia. Dessa forma, o único valor que resta a ser garantido é o da segurança, entendida “como a possibilidade de prever as conseqüências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la”.¹²⁰ Em tal contexto, o silogismo jurídico é o meio adequado para a aplicação da lei, subsumindo-se os fatos às regras, fazendo transparecer, de forma segura, o comportamento a ser realizado.¹²¹

Com a superação do positivismo jurídico estrito, a interpretação da Constituição apresentou-se, especialmente a partir da segunda metade do século passado, como um problema central. De fato, após a Segunda Guerra Mundial ocorre a deterioração do

¹¹⁶ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 87.

¹¹⁷ Para Ronald Dworkin, conforme Paulo Leivas, “os positivistas dizem que o juiz não têm discricionariedade quando está diante de uma regra clara e estabelecida. Porém, se um caso não está controlado por uma regra clara e estabelecida, o juiz deve decidir mediante o exercício da discricionariedade, pois os princípios não seriam vinculantes. Para Dworkin, ao contrário, os princípios são vinculantes, e o juiz, também nos casos difíceis – quando não se pode encontrar uma regra estabelecida -, não tem discricionariedade”. LEIVAS, Paulo Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 31,32.

¹¹⁸ Refere Vera Karam de Chueiri que, para Dworkin, “o senso de responsabilidade que se estabelece entre os cidadãos é, por conseguinte, comunitário e não individualista. O agir conforme princípios – íntegro – é um agir coletivo: desde a consideração dos agentes, da atribuição de deveres e obrigações, até a própria justificação. [...] cada cidadão, ao subscrever um esquema de princípios, a ele deve se manter fiel, pois identificado como o esquema da comunidade”. CHUEIRI, Vera Karam de. DWORKIN, Ronald, 1931 -. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 263.

¹¹⁹ DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. *Ibidem*, p. 653.

¹²⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. *Ibidem*, p. 646.

¹²¹ BREUS, op. cit., p. 89.

positivismo jurídico, havida especialmente em face do fascismo e do nazismo, que alcançaram o poder “amparados” pelo marco da legalidade então vigente e, salvaguardados na lei, cometeram verdadeiras atrocidades. Nesse cenário, já não era mais possível aceitar um modelo de ordenamento jurídico que, por se situar ao largo de valores éticos, permitiu a ocorrência dantesca testemunhada com a Segunda Grande Guerra.¹²²

A crise do positivismo ensejou um novo paradigma sobre o papel da Constituição, no qual a norma demarca a possibilidade de diversas situações interpretativas, pois é “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”¹²³. A efetividade passa a ser condição para a validade do direito legislado e jurisprudencial, englobando mais que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico, pois, diante da abertura das normas de direitos fundamentais, o simples conhecimento do direito legislado não é suficiente¹²⁴. É, portanto, a partir da valorização dos princípios, de sua consagração pelas Constituições e do reconhecimento de sua carga normativa¹²⁵ que se constrói um novo cenário para a concretização dos direitos fundamentais em homenagem à dignidade do ser humano.

Nesse passo, mas sem a pretensão de adentrar no vasto campo da interpretação da Constituição a partir dos princípios e muito menos de esgotar a problemática que lhe é inerente, é importante fazer algumas referências a esse respeito tratando-se de pressupostos teóricos, porquanto a efetivação dos direitos fundamentais, individuais e sociais, passa pela forma como são interpretados¹²⁶. De fato, “diante da existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico associado a esses direitos é, em primeiro lugar, um problema que diz respeito à interpretação das formulações do direito positivo”.¹²⁷ É nesse contexto que os princípios ganham força jurídica, na medida em que

¹²²BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.p. 290.

¹²³ Ibidem, p. 287.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34.

¹²⁵ BARROSO, op. cit., p. 291.

¹²⁶ Apesar do reconhecimento da normatividade dos princípios se configurar uma etapa superada, o mesmo não se pode afirmar acerca de sua interpretação para solucionar efetivamente situações concretas. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que “ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia”. Ibidem, pp. 293, 294.

¹²⁷ ALEXY, op. cit., p. 25.

o sistema jurídico traduz-se num modelo esquemático composto não apenas de regras pontuais (como nos moldes positivistas), mas de normas-regras e normas-princípios, é intuitivo que os princípios, por sua conformação estruturalmente mais elástica e aberta, atingem espectros mais amplos de incidência fática e cobrem hipóteses desafiadoras não alcançadas de ordinário por um sistema exclusivamente baseado em regras.¹²⁸

À luz dessa nova concepção se inaugura um processo de interpretação da Constituição a partir da diferenciação no plano da estrutura da norma de direito fundamental, que distingue as normas entre princípios e regras. Na análise da estrutura das normas de direito fundamental, a distinção entre regras e princípios é crucial, pois, conforme Alexy, sem essa premissa não é possível uma teoria adequada dos limites dos direitos fundamentais, nem uma teoria satisfatória da colisão e, tampouco, uma teoria suficiente acerca do papel que os direitos fundamentais desempenham no sistema jurídico, constituindo-se, portanto, a base para a jusfundamentalidade.¹²⁹

Assim, regras e princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, e podem ser formulados com expressões deônticas básicas de ordem (permissão, proibição e obrigação). Os princípios, como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, entre dois tipos de normas.¹³⁰

São vários os critérios usados para fazer a distinção entre princípios e regras, sendo o mais utilizado o do grau da generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto e as regras são normas com um grau relativamente baixo de generalidade. Há que se advertir, contudo, na esteira de Alexy, que a distinção entre princípios e regras não é apenas de grau, mas também é essencialmente qualitativa.¹³¹

A partir dessa perspectiva qualitativa, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, ou seja, os princípios são ordens de otimização (ordem num sentido amplo, que abarca permissões, obrigações e proibições), a ser cumpridas em diferentes graus e na medida

¹²⁸ DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 653.

¹²⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. *Ibidem*, p. 47.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 87.

¹³¹ *Ibidem*, p. 90.

das possibilidades reais e jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras opostos.¹³² Os princípios são, assim, normas *prima facie*, pois, ao determinarem que algo deva ser realizado na maior medida possível no âmbito das possibilidades referidas, não se vislumbra, *a priori*, um mandamento definitivo.

As regras, por seu turno, também são normas deônticas, que são cumpridas ou não, de forma que se uma regra é válida, a consequência é fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm “determinações” no âmbito do fático e do juridicamente possível. Por tal razão, as regras, em contraposição aos princípios, tem um caráter preponderantemente definitivo. Adverte Alexy, contudo, que embora essa distinção entre regras e princípios se pareça com a de Dworkin, dela se diferencia num ponto essencial, qual seja, na caracterização dos princípios como ordem de otimização, no sentido de que algo seja feito na maior medida possível.¹³³

Essa diferença adquire nitidez nas soluções a serem adotadas para hipótese de colisões entre princípios e na situação de conflito de regras, porquanto, em ambos os casos, a aplicação simultânea dessas normas, cada uma em sua esfera, conduzirá a resultados incompatíveis.¹³⁴ No caso das regras, o conflito só poderá ser solucionado de duas formas: introduzindo numa das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida uma delas. Na primeira hipótese, se excepciona a aplicação de determinada regra quando ocorrerem certas circunstâncias, situação em que se aplicará a regra a que se refere essa ressalva. Não sendo possível a cláusula de exceção numa das regras, uma delas será declarada inválida e, conseqüentemente, excluída, a partir da aplicação de regras como lei posterior derroga/revoga lei anterior, lei especial derroga/revoga lei geral e conforme a importância das regras em questão.¹³⁵

Todavia, a solução da colisão de princípios¹³⁶ é totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão um deles tem que ceder diante do outro. Isso, todavia, não

¹³² Ibidem.

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

¹³⁴ Ibidem, p. 92.

¹³⁵ Ibidem, p. 93.

¹³⁶ Os princípios delimitam o campo do dever-ser ideal. Por isso, as colisões surgem a partir do momento em que se tem que passar desse amplo campo ao do estreito âmbito do dever-ser definitivo ou real. A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é usada diante da faceta principiológica os direitos fundamentais, em que as duas primeiras máximas se encontram no âmbito das possibilidades fáticas e a última no das possibilidades jurídicas. p. 117. Alerta Alexy

significa declarar inválido um deles ou que se tenha que introduzir uma cláusula de exceção, pois os princípios não são absolutos para serem afastados definitivamente diante de uma situação concreta. O que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro e, sob outras, o contrário.¹³⁷

No tocante aos direitos fundamentais, Alexy propõe um modelo combinado de regras e princípios, cujas disposições podem ser consideradas, para além de positavações de princípios, como “determinações” que surgem em face das exigências de princípios contrapostos, ou seja, como regras.¹³⁸ Dessa forma, “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.¹³⁹

Quanto à Constituição de 1988, para além da existência de enunciados normativos dos quais se extrai alto grau de vinculatividade com evidente caráter de regra, tais como o artigo 5º, XLVII, da Constituição de 1988, que determina não haver pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis, o próprio resultado da ponderação de princípios estabelece regra de cunho normativo.¹⁴⁰

Nesse diapasão, e porque os direitos fundamentais constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático de Direito¹⁴¹, é que sua aplicabilidade é imediata, na forma prevista no § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988.

1.2.3 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

É imperioso o exame do alcance da aplicabilidade dos direitos fundamentais, principalmente em virtude da carência de concretização dos direitos fundamentais sociais na

que a máxima da proporcionalidade deve ser considerada como regra, e não como princípio, como sói ocorrer, pois ela não é sopesada contra algo, e sim se foi satisfeita ou não, hipótese esta que tem como consequência a ilegalidade. *Ibidem*, p. 139.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 93,94.

¹³⁸ LEIVAS, Paulo Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 53.

¹³⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 23.

¹⁴⁰ LEIVAS, op. cit., p. 54.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 72. Refere o autor que, não obstante a ausência de norma expressa na Constituição brasileira qualificando a República Federativa do Brasil como um Estado Social e Democrático de Direito, o princípio fundamental do Estado social não deixou de ser albergado na ordem constitucional brasileira, o que se depreende da previsão de direitos fundamentais sociais.

realidade brasileira. Parafraseando Konrad Hesse, “o significado da ordenação jurídica, na realidade e em face dela, somente pode ser apreciado se ambas [...] forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”. Em não sendo assim, adverte o jurista alemão que, ou a norma restará desprovida de elementos reais, ou a realidade carecerá de elementos normativos, pois, apesar da força condicionante da realidade e da normatividade da Constituição poderem ser diferenciadas, elas não podem ser definitivamente segregadas, nem confundidas.¹⁴²

Nesse sentido, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, busca imprimir maior eficácia às disposições constitucionais sobre direitos fundamentais, com vistas à sua efetivação.¹⁴³ Assim,

[...] o art. 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia [...]¹⁴⁴

Com efeito, apesar da evidência das normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais, serem normas dotadas de força normativa, cuja produção de efeitos concretos, em muitos casos, prescinde de produção legislativa, ainda assim têm recebido disposição específica nas Constituições contemporâneas a respeito de sua aplicabilidade imediata, em face da desídia persistente no tratamento a elas dispensado. Assim, além da previsão inédita da Constituição brasileira de 1988, também a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e a Constituição portuguesa contêm disposições semelhantes.¹⁴⁵

¹⁴² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991. pp. 13-15, *passim*.

¹⁴³ “A eficácia (jurídica) se apresenta como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 229.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 265.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. pp. 143, 144.

Essa previsão de aplicabilidade imediata inaugurada com a Constituição de 1988, contudo, tem levado a doutrina pátria ao debate sobre o alcance e o significado do referido dispositivo constitucional. De fato, em face das diversas categorias de direitos albergados sob o manto da jusfundamentalidade, a questão a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais desperta a necessidade de se tecer algumas considerações sobre os matizes que irradiam da previsão do artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

Nesse passo, para fazer frente à temática acerca do alcance e do significado dessa norma, cumpre examinar se é aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles que não estão arrolados no elenco do artigo 5º, ou se, ao revés, se restringe somente aos direitos individuais e coletivos daquele artigo. Com efeito, é na adequada posição de Ingo Sarlet que parece estar a interpretação correta, ao referir-se que

[...] em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim denominados direitos individuais e coletivos.¹⁴⁶

E segue o autor asseverando que uma interpretação teleológica e sistemática conduz à mesma conclusão, porquanto não houve, na Constituição Federal de 1988, qualquer diferenciação explícita entre os direitos individuais e coletivos do artigo 5º e os direitos sociais prestacionais.¹⁴⁷ No mesmo sentido, é o entendimento de Clèmerson Clève, ao sustentar que a Constituição de 1988 não permite que se faça qualquer tipo de distinção sobre o regime dos direitos individuais e sociais em face da ausência de disposição expressa neste sentido, ao contrário do que ocorre na Constituição portuguesa. Por tal razão, a previsão acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, alocada no artigo 5º constitucional, alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais.¹⁴⁸

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 254.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 254, 255. Nesse sentido, afirma o autor que é possível defender a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição Federal de 1988, e também daqueles localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, o que encontra respaldo na concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais insculpida no § 2º do mencionado artigo 5º.

¹⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em maio de 2007.

Quanto à aplicação do enunciado no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para as diversas categorias de direitos fundamentais, resta evidente que o Constituinte de 1988 pretendeu, por meio do disposto no referido artigo constitucional, “evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais”, além do fato de que não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.¹⁴⁹

Sem embargo, a norma contida no artigo 5º, § 1º, ainda que aplicável a todos os direitos fundamentais, não o será da mesma forma, assim como não será aplicável a todos os preceitos constitucionais, mas somente àqueles que levam em seu bojo um direito fundamental, sob pena de se igualar temerariamente as normas de direitos fundamentais às demais normas constitucionais, com o inevitável comprometimento da sua fundamentalidade formal e material.¹⁵⁰

Por certo, a aplicabilidade a que se refere o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 assume certas peculiaridades, dependendo da estrutura normativa do direito fundamental em questão. Dentre os direitos fundamentais estão os de defesa e os a prestações, que se diferenciam, principalmente, em razão das funções que exercem tanto para a configuração do Estado Social e Democrático de Direito, quanto para dignificarem a pessoa, mantendo entre si uma relação de complementaridade. De fato, num Estado Social e Democrático de Direito, os direitos sociais prestacionais, ao buscarem a igualdade real, acabam servindo à plena realização das liberdades, à medida que reduzem as desigualdades sociais, econômicas e culturais, assegurando a dignidade do ser humano. Assim, a análise da eficácia dos direitos fundamentais passa, inevitavelmente, pela função precípua que os caracteriza – de defesa ou prestacional – como também pela forma como vêm positivados na Constituição, pois esses dois aspectos são relevantes para a determinação do grau de eficácia e de aplicabilidade dos direitos fundamentais.¹⁵¹

No que diz respeito aos direitos fundamentais de defesa, haverá uma maior incidência, como efetivamente há, na sua aplicação imediata, pois, ao traçar a esfera de proteção do indivíduo em relação à atuação estatal, o seu direito é imediatamente exercido com a simples

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 256.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 262.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 252.

abstenção estatal.¹⁵² Dessa forma, eventual violação desses direitos enseja, via de regra, a provocação do Poder Judiciário para que o ato estatal violador seja cessado.

Já os direitos sociais de cunho prestacional, ao dependerem, para o seu exercício, de uma atuação positiva estatal, percorrem um caminho diferente, no qual são levantadas questões sobre a justiciabilidade desses direitos, sobre a reserva do possível e também sobre a discricionariedade administrativa na eleição das prioridades para a sua realização, para citar alguns aspectos que surgem quando vem à tona o tema da aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais.¹⁵³ Essas questões serão analisadas mais detidamente no item seguinte deste trabalho. Por ora, cumpre registrar que, embora a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se estenda a todas as categorias de direitos fundamentais, haverá uma gradação na aplicabilidade imediata decorrente da estrutura do direito fundamental. Isso não significa, todavia, que a aplicabilidade imediata de certos direitos sociais somente existirá na medida em que houver uma *interpositio legislatoris*, sem a qual não se possa cogitar de um direito subjetivo para o titular do respectivo direito¹⁵⁴.

Nesse passo, há que se ter presente que a norma contida no mencionado artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de realizar ao máximo a eficácia dos direitos fundamentais, investindo “os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.¹⁵⁵

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 147.

¹⁵³ Conforme Clèmerson Clève, “esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003. p. 21.

¹⁵⁴ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Clèmerson Clève. O primeiro refere que “modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”. BARROSO, op. cit., p. 106. Já o segundo defende que “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente). Tais políticas, como se está a sustentar, podem ser exigidas judicialmente. [...] é perfeitamente possível a propositura de ação judicial exigente de definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional”. CLÈVE, op. cit., p. 26.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 262.

Para Ingo Sarlet,

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...]¹⁵⁶

Em virtude do caráter principiológico da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988¹⁵⁷, a questão sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não pode ser resolvida com a lógica de tudo ou nada das regras. Ao revés, o exame do seu alcance terá sempre presente o direito fundamental em questão, delimitando-se conforme a situação concreta. Nesse sentido, a presunção é a da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, de forma que a declaração de ineficácia de determinada norma de direito fundamental pela ausência de ato concretizador deverá ser necessariamente fundamentada, à luz do caso concreto e da norma em exame, em sintonia com os postulados de uma interpretação tópico-sistêmica.¹⁵⁸

Assim, embora o tema tratado neste item comporte uma análise mais aprofundada, com menção a outros aspectos pertinentes que não foram aqui abordados, o que se buscou foi tecer, em breves linhas, algumas considerações reputadas importantes acerca da problemática envolvendo a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, particularmente em face dos direitos sociais prestacionais, objeto de estudo deste trabalho e em que se apresentam as maiores dificuldades de definição da norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988. Por tal razão, se passará a analisar, a seguir, a conformação dos direitos sociais prestacionais como direitos fundamentais e algumas conseqüências reputadas relevantes a partir dessa constatação.

1.3 Direitos sociais como direitos fundamentais

¹⁵⁶ Ibidem, p. 264.

¹⁵⁷ Cumpre alertar, na esteira de Sérgio Fernando Moro, que há que se ter cautela na forma como será interpretado esse caráter principiológico enquanto mandado de otimização, pois pode, “caso seja tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais”. MORO, Sérgio Fernando apud SARLET, ibidem, p. 267.

¹⁵⁸ Ibidem, pp. 264, 265.

Muito se discute, ainda, sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, notadamente no campo doutrinário. De fato, é possível encontrar, com o mesmo nível de profundidade, de um lado, estudiosos que defendem a ausência de jusfundamentalidade desses direitos, para quem eles não passam de meras metas a serem alcançadas pelo Estado, e, de outro, aqueles para os quais os direitos sociais do artigo 6º da Constituição de 1988 são dotados, por vários motivos, da mesma fundamentalidade dos direitos arrolados no artigo 5º da Constituição.

Embora não seja possível declinar, neste trabalho, com a profundidade desejada todas as facetas do debate acerca da questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais, se buscará traçar, no presente tópico, um panorama das particularidades desses direitos, para, feito isso, analisá-los no contexto da Constituição de 1988. Por fim, serão examinados aspectos reputados importantes no que se refere às possibilidades e limites de sua aplicabilidade.

1.3.1 Particularidades dos direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas por meio dele ¹⁵⁹, e exigem, via de regra, uma atuação estatal positiva. Esses direitos configuram, sem dúvida, a categoria de direitos fundamentais que mais tem provocado discussões acerca do seu real alcance prático, na medida em que “o desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir a justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido do desenvolvimento da pessoa humana, ao mesmo tempo em que se respeite o ordenamento jurídico”. ¹⁶⁰ De fato,

a polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu “caráter politicamente explosivo” é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz. Diante disso, é natural que se fale, de forma crítica ou favorável, de uma “mudança na compreensão dos direitos fundamentais” e que se clame por uma “desdemonização, uma desideologização e uma desemocionalização do conceito de direitos fundamentais sociais”. ¹⁶¹ (grifos do autor)

¹⁵⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

¹⁶⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 441.

A análise dos direitos sociais como fundamentais passa, necessariamente, por uma abordagem acerca de suas particularidades, para, assim, ser possível realizar uma aproximação sobre a sua aplicabilidade e a sua efetivação. Com efeito, enquanto os direitos de defesa caracterizam-se, basicamente, pelo dever de abstenção do Estado e dos particulares em determinadas situações, os direitos sociais advém uma gama específica de situações jurídicas, “que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e até mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”¹⁶².

Nessa linha, inicialmente, o conceito de direitos sociais como direitos a prestações é compreendido de forma ampla, no sentido de que todo o direito a uma atuação positiva estatal é um direito a uma prestação. Disso decorre que o conceito de direito a prestações é justamente o oposto do conceito do direito de defesa, nos quais estão abarcados todos os direitos a uma abstenção estatal.¹⁶³ Destaca-se, contudo, que os direitos de defesa caracterizam-se por uma amplitude ímpar, englobando, conforme Sarlet, as garantias fundamentais, os direitos políticos, parte dos direitos sociais e, também, os atuais direitos contra manipulações genéticas, à liberdade de informática e à autodeterminação informativa¹⁶⁴.

Refere Robert Alexy que o conceito de direito social como direito a prestações que englobam ações estatais positivas vai desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos (como são as normas de direito penal), passa pela edição de normas organizacionais e procedimentais e abarca prestações materiais propriamente ditas. Esta última escala de ação estatal é que normalmente é atribuída ao conceito de direito a prestações. Todavia, ele é mais amplo, pois da estrutura de muitos desses direitos sociais considerados por excelência como direito a prestações é possível extrair um feixe de posições que se referem a prestações fáticas e também a prestações normativas, em contraposição a direitos que somente visam à satisfação de uma prestação material propriamente dita. Por isso a importância de se trabalhar os direitos a prestações, de um lado, com um conceito amplo de direitos sociais (direitos à proteção e à participação na organização e procedimento) e, de outro, com um conceito de direitos sociais como direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999. p. 103.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 442.

¹⁶⁴ SARLET, op. cit., p. 102.

sociais).¹⁶⁵ Na própria Constituição de 1988 há direitos sociais do tipo que não exerce uma função precípua de direitos a prestações, como são os direitos consagrados nos artigos 7º a 11, podendo alguns deles ser, inclusive, remetidos aos direitos de defesa, como é o caso do direito à liberdade de associação sindical.¹⁶⁶

Seguindo, no aspecto, a proposta de classificação dos direitos fundamentais com base na sua funcionalidade, feita por Ingo Sarlet a partir de Alexy e Canotilho, é possível dividi-los em dois grandes grupos: (a) os direitos fundamentais de defesa e (b) os direitos fundamentais a prestações. Estes, por seu turno, se subdividem em (a.1.) direitos a prestações em sentido amplo – que incluem os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento – e (a.2.) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).¹⁶⁷

Os direitos fundamentais de defesa são aqueles que impõem ao Estado a obrigação de se abster a intervir, indevidamente, na esfera da liberdade pessoal do indivíduo, que possui o direito subjetivo de evitar essas ingerências descabidas ou de eliminá-las na hipótese de já estarem ocorrendo. Correspondem, assim, ao *status* negativo e/ou *libertatis*, na formulação de Jellinek. A intervenção do Poder Público no âmbito da individualidade da pessoa somente será admitida em determinadas hipóteses e sob certas condições. Embora de cunho estritamente liberal-burguês, os direitos de defesa exercem um papel fundamental num Estado Democrático, pois visam impedir o abuso de poder, que, mesmo num Estado Democrático de Direito, o Poder Público corre o risco de praticar.¹⁶⁸

Sem entrar na distinção entre os direitos a prestações em sentido amplo e os direitos a prestações em sentido estrito, tendo em vista não só os limites físicos deste trabalho, mas também o tema que está sendo desenvolvido, ficaremos adstritos aos direitos sociais como direitos a prestações em sentido estrito, sendo essa a expressão que será utilizada para designar aqueles direitos sociais que demandam uma atuação positiva estatal plasmada em prestações materiais. Esses direitos correspondem ao *status positivus* em sentido estrito,

¹⁶⁵ ALEXY, op. cit., p. 443.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999. p. 105. “Esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo (já que precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva por parte do destinatário, seja ele qual for, Estado ou particular), tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’.”

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 179,180.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 181.

referido por Alexy¹⁶⁹, que os conceitua como “direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”, de maneira que, ao se falar em direito fundamental social à moradia se está, antes de tudo, remetendo-se aos direitos a prestação em sentido estrito¹⁷⁰.

Os direitos a prestação em sentido estrito vinculam-se, prioritariamente, às funções do Estado Social e são considerados uma espécie peculiar de direitos fundamentais, pois demandam, precipuamente, uma conduta positiva do Estado e também dos particulares quando destinatários da norma. Seu objeto consiste numa prestação material, fática. Nesse sentido, a realização desses direitos normalmente depende de aportes materiais, encontrando na “reserva do possível” (esta compreendida em sentido amplo abarca tanto a possibilidade material enquanto limite fático, como a possibilidade jurídica do destinatário dispor do recurso para satisfazer a prestação demandada) um dos pretextos mais recorrentes para sua não efetivação.¹⁷¹

Em face dessas peculiaridades, a problemática que envolve a efetivação dos direitos sociais não pode ser resolvida desde uma concepção de tudo-ou-nada. Ao revés, a esses direitos deve ser reconhecido um caráter *prima facie*. Essa norma, ainda que carente de concretização a ser suprida pelo sopesamento, garante direitos definitivos. Nessa direção, aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente, mas, inequivocamente, um direito é garantido, pois “o direito, enquanto direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático”. Por essa razão, no que diz respeito à questão dos limites dos recursos financeiros, a chamada “reserva do possível” como restrição a ser considerada, o que se tem é a necessidade do sopesamento em evidência, pois “a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível’ [...] não pode levar a um esvaziamento do direito”, pois esta expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito.¹⁷²

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 264-431, passim.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 278.

¹⁷² ALEXY, op. cit., pp. 514, 515.

Há que se ter sempre presente que os direitos sociais prestacionais em sentido estrito são fatores fundamentais para a realização da justiça social, estando “a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade”.¹⁷³ À medida que se encontram atrelados

à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa.¹⁷⁴

Nesse sentido, esses direitos representam a garantia da liberdade fática, pois, se o ser humano não tiver condições para viver a partir de um mínimo existencial capaz de proporcionar uma vida decente, a superação dessa situação de carência material se apresenta, para esse sujeito, mais importante do que o exercício das chamadas liberdades jurídicas, “que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade, e que, por isso, são para ele uma ‘fórmula vazia’”. Além disso, somente com as condições básicas para uma vida condigna é que o indivíduo é capaz de se auto-determinar e de se desenvolver dignamente na sociedade em que está inserido. Assim, se os direitos fundamentais também estão orientados para o desenvolvimento da personalidade humana, conclui Alexy que os direitos fundamentais, então, “também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, devem garantir os pressupostos para o exercício das liberdades jurídicas”.¹⁷⁵

Por tais razões, os direitos sociais a prestações em sentido estrito despertam forte inquietude acerca de sua efetivação. No que diz respeito ao Brasil, há que se agregar, ainda, as peculiaridades no que se refere à previsão desses direitos na Constituição de 1988, à sua interpretação doutrinária e jurisprudencial e a realidade social e econômica em que esses direitos estão inseridos. É justamente sobre a previsão dos direitos sociais na Constituição de 1988 e as possibilidades e limites sobre sua aplicação e efetividade que serão tecidas algumas considerações nos próximos itens deste capítulo.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 208.

¹⁷⁴ Idem. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999. p. 106.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 505, 506.

1.3.2 Os direitos fundamentais sociais e a Constituição de 1988

Historicamente, como já referido, os direitos sociais afirmaram-se em momento posterior aos direitos individuais (também chamados de direitos de defesa). De fato, enquanto estes receberam sua primeira positivação com a Declaração de Direitos da Inglaterra, em 1689, os direitos sociais foram recepcionados, inicialmente, na Constituição Mexicana de 1917, e, logo em seguida, na Constituição de Weimer, em 1919, marcando a superação de uma visão estritamente liberal e individualista para adentrar numa concepção do ser humano desde uma perspectiva da igualdade material, em que é necessário assegurar condições fáticas para tanto.¹⁷⁶

No Brasil, desde uma rápida perspectiva histórica, é possível vislumbrar, ainda que de forma tímida, um “ensaio” de previsão de direitos sociais prestacionais na Constituição de 1824, em cujo rol de direitos fundamentais estavam previstas, no artigo 179, a garantia dos socorros públicos (inciso XXXI) e a do ensino primário gratuito (inciso XXXII), “revelando uma certa preocupação com o social em plena fase do constitucionalismo liberal-burguês”. A Constituição de 1934, inspirada pelos ideais plasmados nas Constituições Mexicana e de Weimer, trouxe os direitos sociais para o âmbito constitucional brasileiro, inaugurando, assim, o constitucionalismo social no Brasil.¹⁷⁷

Foi na Constituição de 1988, contudo, que esses direitos foram recepcionados de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, particularmente com o capítulo II do Título I, destinado aos direitos sociais. Assim, estes, na Constituição de 1988, foram reconhecidos como autênticos direitos fundamentais, ao serem albergados expressamente no título destinado a esses direitos. Com efeito, na Constituição de 1934 eles eram previstos no

¹⁷⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 128.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 200.

título destinado à Ordem Econômica e Social, o que lhes outorgava reduzida eficácia e efetividade, reforçada com a previsão em normas, sobretudo, de cunho programático.¹⁷⁸

Ressalta Andreas Krell, contudo, que a Constituição de 1988, ao prever os direitos sociais no artigo 6º, Título II, e a ordem social em capítulo especial destinado a isso, no Título VIII, exige que o intérprete tenha que extrair, de um lado e de outro, aquilo que efetivamente constitui o conteúdo do feixe de direitos que corresponde a cada um dos direitos sociais.¹⁷⁹ Essa particularidade pode ser considerada uma das razões que contribuem para o entendimento daqueles que consideram que os direitos sociais não passam de meras normas programáticas, destituídas de eficácia plena.

Além disso, cumpre registrar que os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 não são a expressão de um grupo homogêneo de direitos, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no que se refere à sua forma de positivação, o que também contribui para a falta de uniformidade no tratamento desses direitos, especialmente os de cunho prestacional em sentido estrito. De fato, a previsão dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 abarca posições jurídicas de cunho prestacional, tais como o são as do artigo 6º, e também de defesa ou direitos sociais negativos (liberdades sociais), nos quais se incluem grande parte dos direitos previstos no artigo 7º¹⁸⁰ e os direitos previstos nos artigos 8º e 9º, da Constituição de 1988, somente para citar alguns exemplos de hipóteses nas quais resta evidente o caráter de defesa da liberdade e da igualdade.¹⁸¹

Assim, enquanto os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito se constituem como fatores de implementação da justiça social, encontrando-se “vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana” e expressando diretamente a razão de ser do Estado Social, limitando e complementando o Estado Liberal de

¹⁷⁸ Ibidem, p. 201. Salienta o autor que, para além da previsão expressa neste capítulo, também se encontra uma variada gama de direitos a prestações em outros pontos da Constituição, sendo possível encontrar até mesmo entre os direitos políticos e individuais direitos fundamentais que exercem uma função precipuamente prestacional, tais como o direito dos partidos políticos ao fundo partidário, no primeiro caso, e o acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita, na segunda hipótese.

¹⁷⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 21.

¹⁸⁰ Tais como os direitos dos incisos XIII e XIV (jornada de trabalho), XXVI (reconhecimento de acordo e convenções coletivas), XXIX (prescrição), XXX a XXXIII (proibições), XXXIV (igualdade).

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20004. pp. 187,188.

Direito, os direitos sociais prestacionais em sentido amplo vinculam-se, preponderantemente, às funções tradicionais do Estado de Direito.¹⁸²

Nesse sentido é que se afirma que a Constituição de 1988, ao não se restringir ao acolhimento da estrutura econômica existente, mas sim pretender transformá-la para alcançar, no maior grau possível, a igualdade material como meio para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, é dirigente¹⁸³, tornando positivo, na forma de regras e princípios, as diretrizes e as políticas que impõem sejam realizadas para lograr tal fim.¹⁸⁴

Por óbvio que o imperativo da concretização da dignidade da pessoa humana, por meio da realização das condições fáticas para a igualdade material dos indivíduos, não significa a imediata reivindicação de prestações concretas do Estado (não que essa reivindicação não tenha espaço, pois em caso de omissão ou insuficiência estatal, é cabalmente legítima, como se buscará demonstrar no próximo item deste trabalho), mas impõe que este atue, constantemente, de forma diligente e responsável para o atendimento das necessidades básicas prementes daquela parcela da população que é socialmente marginalizada e economicamente excluída, pelo estabelecimento e desenvolvimento de políticas públicas suficientes e capazes de fornecer os serviços públicos necessários.

Com efeito, ainda há quem não admita a obrigação do Estado em prover, diretamente, prestações decorrentes de direitos sociais prestacionais em sentido estrito àquelas pessoas carentes desses mesmos direitos quando há omissão ou insuficiência estatal no desempenho

¹⁸² Idem. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999. p. 106.

¹⁸³ A respeito da Constituição Dirigente, J.J. Gomes Canotilho defendia, em 1982, na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais obrigavam o legislador a criar as leis ordinárias necessárias para fixar as prestações positivas e para o Poder Executivo oferecer os serviços e prestações para a realização das disposições constitucionais, pois esses direitos eram, para o doutrinador lusitano, verdadeira imposição constitucional. Atualmente, influenciado pela atual situação econômica e política de Portugal, completamente integrado à União Européia, Canotilho mudou seu posicionamento: não caberia mais à Constituição fixar os ditames das Políticas Públicas, pois o Estado não poderia mais ficar preso aos programas políticos estabelecidos pela Constituição. Thiago de Lima Breus adverte, no que diz respeito à aplicação dessa nova teoria à realidade brasileira, que a mesma “parece não se adequar propriamente ao grave quadro social brasileiro, uma vez que, no Brasil, há a necessidade, ainda, da efetivação de uma dogmática que seja emancipatória, no sentido de buscar a superação das desigualdades regionais, a erradicação da pobreza e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. [...] o Brasil se encontra entre esses países de desenvolvimento tardio, de modo que se faz necessária uma leitura do dirigismo constitucional adaptada à realidade pátria”. BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 101, 102.

¹⁸⁴ Ibidem, pp. 96, 97.

desse *mister*. Negar essa obrigação é negar o reconhecimento desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais. É possível constatar, contudo, um crescimento na corrente doutrinária que entende que esses direitos, por serem genuinamente direitos fundamentais, devam ser levados a sério.

Dessa maneira, razão assiste à Flávia Piovesan quando afirma que não há espaço para a doutrina que advoga em defesa das chamadas “normas constitucionais programáticas” desprovidas de aplicabilidade ¹⁸⁵, porquanto incompatíveis com a própria estrutura dos direitos sociais como direitos fundamentais. Por isso, Ingo Sarlet defende que

os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais, corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça. ¹⁸⁶

Também Andreas Krell sustenta que as normas sobre direitos fundamentais sociais “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”. ¹⁸⁷

Na mesma esteira, Rogério Gesta Leal pondera que

no Estado Social de Direito, as garantias e os direitos sociais conquistados e elevados à norma constitucional, não podem ficar relegados em uma região ou conceituação meramente programática, enquanto promessa de um futuro promissor, a serem cumpridas pelo legislador infraconstitucional, mas impõe-se uma vinculação direta e orgânica frente aos Poderes instituídos. Não sendo assim, aquelas conquistas não seriam eficazes e, tampouco, estariam qualificando, valorativamente, este Estado como Social de Direito. ¹⁸⁸

José Luis Bolzan de Moraes, por sua vez, é enfático ao asseverar que a carga eficaz dos direitos fundamentais sociais, em face do compromisso axiológico assumido na

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 113.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. pp. 243,244.

¹⁸⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 20.

¹⁸⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 72.

Constituição de 1988 com os valores humanitários, “não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas, barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos”, ainda mais porque são meios para concretizar as liberdades. Conclui, o referido autor, de forma irretocável, que “a Constituição não é programa de governo, ao contrário, são os programas de governo que precisam se constitucionalizar”.¹⁸⁹

Robert Alexy, ao rejeitar a objeção levantada por muitos acerca de uma “justiciabilidade deficiente” dos direitos a prestações em sentido estrito, sustenta que não raro também os direitos de defesa possuem problemas bastante complexos a serem enfrentados por ocasião do sopesamento e cuja solução pode acarretar conseqüências importantes na vida social de todos. Dessa forma, afirma, apropriadamente, que “a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida; pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável”.¹⁹⁰

Dessa forma, não reconhecer os direitos sociais como direitos que obrigam é, para além de uma contradição em termos, uma violação à própria noção dos direitos fundamentais, porquanto os direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional em sentido estrito, se configuram como direitos essenciais para a caracterização da República Federativa do Brasil como Estado Social Democrático de Direito, na medida em que sua satisfação é condição *sine qua non* para a efetiva realização dos direitos individuais, ou de defesa, para dizer o mínimo.

Cumpra, assim, analisar a problemática que cerca a aplicabilidade desses direitos na realidade brasileira, e, por conseguinte, buscar verificar a razão pela qual sua efetividade parece um sonho distante. Apesar de se tratar de tema árduo, de complexas nuances, não se pode evitar analisar, ainda que brevemente, alguns pontos críticos que cercam o tema da aplicabilidade (e efetividade) dos direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito. A isso se dedicará o próximo item, ainda que se faça necessário ressaltar que não se tem a pretensão de esgotar o tema, ainda incipiente na discussão doutrinária nacional.

1.3.3 A aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais: possibilidades e limites.

¹⁸⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 73-77, passim.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais enseja, necessariamente, a consequência de sua realização fática, ou, em outros termos, sua efetivação, pois a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”¹⁹¹.

No campo da aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais, os direitos sociais, notadamente os prestacionais em sentido estrito, representam a espécie de direitos fundamentais que enseja as maiores controvérsias na doutrina a respeito da forma pela qual eles podem ser efetivados, incluindo-se, nesse aspecto, a polêmica acerca dos instrumentos jurídicos capazes de torná-los efetivos.

Nesse cenário, enquanto, de um lado, uma parcela cada vez maior da doutrina enfrenta criticamente o empenho do Estado para efetivar os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito, mediante políticas públicas adequadas, de outro, a jurisprudência e parte da doutrina nacional se limitam a aceitar teorias “alienígenas” de países centrais, sobre a aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, sem realizar as devidas adequações a um país periférico de desenvolvimento tardio como o Brasil. Alerta Andreas Krell, a respeito dessa importação teórica pelos países nos quais “ainda na foram cumpridas as promessas do moderno Estado Social”, que

nesses países, os conceitos da “redistribuição” e “*inclusão social*” ganham uma dimensão muito diferente e exigem um tratamento diferenciado das formas de realização dos Direitos Sociais pelo poder estatal. O baixo nível de conscientização e participação política de grandes partes das populações destes países faz com que haja um aumento na responsabilidade das instituições estatais.¹⁹²

Com efeito, um dos principais argumentos contra os direitos sociais prestacionais em sentido estrito como direitos fundamentais reside no seu condicionamento econômico-financeiro, de forma que sua realização encontra limites na cláusula da “reserva do possível”. Ocorre que essa teoria é calcada na jurisprudência constitucional alemã, segundo a qual os direitos sociais prestacionais em sentido estrito “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”, de tal sorte

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 85.

¹⁹² KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251.

que, segundo essa teoria, restaria impossibilitada a exigência acima de certo limite básico social.¹⁹³

No entanto, no que se refere à realidade brasileira, há que se ter sempre presente que não existe, ainda e infelizmente, o “certo limite básico social” a que se refere a jurisprudência alemã. Com efeito, o caso alemão refere-se a um pleito que exigia que do Estado a criação de quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a “todos” aqueles que se candidatassem¹⁹⁴. Nesse sentido, a teoria da chamada “reserva do possível” não pode ser simplesmente transportada, sem ressalvas, da realidade germânica, cujo alto nível e qualidade de vida social é evidente, para a sofrível realidade brasileira, cujas condições indignas de vida são, da mesma forma, evidentes.

Não se quer, com essa afirmação, incorrer na ilusão de que, em face das precárias circunstâncias brasileiras, não há que se cogitar as limitações econômicas e financeiras, o que seria temerário, para não dizer leviano, além de não contribuir em nada para o enfrentamento da questão. Não obstante, é necessário ter presente que o enfrentamento do tema tampouco tem utilidade no uso da cláusula da “reserva do possível” como justificativa pretensamente legítima para a não efetivação desses direitos. A propósito, Andréas Krell salienta que mesmo

que se deva admitir que a realização dos Direitos Sociais dependa naturalmente dos *recursos públicos disponíveis*, o seu condicionamento à existência de “*caixas cheias*” do Estado significaria reduzir sua eficácia a zero. Uma subordinação aos condicionantes econômicos relativiza, de maneira inaceitável, a sua universalidade, e os condena a serem considerados direitos de “segunda categoria”.¹⁹⁵ (grifos do autor)

Sobre o assunto, Clèmerson Clève se manifesta no sentido de que a “reserva do possível” é uma realidade e o Estado, por conseguinte, não tem possibilidades de dar conta de todas as questões sociais que demandam efetivação. Todavia, ressalta o autor que o Estado pode (e deve), sim, implantar de forma progressiva políticas para resolver aquilo que é reclamado pelo texto constitucional. Dessa forma, a reserva do possível, embora se apresente

¹⁹³ Idem. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 52.

¹⁹⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 52.

¹⁹⁵ Idem. *Direitos Sociais*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250.

como um limite, não obstaculizaria a ação do Estado na concreção dos direitos sociais, e, conseqüentemente, a atuação judicial sobre essas questões.¹⁹⁶

Ademais, é de se observar, conforme Flávia Piovesan, que não somente os direitos sociais de cunho prestacional em sentido estrito demandam do Estado prestações positivas, mas também os direitos de individuais (ou de defesa), muitas vezes, também o exigem, não passando de uma falácia a afirmação categórica de que somente os primeiros necessitam dessa atuação estatal, e, portanto, devam se submeter aos limites econômicos-financeiros. Para exemplificar, a autora refere o custo do aparelhamento necessário à segurança para viabilizar direitos como os da liberdade e da propriedade; o custo do aparato eleitoral que permite o exercício dos direitos políticos e também o que se refere à estrutura do Judiciário, que permite o acesso à Justiça. Destarte, não é certo afirmar que somente os direitos sociais prestacionais em sentido estrito exigem dispêndio em políticas públicas.¹⁹⁷

Nessa direção, a questão reside na eleição de prioridades, tema que conduz à problemática da discricionariedade administrativa e a sindicabilidade dos atos administrativos. O controle judicial dos atos administrativos é um tema vasto, que comporta diferentes níveis de aprofundamento e distintos tipos de abordagem, seja em face de sua evolução no decorrer da história da Administração Pública, seja por sua importância para o adequado funcionamento do sistema republicano. No entanto, merece destaque, para o que se propõe este trabalho, a questão do controle judicial das políticas públicas, principalmente em virtude da “ressaca” provocada pelo neoliberalismo, notadamente no que diz respeito ao (não) atendimento das demandas sociais e o conseqüente recrudescimento das desigualdades na sociedade brasileira.

Com efeito, tendo em vista o desamparo em que se encontram as demandas de cunho social, em face da ineficiência e insuficiência do Estado em dar conta dignamente das necessidades mais básicas de seus cidadãos, tais como educação, saúde, habitação, entre outras, o Poder Judiciário tem assumido um papel de destaque como provedor desses direitos constitucionalmente previstos, mas não efetivamente prestados.

¹⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003. p. 25.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 106.

Esse panorama leva, inexoravelmente, à necessidade de se refletir sobre a atuação do Poder Judiciário frente a uma nova realidade que se lhe apresenta: a da inserção cada vez maior de demandas judiciais de perfil social, ou seja, aquelas que trazem em seu bojo a questão da efetivação de direitos sociais. Por certo que esta judicialização das políticas públicas deve mover-se dentro dos princípios fundamentais postos na Constituição de 1988, principalmente aqueles consagrados nos artigos 1º a 4º, que vincula tanto a sociedade quanto suas instituições representativas e que se caracterizam como um núcleo duro, na medida em que fixam valores fundamentais da comunidade com caráter de normas objetivas, em face da força normativa que a Constituição detém ¹⁹⁸.

Esses princípios constitucionais, ao demarcarem o projeto do texto constitucional, vinculam tanto o Estado quanto a sociedade e dão a tônica de como deve ser a atuação da Administração Pública ¹⁹⁹, e, por conseguinte, a análise do cumprimento dos princípios administrativos explícitos e implícitos. Nesse sentido, a ação ou a omissão administrativa que desborde da conduta autorizada por tais princípios, autoriza o controle da atuação administrativa, e serve como fundamento e parâmetro para a ingerência do Poder Judiciário.

Assim, no que diz respeito aos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, se é certo que eles não podem imediatamente ser reivindicados, tal como é possibilitado para os casos de intervenção estatal indevida na esfera de liberdade do cidadão (apenas para citar um exemplo evidente), de forma que deve restar configurada a omissão ou insuficiência estatal, também é certo que, em ocorrendo tal situação, tem o indivíduo direito subjetivo a recorrer ao Poder Judiciário.

A fundamentação constitucional da sindicabilidade das políticas públicas, nas situações mencionadas, reside, basicamente, em duas premissas. De um lado, no fato de que a ordem social e a ordem econômica apresentadas pela Constituição de 1988 apontam os contornos de um Estado Social, que, aliada à circunstância de a Constituição brasileira ter contemplado os direitos sociais, inclusive os prestacionais em sentido estrito, como direitos fundamentais, conduz à obrigatoriedade da efetivação de tais direitos, mediante a implementação de políticas públicas adequadas a tal fim. De outro lado, o controle judicial dos atos administrativos tem guarida constitucional: é princípio implícito que se depreende da exegese do artigo 5º,

¹⁹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109.

¹⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109.

XXXV, da Constituição de 1988, que preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e expressa a garantia do controle judicial das políticas públicas, o que, aliás, é intrínseco à idéia de Estado Democrático e Social de Direito, pois não teria sentido a exigência da atuação da Administração conforme lei se não houvesse meios de controlá-la²⁰⁰, como tampouco teria sentido uma Constituição com caráter social destituída de força normativa.

Nesse contexto, a discricionariedade administrativa²⁰¹ na realização de políticas públicas que visem à efetivação desses direitos sociais fica vinculada aos princípios postos na Constituição e plasmados pela lei. Com efeito, se o exercício da atuação da Administração Pública tem como norte a vinculação ao ordenamento jurídico que lhe dá o fundamento e os limites, realçam-se as disposições constitucionais a esse respeito. Para tanto, os princípios se colocam como alicerce e diretriz operacional para a concretização dos direitos referidos na Constituição, sempre almejando a proteção e efetivação dos objetivos previamente traçados pelo poder constituinte.²⁰²

Nessa direção, realizar o projeto constitucional é, sobretudo, reverenciar seu conteúdo. Por tal razão, o Poder Judiciário, sempre informado pelos parâmetros constitucionais e legais, deve realizar um exame profundo diante de um caso de omissão estatal ou da necessidade de cotejar a adequação de determinada política pública com a satisfação do direito social prestacional em sentido estrito em questão. É dessa maneira que se poderá verificar se o administrador obrou de forma idônea na consecução de sua incumbência, pois a sua atuação, é

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 74.

²⁰¹ Sem adentrar no vasto tema da discricionariedade administrativa que, por si só, já demandaria um trabalho específico e de fôlego, cabe frisar, na esteira do ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, que o chamado 'poder discricionário' é simplesmente o dever de alcançar esse fim, de sorte que o que existe, realmente, é um 'dever discricionário', mais que um 'poder discricionário'. Veja-se que quando a lei estabelece um comportamento único a ser tomado pelo administrador diante de dada situação por ela prevista, é porque a lei almeja um comportamento ótimo, que, nesse caso, foi possível de ser pré-definido (vinculação). Há, no entanto, situações em que não há como definir antecipadamente essa conduta, em face das muitas variáveis que se apresentam em determinadas circunstâncias, surgindo a chamada discricionariedade administrativa. Em tais casos, a lei regula discricionariamente uma dada situação justamente porque não aceita do administrador outra conduta senão a melhor para satisfazer a finalidade; no caso em exame, as políticas públicas e os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, respectivamente. Em suma, é exatamente porque a norma legal só se satisfaz com a solução mais adequada para fazer frente ao interesse geral, que em determinadas situações se vê compelida a outorgar ao administrador uma margem de liberdade para que a providência ótima seja tomada. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. pp. 15-35, passim.

²⁰² LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 93,94.

sempre bom repetir, se ilumina e se conforma pelos princípios postos na Constituição. Se assim não o fizer, deve o Poder Judiciário intervir, sob pena de “mostrar-se excessivamente cauto ou indesejavelmente precavido”, ficando os administrados a descoberto, sujeitos a graves violações de ordem constitucional que restarão imunes a qualquer controle ²⁰³. De acordo com Alexy, o espectro de possibilidades para a atuação jurisdicional vai desde “a constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição” ²⁰⁴.

Na condição de verdadeiros direitos, os titulares dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito possuem direito subjetivo, entendido este como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse juridicamente protegido que o indivíduo tem o poder (competência) de exigir em face do Estado ²⁰⁵. Nessa medida,

quem militar no entendimento de que não cabe ao Judiciário interferir em questão que, por sua natureza, é essencialmente política e econômica, deve defender, como consequência, a supressão do dispositivo ou sua conversão em regra programática. O que desafia a seriedade com que deve ser tratada a Constituição é o raciocínio fundado em que *não vale o escrito*. ²⁰⁶ (grifos do autor)

Observa Andreas Krell que “o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social” e, por isso, precisa ser relido, a fim de que possa seguir seu escopo inicial de garantir os direitos fundamentais contra o abuso de poder e, hoje, também contra a omissão estatal. ²⁰⁷

Todavia, também é verdade que no tratamento dispensado à questão da judicialização das políticas públicas como meio de efetivar os direitos sociais, há aqueles que defendem a impossibilidade de qualquer papel a ser desempenhado pelo juiz na ocorrência de omissão ou de deficiência da atuação estatal, e há aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer. Adverte Clèmerson Clèvs que, nesses extremos, se faz necessário encontrar um ponto

²⁰³ MELLO, op. cit., pp. 58-82, passim.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514.

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. pp. 103, 104.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 156.

²⁰⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 88.

de equilíbrio em que se tenha presente que o juiz está, definitivamente, comprometido com a efetividade da Constituição, mas o exercício de sua função em prol desse desiderato deve ocorrer dentro de certos limites, sob pena de se colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito, com a quebra do princípio vigente da separação dos poderes e do princípio democrático pelo qual a maioria governa, pois o juiz estaria fazendo as vezes de administrador.²⁰⁸

Incumbe ao Poder Judiciário, portanto, a heróica tarefa de atender a esses direitos fundamentais, sempre respeitando aos outros Poderes e, por via reflexa, fomentar a responsabilidade da sociedade como participante na atuação dessas instituições. Isso porque, se o Poder Judiciário for alçado a uma posição de quem tudo resolve, além da já referida desestabilização no sistema republicano, também provocará um ciclo vicioso em que a sociedade se posicionará cada vez mais de forma passiva frente aos problemas sociais que se apresentam, pois não agirá na condição de cidadã que lhe compete para decidir sobre as questões que lhe afetam.

Por conseguinte, o problema em judicializar as políticas públicas de forma ilimitada é que o Poder Judiciário, além da usurpação das funções dos outros Poderes, estará usurpando essa função institucional da sociedade, conforme apropriadamente observa Rogério Gesta Leal. Com efeito, para encerrar esse tema, sem a pretensão de tê-lo esgotado, cumpre transcrever as palavras deste autor:

[...] se devem revisar os limites da Jurisdição no Estado Democrático de Direito, não para excluir sua dimensão protetiva e concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, mas apenas sopesar as instâncias, competências e formas legitimamente democráticas para viabilizá-la sem o risco demasiado de subtrair da Sociedade Civil oportunidades de manifestação e participação em temas que lhe digam respeito.²⁰⁹

Por certo, há uma importante redefinição a ser feita sobre o papel não só do Poder Judiciário, mas também da sociedade, devendo essa reflexão ser sempre orientada e pautada pelos objetivos e princípios traçados na Constituição de 1988, porquanto se configuram como fundamentais e vinculam todas as ações estatais.

²⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003. p. 25.

²⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Poro Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 97.

Finalmente, a respeito dos argumentos normalmente utilizados para blindar a real efetivação dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, cabe ressaltar que há quem defenda que esses direitos se restringiriam a uma “dimensão negativa” no sentido de que o Estado não poderia reduzir os níveis de prestações sociais adquiridas, ou seja, o Estado estaria proibido de retroceder naquilo que já efetivou. Pelo chamado princípio da vedação do retrocesso, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, uma lei, ao regulamentar uma ordem constitucional e instituir determinado direito, blinda a possibilidade deste direito ser suprimido, sob pena de se estar abolindo um direito fundamental ²¹⁰.

Realmente, é certo que o Estado não pode retroceder neste aspecto, mas é forçoso reconhecer que a teoria da proibição do retrocesso, por si só, não tem o condão de “estabelecer uma vinculação jurídica do poder estatal em direção à realização dos Direitos Sociais”. ²¹¹ Aliás, oportunas são as observações de Andreas Krell a respeito da vedação do retrocesso social e da garantia da manutenção do nível de prestação social uma vez alcançado. Coloca o autor que, para aferir tal garantia, seria necessário, antes de tudo, definir se essa proibição se opera somente no plano legislativo ou se também diz respeito à “redução do nível de organização fática dos serviços básicos e do volume das prestações materiais, como cortes no orçamento da respectiva entidade pública”. Da mesma forma, ressalva o autor que não está claro, dentro dessa concepção de vedação do retrocesso, se as leis orçamentárias, nos três entes federados, poderiam reduzir “o valor das verbas destinadas aos serviços sociais básicos e se as leis ordinárias já existentes sobre o assunto não podem mais ser revogadas”. ²¹²

Qualquer que seja a análise a ser desenvolvida, é imperioso que não se perca de vista que se os direitos individuais mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos sociais, especialmente os prestacionais em sentido estrito, estabelecem os limites adequados aos mercados. ²¹³ Diante dessa função essencial ao Estado Democrático e Social de Direito, esses direitos sociais não podem ser vistos como meros objetos de normas programáticas, pois

levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 158.

²¹¹ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 250.

²¹² Idem. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 88.

²¹³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 109.

questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. [...]. As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos.²¹⁴

Por isso, “ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos”, a partir de uma nova ordem que conjuga os valores da democracia e do desenvolvimento norteados, sempre, pela prevalência da dignidade da pessoa humana. Em tal contexto, os direitos sociais prestacionais em sentido estrito não são meras obras de caridade ou generosidade a serem concedidas ao bel prazer do Estado, mas sim verdadeiros direitos a serem reivindicados.²¹⁵ Conforme o modelo de Alexy, “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto”.²¹⁶

Os direitos sociais prestacionais em sentido estrito buscam proporcionar os elementos fáticos mínimos necessários para que o ser humano se desenvolva com dignidade e possa, em algum nível, se auto-determinar. Assim, é a partir do imperativo da dignidade humana que se deve concretizar os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, pois este é o caminho para garantir condições mínimas a uma população carente e desfavorecida como é a brasileira em sua maioria. O direito a uma moradia decente é, sem dúvida, um dos aspectos elementares que compõem o mínimo existencial para uma vida digna. A esse tema se dedicar-se-á o próximo capítulo.

²¹⁴ Asbjorn Eide e Alla Rosa apud PIOVESAN, *ibidem*, p. 95.

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. pp. 109, 110.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO À MORADIA

Neste capítulo, o que se pretende é realizar uma análise do mínimo existencial como pressuposto para a realização da dignidade da pessoa humana naquilo em que está diretamente relacionado com o direito à moradia da população que habita os assentamentos urbanos informais. Para avaliar se, na realidade brasileira, a política de regularização fundiária se constitui como meio hábil para a realização das condições mínimas existenciais de habitabilidade da moradia nos locais de assentamentos urbanos informais, se faz necessário delimitar o tema do mínimo existencial, ainda incipiente na doutrina nacional. Feito isso, impõe-se estabelecer sua relação com o direito à moradia nos casos de assentamentos urbanos informais a fim de verificar em que consiste essa parcela mínima de condições sem as quais não é possível cogitar a existência de uma moradia digna.

A questão da dignidade, portanto, guarda estreita relação com o mínimo existencial do direito à moradia nas situações de ocupação urbana mencionadas, e, por tal razão, merece ser analisada. Nessa linha, serão tecidas algumas considerações acerca da noção da dignidade da pessoa humana, bem como de sua previsão como fundamento do Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988 e as conseqüências daí decorrentes, notadamente no que diz respeito à problemática da efetivação dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, tal como é o direito à moradia. Em seguida, será abordada a relação entre este direito e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, se examinará o direito à moradia a partir do estabelecimento do seu conteúdo material para a concretização da moradia digna, desde as situações de assentamentos urbanos informais, ao mesmo tempo em que será analisada a sua inclusão como direito protegido nacional e internacionalmente.

2.1 Notas introdutórias sobre o mínimo existencial

A seguir serão abordados os pontos considerados como mais relevantes para delimitar a questão do mínimo existencial na temática do direito à moradia da população que habita os assentamentos urbanos informais. Assim, serão declinadas breves referências sobre o surgimento do mínimo existencial; após, delinearemos alguns contornos acerca dos elementos configuradores do mínimo existencial, para, então, avaliar o mínimo existencial como direito.

2.1.1 Breves referências sobre o surgimento do mínimo existencial

O conceito a respeito de uma proteção social mínima está relacionado com a garantia legal de um rendimento mínimo, que surgiu na Grã-Bretanha, em 1795, pela *Speenhamland Law*, editada num ambiente de crise econômica e significativo recrudescimento da pobreza e que reconheceu o direito de todos os homens a um mínimo de subsistência, independentemente de seus proventos, de forma que se uma pessoa não fosse capaz de obter, por seu próprio labor, o suficiente para viver, à sociedade competia complementar essas condições.²¹⁷

No século XIX, com o surgimento do Estado Liberal de Direito, a proteção ao mínimo existencial e à pobreza não tem repercussões na temática dos direitos sociais. De fato, o que há é a vedação de incidência de impostos sobre aquela parcela considerada necessariamente mínima para uma vida condigna, em que o Estado fica limitado no seu poder fiscal no que diz respeito àquele limite. Da mesma forma, há uma proteção do mínimo existencial contra a incidência de taxas como contraprestação à atuação estatal positiva, como foi o caso da Constituição brasileira de 1824, que assegurava os “socorros públicos” no seu artigo 179, item 31, e, no mesmo artigo, no item 32, estabelecia que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”.²¹⁸

Já no Estado Social de Direito, compreendido, basicamente, entre o início da segunda (1919 – Constituição de Weimer) e o final da penúltima década do século XX (1989 – Queda

²¹⁷ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000. pp. 103, 104.

²¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22. Ressalta o autor que, nessa fase inicial do capitalismo e do liberalismo, era muito rígido o tratamento dispensado à pobreza, especialmente aos trabalhadores assalariados, cujos problemas deveriam ser resolvidos no âmbito do mercado.

do muro de Berlim), refere Ricardo Lobo Torres que, de uma maneira geral, houve um descuido sobre a questão do mínimo existencial, na medida em que se acreditava que a redistribuição de riquezas com a transferência de rendas das classes mais abastadas para as carentes consubstanciaria a justiça social, e, em tal cenário, o tema do mínimo existencial não teria sentido, já que a todos estaria assegurada uma existência condigna. Não foi, no entanto, o que ocorreu, pois o *Welfare State* não logrou atender a todas as demandas sociais a que se propôs, criando um efeito perverso de alto endividamento e não atendimento das prestações estatais materiais, entrando em declínio no final de década de 1970 e sucumbindo com a queda do muro de Berlim.²¹⁹

Essa situação, aliada à ruína da União Soviética, bem como ao enfraquecimento do socialismo e da social-democracia e ao fortalecimento da globalização, faz emergir uma nova feição ao Estado de Direito - a do Estado Democrático de Direito - com previsão inaugurada, no Brasil, no artigo 1º da Constituição de 1988. No paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, ocorre uma renovação na relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, na medida em que se passa a assegurar o mínimo existencial na sua dimensão máxima, havendo, em tal contexto, uma migração da questão do campo eminentemente da dogmática jurídica para o da filosofia social e política.²²⁰

Todavia, o tratamento dogmático de mais importância sobre uma garantia fundamental às condições fáticas e materiais que assegurem uma vida minimamente digna é atribuído à Alemanha, em que também se iniciou o reconhecimento jurisprudencial da questão. Na doutrina alemã, portanto, o assunto começou a ter tratamento de peso com Otto Bachof que, no início da década de 1950, destacou que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda, para além do direito de defesa, um mínimo de segurança social, visto que a ausência de recursos materiais para uma existência digna compromete a própria dignidade do indivíduo.²²¹

²¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 24, 25.

²²⁰ Ibidem, pp. 25 – 27, passim.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 564.

Foi nesta direção que o Tribunal Federal Administrativo reconheceu, em 1951, o dever de auxílio material do Estado a uma pessoa carente como um direito subjetivo do indivíduo nessas condições. Todavia, somente aproximadamente vinte anos depois dessa decisão do Tribunal Administrativo foi que o Tribunal Constitucional Federal reconheceu o direito fundamental a um mínimo existencial, o que veio a ser corroborado por decisões posteriores que culminaram por reconhecer um status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial. Com efeito, a garantia dessas condições para uma vida minimamente digna, para a doutrina alemã, integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, configurando-se um de seus principais misteres.²²²

O que se verifica, portanto, é que há um esforço, notadamente a partir do século XX, no sentido de transformar o atendimento das necessidades básicas do ser humano para uma vida condigna em direitos, com sua introdução no ordenamento jurídico, como forma de afirmação de que esses bens fundamentais são imperativos da dignidade da pessoa humana, não podendo, destarte, ficar à mercê da provisão do mercado.²²³

Nesse sentido, cumpre realizar uma aproximação, ainda que em linhas gerais, sobre o que compõe o conteúdo do mínimo existencial, de forma a delinear os contornos desse núcleo diamantino para o começo de uma existência humana condigna, pois “há um direito as condições mínimas de existência humana que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”²²⁴. Por tal razão, a seguir serão tecidas algumas considerações sobre os elementos que configuram o mínimo existencial para, após, ser feita uma abordagem deste como direito.

2.1.2 Elementos configuradores do mínimo existencial

O conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o mínimo vital enquanto mínimo de sobrevivência, pois este se relaciona com a garantia da vida humana, o que não necessariamente implica em dignidade. De outra forma, o mínimo existencial relaciona-se

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 566.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115.

²²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In Teoria dos Direitos Fundamentais. _____ (Org.) Rio de Janeiro Renovar, 1999. p. 262.

diretamente com as condições de uma vida digna. Assim sendo, a obrigação do Estado não está em garantir o mínimo vital²²⁵, porquanto este pode ser obtido de qualquer forma – veja-se, por exemplo, na questão da moradia, as pessoas que vivem sob um teto sem quaisquer condições para o exercício de uma vida saudável: a sobrevivência, o teto, pode ser obtido de qualquer forma, inclusive debaixo de uma ponte. A obrigação do Estado é garantir uma vida digna, pois é para a dignidade das pessoas que ele se destina, na qual o mínimo existencial é o vetor para a atuação estatal. Não há que se confundir, destarte, sobrevivência (mínimo vital) com dignidade (mínimo existencial). Assim,

o mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc [...].²²⁶

De fato, o ser humano não pode ser privado, sob pretexto algum, daquele mínimo necessário à preservação de sua vida numa perspectiva de liberdade fática, pois sem os elementos básicos necessários para uma existência condigna desaparecem as condições para o exercício da autodeterminação da pessoa, que, por conseguinte, resta tolhida na sua liberdade.²²⁷ Nesse sentido,

um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só ao direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial.²²⁸

No entanto, a questão do estabelecimento do que compõe o mínimo existencial se apresenta como o ponto nevrálgico na análise de seu conteúdo. Nesse sentido, se não se faz possível estabelecer aprioristicamente em quanto se configura o mínimo existencial, impõe-se buscar parâmetros dentro dos quais devem ser estabelecidos padrões que, por certo, variam enormemente não só entre países, mas também entre os estados de um mesmo país. Assim, conforme refere Ingo Sarlet, o entendimento da doutrina constitucional alemã a respeito da

²²⁵ SARLET, op. cit., p. 564.

²²⁶ TREISCH, Corinna apud LEIVAS, Paulo Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

²²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

²²⁸ ALEXY, Robert apud TORRES, ibidem.

fixação desse mínimo necessário para implementação das condições a uma vida digna é de que

além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do *standart* socioeconômico vigente, já não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes.²²⁹

Trata-se, sobretudo, adaptando-se as palavras de Luiz Edson Fachin, de buscar um equilíbrio ao se delinear os contornos do mínimo existencial, “em que o mínimo não seja o valor menor, ou o menor possível, e o máximo não seja necessariamente o valor maior, ou o maior possível”, ainda que o mínimo até possa ser “a menor quantidade que preserva as características de algo”. De fato, o mínimo não se quantifica numericamente, pois ele é valor e não metrificação, de tal sorte que sua presença não viola a idéia de um sistema jurídico axiológico, mas sim a densifica. O mínimo, portanto, “não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo”.²³⁰

Ademais, o conteúdo desse mínimo existencial é diferente em face de cada direito social prestacional em sentido estrito que se apresente. Com efeito, a facticidade do mínimo existencial envolve aspectos circunstanciais e ambientais que não podem ser descurados na análise a ser realizada. Tendo em vista que se trata de tema árduo e intrincado, não se tem a pretensão de exaurir toda a problemática que circunda a questão, mas, antes, analisar alguns pressupostos considerados necessários para avançar no tema da regularização fundiária como forma de garantir o mínimo existencial no direito à moradia para aquelas situações de assentamentos urbanos informais.

Nesse contexto, é necessário, num primeiro momento, estabelecer parâmetros concretos em relação ao direito fundamental social em questão, impondo-se, diante do direito social prestacional em sentido estrito que alegadamente não está sendo respeitado no seu núcleo

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 566.

²³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à Luz do Novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 273 – 281, passim.

inquebrantável, ou seja, que não está sendo garantido no mínimo necessário para o desenvolvimento de uma vida com dignidade, a contextualização fática desta violação.

Exemplificando, no caso do direito à moradia daqueles que vivem nos assentamentos urbanos informais, a análise da realização do seu mínimo existencial requer a verificação de quais são os componentes considerados como seus parâmetros básicos. Embora esse tema vá ser objeto de maior aprofundamento no último capítulo do trabalho, cabe aqui fazer uma breve referência sobre o que vem sendo considerado como aspectos mínimos para uma moradia condigna. Assim, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, na Observação Geral n. 04, relativa ao direito a uma moradia condigna, arrola sete elementos básicos para que uma moradia possa ser considerada minimamente adequada ao desenvolvimento de uma vida com dignidade: (1) segurança legal da posse; (2) disponibilidade de serviços, equipamentos e infra-estruturas; (3) preços acessíveis de moradia; (4) habitabilidade; (5) facilidade de acesso a todos os grupos sociais (idosos, deficientes físicos, crianças, população de baixa renda, moradores de rua, ...); (6) localização acessível; (7) adequação cultural.²³¹

Da mesma forma, para a Comissão sobre os Estabelecimentos Humanos, com assento na Estratégia Global para o Abrigo para o Ano 2000, uma

uma habitação adequada compreende [...] intimidade suficiente, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação suficientes, infra-estruturas básicas adequadas e localização adequada relativamente ao local de trabalho e aos serviços essenciais – tudo isto a um custo razoável para os beneficiários²³²

Feito isso, se faz o cotejo entre a situação concreta na qual se encontra aquele direito alegadamente violado e os parâmetros considerados básicos para o respeito ao mínimo existencial, de forma a verificar o nível de periclitación daquele direito em relação ao seu próprio mínimo existencial e, por conseguinte, seus reflexos no exercício dos demais direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais.

²³¹ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 24 et seq.

²³² *Ibidem*, p. 52.

Seguindo no exemplo citado, considerando os seres humanos que moram nas periferias das cidades, em assentamentos urbanos informais desprovidos de transporte público (pois essa área não compõe a cidade formal), num barraco arranjado com pedaços de madeira e papelão, sem qualquer padrão mínimo de construção e de saneamento, nos quais os dejetos se confundem com o chão sobre o qual vivem, e a água utilizada se confunde com a mesma que é descartada pelo uso doméstico, em que não há ruas, mas vielas que se mimetizam com esgotos e lixões a céu aberto, cujo conceito de equipamentos e serviços públicos tais como praças, escolas, creches, postos de saúde não lhes dizem respeito, resta evidente que o mínimo existencial do direito humano fundamental social à moradia está muito distante de ser atendido. Com efeito, para além do direito à moradia, estão em perigo o direito fundamental à saúde, à educação, ao lazer, à proteção da infância e, conseqüentemente, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, para citar alguns.

Nessa situação, o exercício de ponderação a ser realizado ancorado no princípio da razoabilidade nos leva à conclusão inarredável de que o direito à moradia, no que diz respeito à sua parcela mínima, imprescindível à sobrevivência condigna naquilo que está diretamente relacionada ao mínimo existencial, não pode ficar submetido à reserva orçamentária, a exemplo do que ocorre com os aspectos periféricos desse direito, concernentes à proteção da moradia no caso das classes média e alta.²³³ Em tal sentido, mesmo quando os valores venham a oscilar significativamente, conforme o que cada um considere como padrão mínimo de dignidade, “o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância”.²³⁴ Dessa forma, sustentar que um direito social prestacional em sentido estrito deva ser garantido no seu mínimo existencial não significa quantificar, mas sim, qualificar o objeto.²³⁵

Com efeito, refere Alexy que ainda que os direitos fundamentais sociais a prestações em sentido estrito com estreita vinculação ao mínimo existencial (como é o caso do direito a uma moradia simples), quando há muitos que dele necessitam (como é o caso dos assentamentos urbanos informais) provoquem uma forte repercussão nas finanças estatais, este argumento,

²³³ TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 153.

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à Luz do Novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 271.

por si só, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. Nessa linha, assevera o autor que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto”²³⁶, pois

o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao conteúdo objetivo excedente.²³⁷

Na mesma senda, sustenta Ana Paula de Barcellos que o mínimo existencial, enquanto conjunto das condições materiais básicas para a existência, constitui parcela diamantina da dignidade da pessoa humana que deve ser juridicamente protegida, de forma que, conforme a autora, “para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias”.²³⁸

Ainda, Luís Roberto Barroso enfatiza que o núcleo material da dignidade do ser humano é “composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”.²³⁹

Por tais razões (mas não somente por elas), o direito a um mínimo existencial como elemento densificador de uma existência materialmente digna é o veículo que permite a concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito, como é o direito à moradia naqueles casos em que o seu núcleo inviolável encontra-se esvaziado. Com efeito, por meio dele é possível lograr o resgate da dignidade da pessoa humana, na medida em que “a existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam”²⁴⁰.

²³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 512, 513.

²³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517.

²³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 225, julho/setembro 2001. p. 31.

²⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à Luz do Novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 278.

Tendo em vista que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”²⁴¹, cabe analisar em que consiste o direito a um mínimo existencial como pressuposto para o desenvolvimento de uma vida condigna.

2.1.3 O mínimo existencial como direito

Na Constituição Federal de 1988 o mínimo existencial não está consagrado numa disposição normativa específica. É inerente ao ser humano, surgindo num patamar pré-constitucional e, como tal, condiciona a ordem jurídica²⁴², norteando a interpretação de cláusulas constitucionais que estejam conectadas aos direitos fundamentais, tal como é o caso da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, que se encontram permeadas pela noção do mínimo existencial. Como protege a vida e a dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial prescinde de assento constitucional explícito para seu reconhecimento²⁴³.

Ricardo Lobo Torres defende que os direitos sociais não são originariamente fundamentais, pois essa fundamentalidade estaria condicionada no que diz respeito à “parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”.²⁴⁴ Sem adentrar na questão da fundamentalidade dos direitos sociais, cuja vinculação parece ser inquestionável, conforme já abordado no capítulo anterior, ao qual nos reportamos, o que se extrai do entendimento do referido autor é que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente associada à satisfação dessas parcelas mínimas materiais que são protegidas pelos direitos sociais em sentido estrito, ainda que a fundamentação do mínimo existencial para o eminente doutrinador seja de cunho

²⁴¹ Ibidem, p.1.

²⁴² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 32.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 572.

²⁴⁴ TORRES, op. cit., p. 33. Refere o autor que a proteção do mínimo existencial se reveste de duas facetas: uma negativa, que afasta a intervenção estatal, tal como ocorre com as imunidades fiscais, fundamentada na circunstância de que “o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência” (*status negativus*); e outra positiva, caracterizada pela garantia do fornecimento de prestações estatais materiais (*status positivus*).

liberal, como garantia da liberdade real, e não na questão da justiça social a ser promovida pela efetivação dos direitos sociais com base na dignidade do ser humano.

Com efeito, cumpre citar, ainda que brevemente, que Ingo Sarlet refere que parte significativa dos autores europeus, notadamente os germânicos, embasam o mínimo existencial na garantia da dignidade da pessoa humana e no dever de sua concretização estatal a partir da cláusula geral do Estado Social, ao passo que no mundo anglo-saxão a fundamentação do mínimo, de uma maneira geral, encontra ancoragem de cunho preponderantemente liberal, como garantia da própria liberdade. Ricardo Lobo Torres, pioneiro entre nós no tratamento do mínimo existencial, sustenta, baseado particularmente em John Rawls e Robert Alexy, que o mínimo existencial encontra-se respaldado diretamente no princípio da liberdade, mas de forma temperada.²⁴⁵

No entanto, se o mínimo existencial encontra-se, para Ricardo Lobo Torres, entre os direitos de liberdade, e se eles dependem da realização de condições materiais para sua verdadeira fruição (tanto é assim que o autor inclui o direito ao mínimo existencial entre os direitos fundamentais individuais ou de liberdade), é inegável que esse direito ao mínimo existencial somente será atendido na exata medida em que os respectivos direitos fundamentais sociais específicos, tal como é o direito à moradia, sejam efetivados. É importante salientar que essa circunstância não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo, que segue como parâmetro de interpretação dos demais direitos sociais.²⁴⁶

Nas palavras do doutrinador referido, a idéia do mínimo existencial se confunde com a de direitos fundamentais sociais em sentido estrito.²⁴⁷ Por conseguinte, na perspicaz leitura de Ingo Sarlet, as diferentes abordagens quanto à fundamentação do mínimo existencial (se liberal, social, ou variações do ideário socialista) não geram, necessariamente, diferenças

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 568.

²⁴⁶ Cumpre trazer à baila ressalva feita por Ingo Sarlet de que esses direitos, apesar de abarcarem algumas dimensões do mínimo existencial, não podem e não devem ser reduzidos meramente a concretizações e garantias do mínimo existencial. *Ibidem*, p. 572.

²⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

substanciais quanto ao conceito e ao conteúdo do mínimo existencial. De fato, Ricardo Lobo Torres reconhece que às prestações estatais de cunho jusfundamental para satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade correspondem a direitos subjetivos.²⁴⁸

Robert Alexy, em face das variações existentes nas normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais, elaborou um quadro levando em conta três critérios para verificar o grau de eficácia em cada hipótese: (a) se as normas garantem direitos subjetivos ou se apenas obrigam o Estado de forma objetiva; (b) se são normas vinculantes (quando é possível a análise judicial de sua violação) ou não-vinculantes (caso em que seriam normas programáticas); (c) se essas normas fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, se são regras ou princípios. Da combinação desses critérios, o autor extrai oito tipos de normas com estrutura bastante diversas. Em um extremo (1), estão normas vinculantes, garantidoras de direitos subjetivos definitivos, com proteção mais intensa; na outra ponta (8), estão as normas não vinculantes, que fundamentam um mero dever *prima facie* do Estado em realizar prestações.²⁴⁹

Com base na análise levada a cabo por Alexy acerca da vinculatividade dos direitos fundamentais sociais em face de sua estrutura e de seu grau de eficácia, sempre e quando a idéia do mínimo existencial se confundir com os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, o direito ao mínimo existencial se configura como um direito definitivo vinculante, que goza da proteção mais intensa (1), no quadro realizado pelo autor tedesco.²⁵⁰ Assim, as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito que protegem o mínimo existencial vinculam o Poder Público no que se refere à sua execução, conferindo direitos subjetivos aos cidadãos em face do Estado.²⁵¹

Por tal razão, a realização do mínimo existencial como direito se opera tanto nos níveis legislativo, quanto administrativo e judiciário, cumprindo averbar que a ausência de legislação infraconstitucional não constitui óbice à sua efetivação, pois as prestações positivas de bens e serviços para a satisfação do mínimo existencial estão vinculadas à própria organização

²⁴⁸ SARLET, op. cit., p. 569.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 501

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 502.

²⁵¹ *Ibidem*.

estatal ²⁵². Nesse contexto, se a realização do mínimo existencial no seu viés positivo é justamente assegurar as condições físicas essenciais para uma existência humana digna, tais como a educação, a saúde, a moradia, direitos (fundamentais) sociais previstos expressamente na Constituição de 1988, quando eles não forem atendidos em seu núcleo duro, qual seja, do mínimo existencial para uma existência condigna, não se fará necessária a prévia concessão do legislador para sua reivindicação. Ademais, a liberdade de conformação do legislador fica limitada ao respeito ao padrão mínimo capaz de assegurar condições materiais imprescindíveis a uma existência digna ²⁵³.

Para além da realização do mínimo existencial via legislação e jurisdição, é crucial o papel da Administração. Nessa senda, refere Ricardo Lobo Torres que, para a plena garantia do mínimo existencial, é possível à Administração Pública expedir regulamentos autônomos para garantir os direitos fundamentais tocados por esse direito. Sua realização se efetiva, ainda, pelo processo administrativo e na eficiência dos órgãos da Administração Pública, pois

eficiente administração financeira e monetária, estatísticas corretas sobre os níveis de pobreza que permitam a reorientação dos investimentos estatais, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar a igualdade de chance ²⁵⁴ para o mínimo existencial. ²⁵⁵

Com efeito, é obrigação do Estado controlar os riscos decorrentes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos vítimas dessa situação, bem como o de restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais, conforme defende apropriadamente Andreas Krell. ²⁵⁶

O mínimo existencial, portanto, apresenta-se como verdadeiro direito subjetivo e, como tal, é oponível à Administração Pública, que deve realizar a prestação necessária para que o mínimo seja efetivamente garantido para propiciar uma vida digna àqueles desfavorecidos e

²⁵² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. pp. 43,44.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 570.

²⁵⁴ Segundo o autor, “pela igualdade de chances garantem-se as condições mínimas para o florescimento da igualdade social, que pode se compaginar até com uma certa desigualdade final provocada pelo esforço de cada um”. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 259.

²⁵⁵ Idem, op. cit., p. 45.

²⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 42.

alijados do acesso aos elementos necessários para tanto. Consoante Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é constituído por três elementos materiais, quais sejam, a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados (no qual a autora inclui o direito à moradia), e por um elemento instrumental, o do acesso à Justiça. Esses quatro elementos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, dotada de eficácia jurídica positiva, e, por conseguinte, com status de direito subjetivo passível de ser exigido do Poder Judiciário²⁵⁷.

Nesse diapasão, a atuação da Administração Pública contrária ou omissa para a realização desses fins é sindicável judicialmente²⁵⁸, cujos fundamentos foram objeto deste trabalho no capítulo anterior, competindo trazer à baila, ainda, que

ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo-ou-nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente.²⁵⁹

Será justamente o princípio da dignidade da pessoa humana relacionado aos princípios da liberdade e igualdade fáticas que servirá como balizador na ponderação a ser realizada frente aos princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária, na medida em que ausente o mínimo necessário à existência condigna, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade²⁶⁰, pois “uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana”.²⁶¹ Por isso,

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da

²⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

²⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989. p. 46.

²⁵⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 252.

²⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 566, 567.

dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada.²⁶²

Dessa forma, e tendo presente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade fáticas, informadores do mínimo existencial, se pode afirmar que os direitos sociais prestacionais em sentido estrito servem para atender à igualdade e à liberdade material mediante a compensação, ainda que em certo grau, das desigualdades sociais, para, acima de tudo, garantir as condições efetivas para uma vida digna. Objetiva-se, em última análise, a proteção da pessoa em relação às necessidades de ordem material para garantir uma existência com dignidade, na medida em que na estrutura do mínimo existencial encontra-se a dignidade do indivíduo, caracterizando-se, portanto, não o “conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, mas, mais do que isso, uma vida com dignidade”.²⁶³ De fato,

a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988, em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²⁶⁴

Concluindo, “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o poder público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”.²⁶⁵

Uma vez que o mínimo existencial visa privilegiar uma vida minimamente digna, como direito de todos por serem pessoas, correspondendo “a uma fração nuclear da dignidade da

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 78.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 95.

²⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 246.

²⁶⁵ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193.

pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica”²⁶⁶, cumpre verificar alguns aspectos sobre a dignidade da pessoa humana, o que se passa a realizar no próximo ponto deste capítulo.

2.2 A dignidade da pessoa humana

Conforme já registrado neste trabalho, há uma estreita relação entre o mínimo existencial e a dignidade do ser humano, de forma que o estudo a ser feito sobre o mínimo existencial, como pressuposto da dignidade da pessoa humana no direito à moradia nos assentamentos urbanos informais, pressupõe um recorte da profícua temática que cerca a dignidade da pessoa. Visando a esse objetivo, neste item, subdividido em três subitens, num primeiro momento se realizarão algumas aproximações sobre a noção da dignidade da pessoa humana; em seguida, como decorrência lógica, essa será abordada desde a sua previsão como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988; por fim, em face do tema deste trabalho, será estabelecida a sua relação com o direito à moradia digna para os indivíduos que vivem nos assentamentos urbanos informais.

2.2.1 Algumas aproximações sobre a noção de dignidade da pessoa humana

A noção de dignidade da pessoa humana, embora deite raízes na China do século IV A.C.²⁶⁷, será abordada, ainda que em apertada síntese, a partir de sua evolução na perspectiva ocidental²⁶⁸. Assim, embora não venha expressamente referida, ela pode ser inferida da assertiva de que o ser humano foi criado à imagem e à semelhança de Deus, a partir do que o

²⁶⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 248.

²⁶⁷ Ensina Ingo Sarlet que o sábio confucionista Meng Zi, por volta do século IV A.C., afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indisponível para o ser humano e para os governantes. Idem. Dignidade da pessoa humana – Parte I. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

²⁶⁸ Ana Paula de Barcellos divide em quatro momentos fundamentais o percurso da dignidade da pessoa humana até o status de axioma da civilização Ocidental: Cristianismo, iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e os reflexos dos horrores havidos na Segunda Guerra Mundial. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104.

cristianismo concluiu que “o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.²⁶⁹

Se na visão filosófica e política da antigüidade clássica, a dignidade do indivíduo era determinada, por um lado, pela posição social por ele ocupada na comunidade e, de outro, pelo grau de reconhecimento que os membros dessa comunidade lhe atribuíam, no pensamento estóico não havia essa diferenciação de grau, na medida em que a dignidade era considerada como qualidade inerente ao ser humano, de forma que todos eles são iguais em dignidade.²⁷⁰

Dessa forma, notadamente no que se refere a Roma a partir das formulações de Cícero, a dignidade, sendo desvinculada das noções de cargo e posição social, supõe a coexistência de sentidos moral e sociopolítico. Durante o período medieval, Tomás de Aquino deu seguimento à concepção de origem cristã e estóica, pois para ele a noção de dignidade erigia-se sobre o fato do homem ser feito à imagem e à semelhança de Deus e na sua capacidade de se autodeterminar.²⁷¹

No Renascimento, coube a Giovanni Pico della Mirandola alçar a dignidade da pessoa humana a um patamar de relevância, posto que na sociedade então vigente o que prevalecia era o valor da honra, proposta como um valor de estirpe pelo qual os homens nasciam naturalmente desiguais, já que era adquirida por herança consangüínea. A dignidade se contrapunha a essa idéia, pois se embasava na capacidade de autodeterminação típica da natureza humana.²⁷²

Já a contribuição de Francisco de Vitória foi importante para a construção da idéia de dignidade humana, ao sustentar, no século XVI, quando da colonização espanhola, que os

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pp. 30,31.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 31.

²⁷² RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Mirandola, Giovanni Pico de la*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 580.

indígenas, em virtude de sua natureza humana, eram livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos.²⁷³

Nos séculos XVII e XVIII, a idéia de dignidade sofreu “um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”, sendo que foi Kant quem deu a contribuição fundamental para a afirmação do princípio da dignidade tal como concebido hoje, visto que “a dignidade passou a ser a autonomia ética, evidenciada por meio da capacidade de o homem dar-se às suas próprias leis”.²⁷⁴

Nesse sentido, Kant assevera a proeminência do ser humano:

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] o imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.* [...] Seres racionais estão, pois, todos submetidos a esta *lei* que ordena que cada um deles *já* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si.* [...] No reino dos fins, tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não admite qualquer equivalente, então tem ela dignidade.²⁷⁵ (grifos do autor)

A concepção kantiana de dignidade se constrói sobre os pilares da autonomia do ser humano como ser racional, capaz de fazer e se submeter à suas próprias leis, em que todos os seres são igualmente fins e não meios, pois a dignidade não admite qualquer equivalência, que é o que ocorre quando se pode atribuir determinado preço (ou “indexador”) a alguma coisa, cujo valor é relativo. O homem não é coisa: ele é fim em si mesmo e não admite substituto equivalente. A dignidade, assim, “entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”²⁷⁶.

Apesar das críticas sofridas em contribuições posteriores e dos ajustes necessários para sua contextualização nos dias de hoje, a noção de dignidade do ser humano de Immanuel Kant

²⁷³ SARLET, op. cit., p. 32.

²⁷⁴ Ibidem, pp. 32, 33.

²⁷⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: edições 70, 2005. pp. 68-77, passim.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. p. 91.

é a base sobre a qual se estrutura o tratamento desse tema.²⁷⁷ Com efeito, foi o consagrado filósofo quem apresentou a formulação mais consistente acerca da natureza do homem e da relação dele consigo mesmo, com o outro e da sua interação com suas criações e com as da natureza. Segundo Ana Paula de Barcellos,

nada obstante os vários retrocessos históricos, a concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela se tenham agregado novas preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade.²⁷⁸

De fato, a dignidade da pessoa humana, sediada na filosofia, alcançou status jurídico principalmente em função da reação ocorrida contra as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, para, atualmente, constituir-se numa garantia contra práticas econômicas excludentes num “mercado que busca substituir o Estado de Direito pelo não-Estado, ou pelo menos, pelo Estado do não-Direito, que busca transformar o Estado Democrático dos direitos sociais em Estado autoritário sem direitos”. Daí a dignidade emergir como imposição do Direito como pressuposto para a idéia de justiça humana, pois, na medida em que ela consagra a superioridade do homem como ser de razão e sentimento, se encontra desvinculada da necessidade de merecimento pessoal ou social.²⁷⁹

Nessa direção, a dignidade é uma qualidade intrínseca ao ser humano, de quem não pode ser destacada, e a abordagem jurídica a ser realizada deve ter presente que ela “não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”²⁸⁰, de maneira que sua existência não se submete ao reconhecimento pelo Direito. Este pode

tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque afirma e se afirma no

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

²⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

²⁷⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999. pp. 24-26, passim.

²⁸⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. p. 91.

sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.²⁸¹

Na mesma direção, Ana Paula de Barcellos sustenta que

filosoficamente, a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece; daí porque muito autores registram que não há um 'direito' à dignidade mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. Nessas hipóteses, a pessoa estará sendo submetida a uma situação indigna e incompatível com sua dignidade essencial.²⁸²

De fato, na concepção kantiana da dignidade de que cada ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para se alcançar outra coisa. O Estado é organizado politicamente a serviço da pessoa, não havendo necessidade de que a Constituição veicule expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio máximo, pois sua existência seria uma decorrência lógica desse axioma.²⁸³

Por tal razão é possível asseverar que, mesmo que a dignidade do indivíduo não fosse consagrada expressamente num dado ordenamento jurídico, ainda assim ela prevaleceria e informaria o direito positivo como valor inarredável.²⁸⁴ A esse respeito, José Afonso da Silva assevera que a dignidade do ser humano configura-se um valor supremo, o qual atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais da pessoa.²⁸⁵

De qualquer sorte, a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico para além de um conceito filosófico em sua fonte e concepção moral, fez surgir uma nova forma do Direito considerar o ser humano, passando este, em sua dignidade, a informar o Direito em todos os seus desdobramentos. Com efeito, em face da reação ocorrida com os acontecimentos da Segunda Grande Guerra, diversos países internalizaram a dignidade da pessoa humana em suas Constituições como fundamento do Estado que então se criava (por exemplo, Alemanha, Espanha e Portugal) ou recriava (Bélgica), colocando-a, expressamente, como valor máximo da ordem jurídica e princípio norteador da atuação estatal.

²⁸¹ ROCHA, op. cit., pp. 24-26, passim.

²⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 108,109.

²⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999. p. 23.

²⁸⁴ Ibidem, p. 27.

²⁸⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. p. 92.

Constitucionalizou-se, por meio de sua juridicização, a temática concernente à dignidade da pessoa humana.²⁸⁶ Essa guinada havida a partir dessa juridicização fez com que o Direito sofresse uma releitura, culminando em uma nova aplicação das normas, notadamente pelos Tribunais Constitucionais.²⁸⁷

A dignidade da pessoa humana, portanto, é, atualmente, “um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica”.²⁸⁸ Possui, ela, um caráter bifronte, pois atua como limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que, se fosse perdido e alienado, deixaria de existir, de forma que não haveria mais limite a ser respeitado. No viés positivo, impõe ao Estado que atue objetivando a sua promoção, especialmente pela criação de condições que viabilizem o desenvolvimento de uma vida condigna.²⁸⁹

Paralelamente, a noção de dignidade comporta também uma dimensão intersubjetiva²⁹⁰, pois se, por um lado, cabe ao Estado protegê-la e promovê-la, não menos certo é que à comunidade também compete essa tarefa, seja no sentido de agir respeitando o outro como fim, como pessoa acima de tudo, seja no sentido de agir para que seja possível ao indivíduo realizar suas necessidades existenciais básicas, porquanto nem sempre é possível que o logre por si mesmo. A dignidade, portanto, é da pessoa, de cada ser considerado individualmente, mas a sua efetivação pressupõe uma dimensão intersubjetiva, pois ela, dignidade, se evidencia “numa postura na vida e numa compostura na convivência”²⁹¹. Apesar de a dignidade ser inata ao indivíduo, inerente à sua essência, ninguém é isolado, pois nasce e vive em seu meio social e, a partir dessa realidade, sua dignidade ganha um acréscimo²⁹².

Nesse sentido, Kant, ao abordar o imperativo prático de que o ser humano deve agir de tal maneira que use a humanidade, tanto na sua pessoa como na de qualquer outra, sempre e

²⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 109,110.

²⁸⁷ ROCHA, op. cit., pp. 28, 29.

²⁸⁸ BARCELLOS, op. cit., p. 26.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 48.

²⁹⁰ Ibidem, p. 48.

²⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999.p. 27.

²⁹² NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

simultaneamente como fim, jamais como meio, postula que não basta que a ação de uma pessoa não contradiga a humanidade como fim em si, sendo necessário que concorde com ela, a fim de que a conservação da humanidade como fim seja, de fato, promovida. Para além disso, o consagrado filósofo sustenta que

é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também não lhes subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida de suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a *humanidade como um fim em si mesma*. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser tanto quanto possível os *meus*, para aquela idéia poder exercer em mim *toda* a sua eficácia. (grifos do autor)²⁹³

Ainda nessa esteira, Ingo Sarlet, referindo-se a Gonçalves Loureiro, defende que a dignidade da pessoa humana, desde a ótica intersubjetiva, “implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental”. Assim, também em face da dimensão intersubjetiva da dignidade é que se impõe o seu reconhecimento e a sua proteção pelo ordenamento jurídico, “que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade”.²⁹⁴

Cumpre, assim, trazer à baila a conceituação (jurídica) de dignidade da pessoa humana formulada por Ingo Sarlet, como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹⁵

A dimensão intersubjetiva da dignidade não descaracteriza o fato de ela ser um atributo da pessoa individualmente considerada, havendo que se ter presente a distinção entre as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade da humanidade.²⁹⁶ Dessa forma, a Constituição de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, ao referir, de forma inédita na história do

²⁹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: edições 70, 2005. p. 71.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pp. 55, 56.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 53.

constitucionalismo brasileiro, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, traz algumas conseqüências que merecem ser analisadas, o que se passa a abordar no próximo item.

2.2.2 A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil

Apesar de ser possível constatar referência à palavra “dignidades” na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que rezou, no artigo 7º, que os cidadãos são “igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos”, não foi a dignidade empregada no sentido ético que, efetivamente, constitui seu conceito. Foi somente no Direito contemporâneo, mais precisamente a partir da Carta das Nações Unidas, de 1945²⁹⁷, que a dignidade é inaugurada no seu sentido ético e filosófico de respeito à integridade e à inviolabilidade do ser humano, considerado em todos os seus aspectos existenciais, o que passa a ser constitucionalizado, guindando-a ao centro do modelo de Estado a ser erigido a partir de então.²⁹⁸

Nesse contexto, as Constituições do pós-guerra passam a veicular expressamente a dignidade da pessoa humana, positivando esse valor supremo como fundamento de toda a ordem jurídica, sendo a Lei Fundamental da República Alemã, de 1949, a que, pela primeira vez, entronizou no seu sistema constitucional o princípio da dignidade humana, que passou a ser expressamente protegida pelo artigo 1º. Este rezou que a dignidade da pessoa humana é inviolável, sendo dever de todas as autoridades públicas respeitá-la e protegê-la. Conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha,

a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio

²⁹⁷ Preâmbulo: “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas...”. Da mesma forma, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, inicia seu preâmbulo referindo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis...”, e o artigo 1º reza que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade”..

²⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999. p. 30.

constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.²⁹⁹

No Brasil, foi com a Constituição de 1988 que a dignidade da pessoa humana obteve sede constitucional expressa, no artigo 1º, III, que a declarou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, e, de forma analítica, a desenvolveu ao longo de seu texto, mediante um conjunto de outros princípios e regras, que buscam, justamente, concretizá-la.³⁰⁰ Esse registro constitucional

veicula a superação de uma idéia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil em alguma medida também vivenciou nos dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a definitivamente por uma visão humanista de mundo. O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.³⁰¹

Adverte José Afonso da Silva, no entanto, que não se trata de um princípio constitucional fundamental, já que este se limita à estruturação do ordenamento jurídico, e, portanto, é mais limitado que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda a ordenação jurídica. Conforme o autor, à medida que a Constituição a eleva como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, a erige como um “valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da Democracia e do Direito”, se verifica que ela não é apenas um princípio de ordem jurídica, “mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural”, advindo dessa circunstância a sua natureza de valor supremo.³⁰²

Tal constatação, entretanto, não parece incompatível com o fato de a dignidade da pessoa humana ser erigida como princípio fundamental da ordem constitucional, pois isso não significa que somente exista nessa medida, e sim que a reforça como valor supremo e

²⁹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999. p. 33.

³⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28.

³⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

³⁰² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. pp. 91, 92.

fundante de toda a ordem jurídica, social e política, atuando como fundamento dos direitos fundamentais.³⁰³

A referência constitucional expressa à dignidade da “pessoa humana” reflete a preocupação do constituinte em considerar concreta e individualmente cada pessoa como fim precípua do reconhecimento e da proteção pela ordem constitucional. De fato, essa visão de proteção individual do ser humano demonstra que somente a pessoa como ser considerada concretamente é que pode sofrer abalos em sua dignidade, e não de forma abstrata, em nível da dignidade da humanidade. Isso evita “a possibilidade de sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana”, assegurando, destarte, que o indivíduo seja tratado sempre como fim e não como meio.³⁰⁴

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como “fundamento” da República e do Estado Democrático de Direito, houve o reconhecimento inequívoco de que é o Estado que vive em função da pessoa, e não o contrário, na medida em que o ser humano é o fim precípua da atividade estatal e não o meio pelo qual atua.³⁰⁵ Por isso,

a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem na tenra idade. “Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura”, pois “a liberdade humana com freqüência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade” [...].³⁰⁶ (grifos do autor)

Diante do exposto, e tendo em vista que o Constituinte de 1988 optou por não inserir a dignidade da pessoa humana no catálogo dos direitos fundamentais, não é possível reconhecer um direito fundamental à dignidade, o que está em consonância com a noção de dignidade do ser humano como qualidade intrínseca da pessoa, porquanto não pode ela própria – dignidade – ser concedida pelo ordenamento jurídico³⁰⁷. Com efeito, ela preexiste ao direito, serve de

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69 et seq.

³⁰⁴ Ibidem, p. 53.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

³⁰⁶ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. p. 93.

³⁰⁷ SARLET, op. cit., p. 69.

fundamento e validade para todas as disposições jurídicas que dela decorrem, direcionando a Constituição para o caminho da implementação da dignidade no meio social³⁰⁸.

Assim,

[...] quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo, inclusive falar-se de um direito a uma existência digna [...]. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.³⁰⁹

Trata-se, portanto, de um princípio fundamental material e formalmente constitucional, dotado plenamente de eficácia e detentor da maior relevância axiológica-normativa dentre os princípios constitucionais.³¹⁰ De fato, a Constituição de 1988, como decorrência dessa premissa, preocupou-se com as condições materiais de existência dos indivíduos, ao que dedicou significativo espaço no seu texto, impondo a todos os entes da Federação o dever comum de atuar para realizar todos os aspectos inerentes à dignidade do ser humano.³¹¹ Nesse diapasão, esse princípio atua como ordem de otimização para que a proteção e a promoção da dignidade do indivíduo sejam realizadas.

Sustenta Alexy, nesse aspecto, que a dignidade da pessoa humana, na forma como é posta na Lei Fundamental Alemã, provoca a impressão de ser absoluta. Isso se deve, segundo o citado autor, ao fato de que a norma da dignidade da pessoa é tratada, de uma parte, como regra, e de outra, como princípio, e também no fato de que para o princípio da dignidade da pessoa humana existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança de que sob elas o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos.³¹²

O caráter de regra da norma da dignidade da pessoa, explica Alexy, se mostra nos casos em que essa norma é relevante, em que não se pergunta se precede ou não a outras normas, mas tão somente se é violada ou não. Dessa forma, conclui o autor que a impressão sobre o

³⁰⁸ NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

³⁰⁹ SARLET, op. cit., p. 72.

³¹⁰ Ibidem, p. 74.

³¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 191.

³¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

princípio da dignidade como absoluto deriva do fato de existirem duas normas de dignidade: uma regra de dignidade da pessoa humana e um princípio da dignidade da pessoa humana, como também o fato de que existe uma série de condições sob as quais esse princípio, com um alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios.³¹³

Disso se verifica que o princípio da dignidade, em que pese sua maior estatura, o que lhe confere prevalência perante as demais normas do ordenamento jurídico, não se configura como absoluto, pois a dignidade, na prática, é realizada em diferentes graus. A realização da dignidade se dá, assim, desde a perspectiva do caso concreto, em cujas circunstâncias será verificada a ocorrência de violação a esse princípio.

Em face do caráter não absoluto da dignidade, defende Ricardo Lobo Torres que o mínimo existencial encontra suas raízes não só na dignidade, mas também nos princípios da cidadania, soberania, trabalho, etc.³¹⁴ Em que pese a louvável posição do prestigiado autor, ainda que não se possa afirmar que a dignidade da pessoa humana seja um princípio absoluto, parece que tampouco é possível negar que a razão de ser do mínimo existencial, ainda que possível de ser fundamentado em outros princípios, reside, preponderantemente, na dignidade da pessoa humana. De fato,

há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, a norma mantém sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meio diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.³¹⁵

Não cabem dúvidas, no entanto, que o princípio da dignidade humana norteia o tratamento e a forma de abordagem dos direitos e garantias fundamentais, na medida em que preexiste ao direito³¹⁶, e isso alcança os direitos de qualquer das dimensões, incluindo-se os direitos sociais, seja de defesa ou de prestações. Sem embargo, deve-se ressaltar, na esteira de

³¹³ Ibidem, pp. 106-109, passim.

³¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 13,14.

³¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 194.

³¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000, pp. 180,181.

Ingo Sarlet, que nem todos os direitos e garantias fundamentais embasam-se igualmente na dignidade, de forma que em alguns casos haverá maior intensidade na vinculação entre ela e o direito fundamental correspondente³¹⁷.

Na hipótese em estudo, da realização do direito à moradia dos seres humanos que (sobre) vivem nas precárias e sub-humanas condições dos assentamentos urbanos informais, resulta inquestionável a estreita relação entre a dignidade e o direito humano fundamental social à moradia, cujos fundamentos são analisados no próximo tópico.

2.2.3 A dignidade da pessoa humana e o direito humano fundamental social à moradia

O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana está estreitamente relacionado aos direitos fundamentais, de forma que um indivíduo terá respeitada a sua dignidade sempre e quando seus direitos fundamentais forem observados e efetivados, ainda que a dignidade não se esgote neles.³¹⁸ É que os direitos fundamentais concretizam o princípio expressamente constitucionalizado da dignidade³¹⁹ e, em tal medida,

a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.³²⁰

Nessa quadra, “há um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem de sua humanidade – daí sua universalidade – sem os quais o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quer que seja com os demais”.³²¹ Esse mínimo existencial é composto pela seleção dos direitos sociais em face de sua

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pp. 81,82.

³¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 110, 111.

³¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 73.

³²⁰ *Ibidem*, p. 87.

³²¹ BARCELLOS, op. cit., p. 138.

essencialidade, dentre outros critérios, que, uma vez satisfeitos, viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos, de forma que todos, em conjunto, contribuem para a realização da dignidade do ser humano.³²²

Assim, a idéia do mínimo existencial, como núcleo da dignidade da pessoa humana, evidencia, de forma inequívoca, a relação entre os direitos sociais prestacionais em sentido estrito e a dignidade, e, por conseguinte, demonstra que “assegurar o mínimo existencial é indispensável seja qual for a forma de organização social que se pretenda implementar”³²³. Nesse diapasão, o artigo 6º da Constituição de 1988, ao arrolar os direitos sociais, concretiza “o princípio da dignidade na esfera das condições materiais de existência do homem”.³²⁴

Em tal contexto, o direito humano fundamental social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição de 1988 (nela ingressado pela Emenda Constitucional 26, de 2000), de competência comum dos três entes federativos, consoante estabelece o artigo 23, IX, da Constituição, o que é reforçado, no inciso X, pelo dever, também comum, de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização³²⁵, tem agregado, em seu conteúdo, para além de um simples teto, a própria dignidade. Tanto o é que o artigo 23, IX, quando se refere à obrigação de programas para construção de moradias, o faz vinculando à melhoria das condições habitacionais, o que inclui, por óbvio, o saneamento básico. Por tal razão, ainda que não expressamente veiculado no artigo 6º, à dicção sobre o direito à moradia deve ser acrescentada, sempre, a palavra “digna”.

A necessidade de uma moradia é corolário lógico da dignidade, independentemente de qualquer outra consideração, o que denota que, ainda que sua noção não seja inteiramente determinada, ela é determinável em seus traços fundamentais.³²⁶ A realização desse direito por meio do acesso a uma moradia digna, que é aquela dotada dos aspectos e das condições

³²² Ibidem, pp. 114,115.

³²³ Ibidem, p. 139.

³²⁴ Ibidem, p. 169.

³²⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 190.

elementares para o desenvolvimento de uma vida saudável, configura-se como efetivo indicador do conteúdo normativo eficaz da dignidade do ser humano ³²⁷.

É nessa perspectiva que deve ser feita a análise do direito humano fundamental social à moradia desde a perspectiva da dignidade da pessoa humana. De início, cumpre esclarecer que o direito à moradia digna pode demandar tanto um limite de não ingerência por parte do Estado (e da sociedade), como também pode demandar uma ação (prestação) por parte do Estado (e da sociedade) para a sua realização.

Dessa forma, uma situação de não ingerência no direito à moradia que poderia ser citada, a título de exemplo, com o reconhecimento da dignidade, são aqueles casos em que o Poder Judiciário decide que a impenhorabilidade do bem de família não compreende somente as famílias propriamente ditas, mas também os solteiros, os separados e os viúvos. ³²⁸ Isso demonstra a feição limite da dignidade, seja em relação ao Estado, como legislador – que não pode restringir esse direito - seja em relação aos particulares, que devem abster-se de interferir na moradia do outro sob essas condições.

Todavia, para o que pretende este trabalho, importa analisar a necessidade de prestação por parte do Estado (e da sociedade) para a promoção da moradia digna àquelas pessoas que vivem em condições precárias e subnormais nos assentamentos urbanos informais³²⁹. Com efeito, tendo em vista que a urbanização brasileira se caracteriza por um forte processo de informalidade, ensejado pela absoluta falta de possibilidade de acesso à “moradia formal” por parte da população de baixa renda, esta restou excluída do perímetro urbano em que são garantidas as condições mínimas de habitabilidade. Essas condições caracterizam um padrão de vida digno de uma moradia adequada, que é aquela que possui os elementos básicos caracterizadores de um mínimo necessário para se viver condignamente, tais como são, dentre outros, a segurança jurídica da posse, custo de moradia condizente, saneamento básico e

³²⁷ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998. p. 92.

³²⁸ Nesse sentido foi publicada, em 03 de novembro de 2008, a Súmula 364 pelo Superior Tribunal de Justiça, que versa: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 25 de novembro de 2008.

³²⁹ Assentamentos urbanos informais é o resultado de um processo informal de desenvolvimento urbano, e a irregularidade fundiária urbana como a forma com que isso ocorre, ou seja, diz respeito aos distintos processos de consolidação dos assentamentos informais, sendo muitos os tipos em que é possível identificá-la: favelas, ocupações de propriedade pública ou privada, loteamentos clandestinos ou irregulares, cortiços (habitações coletivas familiares).

equipamentos públicos, consoante já referido neste trabalho e tema sobre o qual se voltará no próximo capítulo mais detidamente. Nessa esteira, “a definição do conteúdo (objeto) do direito à moradia não pode, de modo especial por força de sua vinculação à dignidade da pessoa humana, prescindir de parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável”³³⁰.

Com efeito,

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.³³¹

Dessa forma, ao se abordar o direito à moradia digna desde a perspectiva dos assentamentos humanos informais, é inevitável a análise da relação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais sob o manto da dignidade da pessoa humana. De fato, nem sempre a pobreza pode ser tida como uma violação da dignidade.³³² Contudo, no momento em que essa pobreza significa o cerceamento do exercício de autodeterminação da pessoa no que diz respeito às decisões de sua vida, restando excluídas “em função de decisões tomadas por outras pessoas tomadas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos”³³³, tal como ocorre no caso da informalidade urbana, o que se constata é uma vinculação direta entre o direito à moradia dos que ocupam os assentamentos urbanos informais e a (in) dignidade do ser humano. Portanto,

o que se percebe, em última análise, é que onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.³³⁴

³³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p. 278.

³³¹ Idem. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 209.

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 208.

³³³ Idem. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pp. 97, 98.

³³⁴ Ibidem, p. 61.

Uma dimensão dúplice da dignidade lhe coloca, ao mesmo tempo, como a capacidade do indivíduo de se auto-determinar no que diz respeito às decisões essenciais sobre sua própria existência, e como a necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado. Quando fragilizada ou inexistente a possibilidade de auto-determinação, a segunda dimensão – de assistência – poderá, dadas as circunstâncias do caso concreto, prevalecer sobre a primeira – de autodeterminação. Nessa hipótese, se busca assegurar, num primeiro momento, as condições materiais mediante a assistência, para, então, a pessoa desenvolver sua capacidade de auto-determinação.³³⁵

Nesse sentido, a ausência do mínimo existencial - como condições fáticas mínimas essenciais para a existência digna da pessoa – retira do indivíduo a sua capacidade de auto-determinação sobre as decisões essenciais de sua própria existência, o que demonstra a violação da sua dignidade nas duas dimensões, impondo-se que lhe sejam asseguradas as condições mínimas de uma moradia digna a fim de que possa desenvolver sua vida com autonomia.

A concretização da dignidade, portanto, depende também da realização das condições materiais, e não somente do respeito à sua condição na esfera estritamente individual. Nesse sentido,

as pessoas devem ter condições dignas de existência, aí incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como as condições materiais que as livre da indignidade [...], não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina.³³⁶

A fundamentalidade do direito à moradia encontra-se estritamente vinculada com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito, como é o caso do direito à moradia, estão a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade. Dessa forma, a vinculação entre o direito à moradia e o princípio da dignidade

³³⁵ Ibidem, p. 50.

³³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 26,27.

é diretamente proporcional à importância daquele para a efetiva fruição de uma vida com dignidade.³³⁷

Tanto é assim que Ingo Sarlet defende que, mesmo se não tivesse havido a inclusão do direito à moradia no rol do artigo 6º constitucional, sempre seria possível reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, pois esta requer, na sua dimensão positiva, que sejam satisfeitas as necessidades para uma vida condigna. Sustenta o autor, ainda, que pode até mesmo servir “como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade”.³³⁸

Em que pese o inegável progresso ocorrido com a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e as disposições constitucionais dele decorrentes com vista à sua concretização, há que se reconhecer que não compete (e nem cabe) à Constituição exaurir cada um de seus componentes e sim traçar seu conteúdo básico, do qual pertence o direito à moradia digna. Isso nos leva à análise do conteúdo desse direito, pois é a partir dessa definição que é possível aferir a sua concretização e, por conseguinte, a promoção da dignidade. A essa missão se destina o próximo item.

2.3 A moradia minimamente digna: possibilidades conceituais.

Até este ponto do trabalho, foi visto que a moradia se configura como um direito humano fundamental social prestacional em sentido estrito, tendo sido analisados os fundamentos filosóficos e jurídicos dessa constatação, bem como as conseqüências daí advindas, notadamente no plano da efetividade desse direito do ponto de vista jurídico, principalmente a partir da relação do direito à moradia daqueles que habitam os assentamentos humanos informais e o mínimo existencial como núcleo material da dignidade.

Portanto, o que se passa a analisar são os elementos materiais da moradia minimamente digna vista no contexto da realidade social urbana brasileira, desde a perspectiva dos

³³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 208.

³³⁸ *Ibidem*, p. 206.

assentamentos urbanos informais, e o enquadramento desse direito no quadro normativo brasileiro.

2.3.1 Direito à moradia digna – O que é?

A moradia é necessidade primária do ser humano, acompanhando-o desde os tempos das cavernas. Sua condição de imprescindibilidade para uma vida digna é inquestionável, porquanto proporciona (ou, pelo menos, deveria proporcionar) as condições para o desenvolvimento de uma vida física e psiquicamente saudável, com importantes reflexos na conquista de uma vida com liberdade. Serve, portanto, não só como espaço para proteção das intempéries, mas também para o resguardo da intimidade, no qual o ser humano pode (ou, pelo menos, deveria poder) praticar, com segurança e tranquilidade, os atos mais elementares do seu cotidiano, mas nem por isso menos importantes, tais como são a alimentação, o descanso, a reprodução, o asseio pessoal, o lazer, para citar alguns.

Na definição José Reinaldo de Lima Lopes, o direito à moradia, é, além do direito de ocupar um lugar no espaço, “o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia. Morar é um existencial humano. O homem não apenas ocupa lugar, ele mora, ele cria seu ambiente humano, ele não se submete à natureza”.³³⁹

Em face de sua significativa relevância para o desenvolvimento de uma vida com dignidade, o direito à moradia é objeto de vários documentos internacionais sobre direitos humanos, conforme já abordado neste trabalho, no capítulo primeiro, item 1.1.3, cumprindo, por ora, citar como os mais importantes, no plano do sistema universal de proteção dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, a Convenção Sobre a Eliminação Sobre de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. No sistema regional de proteção, conforme já referido neste trabalho, o direito à moradia somente encontrou guarida na Carta Social Européia Revista de 1996, no artigo 31.

³³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. In: *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 02, 1993. p. 121.

Para além dessa proteção internacional, as características antes traçadas sobre o direito à moradia o alçam à condição de direito oponível *erga omnes*, do que decorre sua proteção constitucional tanto numa dimensão negativa, pela qual é capaz de bloquear ações contrárias ao seu exercício (veja-se, por exemplo, o artigo 5º, XII, segundo o qual a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo nos casos expressamente permitidos na Constituição), quanto numa dimensão positiva, pela qual é capaz de compelir o Estado a assegurar eficazmente o acesso a uma moradia condigna mediante prestações jurídicas e materiais sempre e quando o mínimo existencial que o caracteriza não for atendido, tal como ocorre nos assentamentos urbanos informais.³⁴⁰

Com efeito, segundo apurado pelo relator especial sobre moradia adequada como componente do direito a um padrão de vida apropriado, Miloon Kothari, em sua visita ao país em 2004, o déficit habitacional afeta 83,2 por cento das famílias de baixa renda que recebem três salários mínimos ou menos, sendo que apenas 02 % das famílias que recebem mais de 10 salários mínimos ou mais são afetados. O alto déficit habitacional também é um reflexo do expressivo número de famílias de baixa renda que vive em assentamentos urbanos informais e coabitações familiares, nas quais os familiares convivem em moradias improvisadas.³⁴¹

Além do déficit quantitativo, aproximadamente 10 milhões de unidades habitacionais são consideradas inadequadas qualitativamente, devido à falta de acesso a uma rede de água encanada, à infra-estrutura inadequada, a redes de esgoto e à drenagem insuficientes, e, ainda, à superlotação. Em relação ao saneamento, estima-se que 12,1 milhões de residências urbanas particulares, principalmente as habitadas por famílias de baixa renda, necessitam de serviços básicos. Apesar dessa realidade comprovada estatisticamente, apenas metade de todos os municípios do Brasil desenvolveu alguma forma de política habitacional, e menos municípios ainda fizeram tentativas sérias, em nível prático, de promover o direito à moradia adequada.³⁴²

Antes de ser incluído expressamente no artigo 6º da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional 26, de 2000, a proteção da moradia se dava de forma indireta, como, por

³⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 556.

³⁴¹ Conforme Relatório do Relator Especial sobre a moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida, Miloon Kothari. Disponível em: http://www.polis.org.br/obras/arquivo_166.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2007.

³⁴² *Ibidem*.

exemplo, por meio do artigo 7º, IV, da Constituição de 1988, que refere que o salário mínimo do trabalhador urbano e rural deve ser capaz de atender, entre outras necessidades vitais, à da moradia³⁴³.

Todavia, é possível defender que, materialmente, o direito à moradia já se encontrava inserido na ordem constitucional brasileira. Segundo Ingo Sarlet, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, e sendo o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, e partindo-se da premissa da hierarquia constitucional destes tratados (o que foi confirmado com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2004, que inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição de 1988), cabe sustentar que o direito à moradia já era, antes dessa inclusão expressa promovida pela Emenda Constitucional 26, de 2000, consagrado na nossa ordem como direito materialmente fundamental. Disso se extrai que o direito à moradia não se configura exatamente um “novo direito” na ordem constitucional brasileira. Sem embargo, é inegável que essa “expressa positividade lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com a sua eficácia e efetividade”.³⁴⁴

A problemática que circunda o direito à moradia nos assentamentos urbanos informais abarca muito mais que um teto. De fato, a sobrevivência na cidade depende fundamentalmente do acesso à moradia, que habilita os indivíduos e os grupos sociais a fazerem suas escolhas ou a desenvolverem suas capacidades, caracterizando-se, portanto, como um direito básico de cidadania³⁴⁵.

Desde a perspectiva terminológica posta na Constituição de 1988, está assegurado tão somente o direito à moradia, sem qualquer predicado. Isso, todavia, não implica uma aproximação restritiva desse direito, no sentido de que basta um teto para estar garantido o exercício deste direito. A moradia a ser apreendida do dispositivo constitucional é aquela minimamente digna, ou seja, constituída das condições básicas para o desenvolvimento de

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 323.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 206.

³⁴⁵ CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetropoles.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

uma vida condigna, entendida a moradia, portanto, de uma forma ampliada, como a habitação em si e também o solo e o conjunto de equipamentos, serviços e amenidades, cuja acessibilidade ela possibilita ³⁴⁶. É nesse sentido a disposição constitucional do direito à moradia no artigo 6º que, analisado em conjunto com o disposto no artigo 23, incisos IX e X, da Constituição de 1998, conduz à conclusão de que o direito à moradia encontra seu fundamento também no dever comum dos entes federativos em promover programas de construção de moradias com melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico, e, a partir do combate das causas da pobreza e dos fatores de marginalização, promover integração social daquela parcela da população que vive nos assentamentos urbanos informais.

Considerando que a Constituição de 1988 não traz uma definição mínima para uma possível delimitação do conteúdo do direito à moradia, há que se buscar esses critérios nos instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, que se configuram como parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida decente. Justamente nesse contexto, buscando estabelecer padrões internacionais, o Comitê da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de dignidade de um direito à moradia, na Observação Geral n. 04, indicando sete pontos essenciais para a moradia ser considerada minimamente adequada ao desenvolvimento de uma vida com dignidade: (1) segurança legal da posse; (2) disponibilidade de serviços, equipamentos e infra-estruturas; (3) preços acessíveis de moradia; (4) habitabilidade; (5) facilidade de acesso a todos os grupos sociais; (6) localização acessível; (7) adequação cultural. Esses elementos, que já foram citados neste trabalho em momento anterior, passarão agora a serem analisados individualmente, em virtude de sua importância.

Assim, nos exatos termos postos na Observação Geral n. 04³⁴⁷, os elementos acima citados se configuram nos seguintes aspectos. Pela segurança legal da posse se quer garantir, a todas as pessoas indiscriminadamente, o direito a certo grau de segurança que garanta a proteção legal contra as expulsões forçadas, a agressão e outras ameaças, de forma que os governos devem adotar medidas imediatas a fim de conferir segurança legal da ocupação

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 24 et seq.

àquelas pessoas que ainda desprotegidas nessa esfera. Já a disponibilidade de serviços, materiais e de infra-estruturas se refere ao fato de que todos os titulares do direito a uma moradia condigna devem ter acesso permanente aos recursos naturais e comuns, água potável, energia, aquecimento e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios de conservação de alimentos, sistemas de recolha e tratamento de lixo, esgotos e serviços de emergência.

Por preços acessíveis de moradias entende-se que os seus custos devem situar-se num nível que não ameace ou comprometa a satisfação de outras necessidades essenciais. Dessa forma, devem ser concedidos subsídios àqueles que não dispõem de meios econômicos suficientes para ter uma habitação adequada, e os locatários devem ser protegidos contra aluguéis excessivos ou aumentos abusivos. A habitabilidade, por seu turno, indica que uma moradia condigna deve ser habitável, ou seja, deve propiciar o espaço adequado e proteger das intempéries e de outros perigos para a saúde, dos riscos devidos a problemas estruturais e de vetores de doença, de forma que a segurança física dos ocupantes reste igualmente garantida.

A facilidade de acesso a todos significa que os grupos desfavorecidos devem ter pleno alcance, permanentemente, aos recursos adequados, em matéria de habitação. Nesse sentido, as pessoas idosas, as crianças, os portadores de deficiências, dentre outros grupos, devem ser priorizados, e suas necessidades especiais devem ser consideradas na elaboração e aplicação da legislação relativa ao direito à moradia. Quanto à localização acessível, uma moradia condigna deva estar situada num local em que existam possibilidades de emprego, serviços de saúde, escolas, centros de cuidados infantis e outras estruturas sociais. As moradias não devem estar localizadas em lugares poluídos, nem na proximidade imediata de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos seus ocupantes. Por fim, o respeito ao ambiente cultural informa que a expressão da identidade e diversidade não sejam sacrificadas nas ações de construção ou de melhorias das moradias.

Também o Programa Nacional dos Direitos Humanos prevê que a garantia do direito à moradia condigna pressupõe o atendimento aos aspectos da habitabilidade, salubridade, condições ambientais, espaço, privacidade, segurança, durabilidade, abastecimento de água, esgoto sanitário, disposição de resíduos sólidos e acessibilidade em relação ao emprego e aos equipamentos urbanos, por meio de políticas públicas destinadas à urbanização e à

regularização das áreas de assentamentos urbanos informais ocupadas pela população de baixa renda.

Esse vasto conjunto de elementos constitutivos do direito à moradia condigna oferece uma idéia da sua complexidade, além de mostrar as várias áreas que devem ser consideradas pelo Estado juridicamente obrigado a assegurar a realização dos direitos à moradia de sua população carente. Nesse sentido, qualquer pessoa que viva numa situação em que esses elementos não se encontram todos reunidos, pode razoavelmente alegar que não goza do direito a uma moradia condigna, tal como este é enunciado nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. Assim, com base na idéia de que todos os direitos humanos são inter-relacionados e indivisíveis, o direito à moradia condigna pressupõe uma abordagem integrada, cujo exercício necessariamente pressupõe vínculos com outros direitos relacionados, como são: a saúde, o acesso ao saneamento, ao trabalho, ao lazer, aos bens de raiz, à segurança da pessoa e do lar, à proteção contra o tratamento desumano e degradante.

348

Ainda, em face da importância do reconhecimento e proteção do direito a uma moradia digna, a ONU promoveu dois importantes encontros para debater a questão da precariedade da moradia nos assentamentos humanos. Da primeira delas, em 1976, resultou a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I, no qual restou assegurada a moradia como um direito básico da pessoa. A segunda foi realizada em 1996, em Istambul, Turquia, e resultou no documento “Plano de Ação Global”, também designado Agenda Habitat II, que contou com a assinatura dos representantes de 186 países, inclusive o Brasil. Esse documento, tido como o mais completo na matéria, tem por finalidade a priorização das questões urbanas nos programas de desenvolvimento dos países signatários, reiterando o direito à moradia como um direito humano fundamental social, de realização progressiva, especificando os elementos que o compõem e definindo o papel dos Estados para a sua efetivação.³⁴⁹

A Agenda Habitat II não possui força obrigacional interna, configurando-se como um complemento ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, servindo como subsídio

³⁴⁸ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008. p. 26.

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 204.

para a interpretação das disposições desse Pacto, especialmente aquelas constantes no artigo 11. A Agenda Habitat II também prevê, em seu artigo 43, quais são os elementos necessários à caracterização de uma moradia condigna, que coincidem com aqueles expostos pela Observação Geral n. 04, e também com aqueles do Programa Nacional dos Direitos Humanos.

350

Esse documento adota, como objetivos e princípios essenciais, a moradia adequada para todos e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos em um mundo em processo de intensa urbanização, com minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia, recomendando, entre outros compromissos: o aumento das opções disponíveis para aquisição de moradias e promoção de programas de construção de novas moradias, bem como de reabilitação, melhoria e manutenção das já existentes; a promoção do acesso à água potável, aos sistemas de esgotamento sanitário e outros serviços básicos e equipamentos, especialmente para pessoas de baixa renda, mulheres e grupos vulneráveis e desfavorecidos; a garantia da segurança jurídica da posse e igualdade de acesso à terra.³⁵¹

Visto, em linhas gerais, em que consiste o direito humano fundamental social à moradia em seus aspectos materiais, especialmente na perspectiva dos assentamentos urbanos informais, cumpre verificar a posição desse direito no quadro normativo brasileiro, ponto ao qual se dedica o próximo tópico.

2.3.2 O direito à moradia no quadro normativo brasileiro

Partindo da premissa de que objeto dos direitos a prestações do direito à moradia pode se consubstanciar tanto materialmente quanto normativamente, e que uma das principais manifestações do dever de proteção do Estado consiste na edição de medidas legislativas que assegurem efetivamente ou viabilizem o direito fundamental, a promoção da dignidade da moradia pode começar na edição legislativa.

A fim de desenvolver hierarquicamente o presente tópico, cumpre, num primeiro momento, sistematizar, no nível constitucional, o enquadramento do direito à moradia,

³⁵⁰ Ibidem, p. 205.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 205.

especialmente na perspectiva dos assentamentos urbanos informais, para, em seguida, abordar, ainda que brevemente, esse direito fundamental na legislação infraconstitucional no que se relaciona com a questão da moradia nos assentamentos urbanos informais.

Assim, além da previsão expressa do direito à moradia no artigo 6º da Constituição de 1988, essa estabelece, conforme já referido, a proteção do direito à moradia numa dimensão dúplice, de caráter negativo e também positivo. No primeiro caso, o artigo 5º, inciso XI, reza que a casa é asilo inviolável do indivíduo, estabelecendo ela mesmo as hipóteses excepcionais a essa regra. Já no seu viés positivo, que é o que interessa diretamente para este trabalho, a efetivação do direito à moradia reside na obrigação de todos os entes federativos em promover programas de moradias e melhoria das condições de habitabilidade e de saneamento básico, conforme reza o artigo 23, inciso IX. Ainda, o artigo 21, XX, afirma a competência da União para instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive no que diz respeito à habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Além disso, o artigo 7º da Constituição estabelece que a moradia é um dos elementos básicos a ser atendido pelo salário mínimo.

A Constituição de 1988, ao tratar pela primeira vez da política urbana, nos artigos 182 e 183, estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sob pena de sofrer, sucessivamente, parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo, e, finalmente, desapropriação. Dessa forma, o direito de propriedade é direito fundamental protegido desde que atenda à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII), o que implica uma conduta positiva do proprietário, que não apenas tem o dever de se abster do exercício de seu direito em detrimento de outrem, como deve, simultaneamente, exercer seu direito em prol da sociedade. Assim, aquele imóvel que se encontra em estado de especulação pode vir a ser destinado para a moradia daqueles desprovidos do acesso a esse direito, uma vez seguida a ordem estabelecida no § 4º do artigo 182 da Constituição de 1988 (parcelamento ou edificação compulsório, IPTU progressivo e desapropriação).

No que diz respeito ao direito de propriedade sob a ótica do direito à moradia para a análise do cumprimento da função social da propriedade urbana, há que se ter presentes algumas premissas. Inicialmente, cumpre destacar que o direito à moradia, como direito de ocupar um lugar no espaço e de ter acesso às condições que fazem dele um local de moradia, coloca em evidência que as cidades sucumbiram à lógica capitalista de considerá-las como

local de especulação e não como centro de vida e de habitação, assunto sobre o qual nos debruçaremos com mais afinco no capítulo seguinte. Por ora, ressalta-se que dessa realidade decorre uma distinção de tratamento da propriedade como bem de consumo (propriedade para moradia, para exercer o trabalho, enfim, para uma finalidade útil) e como bem de e para a especulação (propriedades urbanas adquiridas e não edificadas, não utilizadas ou subutilizadas, cuja finalidade é tão somente a valorização imobiliária), pois só faz sentido falar em função social da propriedade desde a perspectiva capitalista de especulação da propriedade urbana.³⁵²

Dessa forma, a função da propriedade urbana está ligada à realização de direitos fundamentais, tal como o da moradia, razão pela qual a proteção jurídica ao direito de propriedade é atenuada quando se verifica o seu exercício para finalidade meramente especulativa, desprovido de funcionalidade que possa beneficiar, de alguma forma, a sociedade.

O movimento que se vivencia atualmente é justamente no sentido de fazer vingar os valores axiológicos constitucionais desde uma perspectiva solidária, em que todos, Estado e sociedade, estão comprometidos para que sejam efetivados direitos fundamentais. À medida que o indivíduo não cumpre com seu dever nesse projeto, como ocorre quando há o desatendimento da função social da sociedade urbana, nada mais natural que o Estado lance mão de instrumentos previstos na própria Constituição para que aqueles valores sejam respeitados, tal como os estabelecidos no citado artigo 182, § 4º.

Com efeito, a intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, a partir do Estado social, reverberou na ordem jurídica, alçando ao nível constitucional normas privadas, possibilitando, destarte, que o Estado intervenha em assuntos anteriormente relegados à dinâmica unicamente privada, nas quais não se imiscuía. Dessa transposição houve também a passagem de uma da proteção de cunho individualista, decorrente do Código Civil, para uma proteção da dignidade, garantida pela Constituição de 1988 como fundamento da República.

353

³⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. In: *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 02, 1993. p. 123.

³⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 115.

É nesse contexto, portanto, que o artigo 182 estabelece, em seu *caput*, que 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 e, no § 2º, refere que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.³⁵⁴

O que se verifica, portanto, é que as disposições constitucionais acerca do direito à moradia revelam, direta ou indiretamente, a preocupação do constituinte em promover a dignidade da pessoa humana por meio da efetivação do direito à moradia adequada, forte nos artigos 1º, III, e 3º, I e III, da Constituição de 1988, e isso repercutiu (e segue repercutindo) na edição de medidas legislativas infraconstitucionais.

O Estatuto da Cidade, em 2001, veio regular o capítulo da política urbana posto na Constituição de 1988, estabelecendo diretrizes norteadoras para a atuação do Poder Público na realização do direito à cidade, no qual se inclui o direito à moradia digna. Esse emblemático diploma legal inova ao reconhecer o direito à moradia dos grupos sociais que ocupam os assentamentos urbanos informais, oferecendo uma série de instrumentos hábeis para intervir nesse processo de exclusão social, buscando-se garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana e a efetivação do direito à moradia.

A Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, regulamenta a concessão de uso para fins de moradia prevista no artigo 183 do capítulo da política urbana na Constituição de 1988. Ao estabelecer a concessão de uso especial para fins de moradia, essa Medida Provisória realiza, em grande medida, o direito à moradia, pois possibilita que aqueles que vivem em áreas públicas (não usucapíveis, portanto) possam ter assegurada a sua moradia pela concessão, hoje direito real previsto no Código Civil de 2002. Ao tratarmos dos instrumentos de regularização fundiária urbana, o assunto será mais detidamente analisado.

³⁵⁴ O princípio da função social da propriedade vem sendo veiculado constitucionalmente desde a Constituição de 1934, quando se introduziu a restrição do direito de propriedade pelo interesse social da coletividade, o que foi seguido pelas Constituições posteriores, mas foi somente na Constituição de 1988 que houve a possibilidade prática de sua aplicação, notadamente em virtude da introdução inédita de um capítulo destinado à Política Urbana.

O Código Civil aprovado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor a partir de janeiro de 2003, seguindo a tendência posta na Constituição de 1988 acerca da função social da propriedade, estabelece, no § 1º do artigo 1.228, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial [...]”. Da mesma forma, o § único do artigo 1.238, que dispõe, em seu *caput*, sobre a usucapião extraordinária, traz importante reforço à proteção do direito à moradia, ao reduzir de quinze para dez anos o prazo para usucapir quando “o possuidor tiver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual”.

É importante citar, ainda, a lei 11.481, de 31 de maio de 2007, que visa transpor os obstáculos para regularização fundiária de assentamentos de baixa renda em áreas públicas. Entre várias leis alteradas com intuito de incentivar a regularização fundiária em prol do direito à moradia, foi alterada a Lei 9.636, de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, sendo incluído o artigo 6º-A, que refere expressamente que, no caso de cadastramento de ocupações para fins de moradia cujo ocupante seja considerado carente ou de baixa renda, a União poderá proceder à regularização fundiária da área.

Nessa esteira, a referida lei 11.481, de 2007, alterou o Decreto-Lei 1.876, de 15 de julho de 1981, que trata das hipóteses de dispensa de pagamento de foros e laudêmos aos titulares de domínio útil dos bens imóveis da União, para, além de incluir as pessoas de baixa renda como beneficiárias, sendo estas aquelas com proventos de até cinco salários mínimos por família, também estabeleceu isenção retroativa à data da ocupação, seja a que título for: débitos constituídos e não pagos, mesmo inscritos em dívida ativa, multas, juros de mora, atualização monetária. A norma, assim, amplia a garantia do direito à moradia das pessoas nessas situações.

Ainda, dispõe a Lei 11.481, de 2007, em seu artigo 23, que a União, por meio da Secretaria do Patrimônio da União, adotará providências visando à realização de levantamento de imóveis da União que possam ser usados para a implementação de políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda, no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS (Lei 11.124, de 16 de junho de 2005).

Em que pese o arcabouço normativo em prol do direito à moradia condigna que acabamos de analisar, as causas da crise da moradia, na realidade brasileira, estão arraigadas de tal forma que a abordagem desse direito não pode descurar da análise dos obstáculos para a sua efetivação. Tendo em vista a relação intrínseca entre a precariedade do direito à moradia nos assentamentos urbanos informais e a urbanização brasileira, passaremos a abordar o direito humano fundamental social à moradia minimamente digna no contexto da informalidade urbana e como a política de regularização fundiária pode atuar para contribuir na reversão desse quadro crítico. A isso se dedica o terceiro e último capítulo.

3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA DIGNA

O que se pretende, neste capítulo, é aproximar os marcos teóricos desenvolvidos nos dois capítulos anteriores sobre a jusfundamentalidade do direito à moradia condigna com os aspectos fáticos e normativos da efetivação desse direito, no caso dos assentamentos urbanos informais, pela realização da política de regularização fundiária urbana.

Nesse sentido, serão abordadas algumas reflexões sobre o surgimento das cidades no Brasil, sua urbanização e a respectiva vinculação com a informalidade urbana, bem como os reflexos desse contexto na efetivação do direito à moradia. A seguir, dedica-se à exploração da temática envolvendo o tratamento jurídico da regularização fundiária e das possibilidades de uma política nacional de regularização fundiária, com breve análise sobre a competência federativa na sua execução. Ao final, toma-se como parâmetro a cidade de Porto Alegre para uma avaliação mais próxima da realidade, pois é no município que essa política de regularização fundiária se concretiza efetivamente. Para tanto, será traçado um panorama geral no qual serão analisados aspectos positivos e algumas das dificuldades enfrentadas.

3.1 Reflexões sobre as cidades e a informalidade urbana no Brasil e o respectivo impacto sobre o direito à moradia nos assentamentos urbanos informais

Este primeiro ponto abordará a temática das cidades no Brasil, notadamente no que se refere à urbanização e à informalidade urbana e a realização do direito à moradia nesse contexto, desde a perspectiva dos assentamentos urbanos informais.

Num primeiro momento, será feito um breve relato sobre a evolução das cidades brasileiras sob a ótica da urbanização. Em face do objeto de estudo deste trabalho, bem como da impossibilidade de se abordar todo o espectro de assuntos com a profundidade desejada, se optou por analisar o surgimento das cidades desde a perspectiva brasileira, deixando-se, portanto, de fazê-lo no contexto mundial o que, por si só, demandaria uma dissertação exclusiva. No entanto, sempre que necessário como pressuposto teórico se fará menção sobre episódios considerados relevantes ao presente estudo. Em seguida, trataremos dos reflexos da

urbanização brasileira no direito à moradia para, ao final, identificar obstáculos à efetivação do direito à moradia digna.

3.1.1 As cidades brasileiras sob a ótica da urbanização

Por meio do processo de urbanização, as cidades crescem e se desenvolvem. Por tal razão, se diz que um país é urbanizado quando a população que vive nas cidades é maior que a população que vive em áreas rurais, ou seja, quando a população urbana representa mais que 50% da população total de um país.³⁵⁵ Durante a maior parte de sua história, o Brasil foi um país agrícola, somente adquirindo a condição de urbano na segunda metade do século XX.³⁵⁶

Todavia, há que se advertir que, embora a urbanização seja um processo necessariamente ligado às cidades, o surgimento de ambos não coincide. Com efeito, enquanto as primeiras cidades nasceram, aproximadamente, no ano 3.500 a. C., no vale compreendido pelos rios Tigre e Eufrates, o fenômeno da urbanização aparece de forma significativa somente a partir de 1850. Com isso, é possível afirmar que, enquanto as cidades constituem um fenômeno antigo, o da urbanização é eminentemente moderno.³⁵⁷

Para a análise da urbanização no Brasil é importante ter presente que a ocupação do espaço brasileiro teve início com o povoamento levado a cabo por conta da colonização de Portugal, cujo objetivo era auferir lucros com a exploração de produtos agrícolas tropicais, além de minas de ouro, prata e pedras preciosas, objetivo que determinou a forma de administração do país com importantes reflexos no processo de urbanização. Inicialmente no litoral, com objetivos econômicos, mas também militares, foi dado início à urbanização brasileira³⁵⁸.

No estudo da evolução histórica das cidades no mundo é possível encontrar aspectos outros que não o econômico como o mote para o seu nascimento, tais como os políticos, os

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

³⁵⁶ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 29. Entre os anos de 1960 e 1970, a população urbana brasileira passou de 45,7% para 56%, consolidando o Brasil como um país urbano. Fonte: Revista REALIDADE. Rio de Janeiro: Editora Abril. Maio de 1972 – Ano VII – N. 74. p. 50.

³⁵⁷ SILVA, op. cit., pp. 19,20.

³⁵⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15.

religiosos e os culturais³⁵⁹. Refere Henry Lefebvre que as cidades oriental e arcaica, por exemplo, eram essencialmente políticas, enquanto a cidade medieval, embora sem perder o caráter político, foi essencialmente comercial, artesanal, bancária; já a cidade industrial foi calcada no capitalismo.³⁶⁰ No caso brasileiro, não há equívoco em afirmar que o aspecto econômico foi preponderante para o surgimento das cidades. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que a evolução do fenômeno da urbanização brasileira encontra-se intrinsecamente relacionada com os ciclos econômicos havidos no país³⁶¹.

No Brasil, durante as três primeiras décadas após o seu descobrimento, Portugal se limitou a uma exploração grosseira dos recursos naturais, na medida em que, ao contrário das experiências de colonização que havia realizado em regiões habitadas por populações com algum grau de desenvolvimento econômico e cultural, tal como as Índias, no Brasil não encontrou as mesmas condições.³⁶² Nesse período (1500-1530), portanto, o tema da urbanização é totalmente estranho ao Brasil. É a partir de 1530 que começa o processo de urbanização brasileira, com a sua primeira fase identificada entre os anos de 1530 e 1570, cuja maior intensidade ocorreu entre os anos de 1530 e 1540.³⁶³

A partir de um novo sistema de organização colonial, Portugal pretendeu desenvolver uma forma de ocupação mais estável, com o estabelecimento de uma economia suficiente para lastrar uma ocupação efetiva e, ao mesmo tempo, contribuir para os custos de defesa. Por meio das chamadas capitanias hereditárias, Portugal buscou estimular os investimentos privados, com a fixação de europeus nas novas terras, transferindo aos donatários e colonos, entre outros encargos, as tarefas correspondentes à rede urbana. Com esse esquema de administração indireta e descentralizada, a Coroa, num primeiro momento, não assumia a maior parte dos ônus da colonização do país, inclusive no que diz respeito à criação de vilas e cidades. Visava, assim, alcançar não somente a ocupação do espaço brasileiro, mas também sua urbanização, a fim de dominar e colonizar mais eficazmente o país. Por isso, “a grande

³⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 04.

³⁶⁰ Conforme o autor, a cidade oriental era ligada ao modo de produção asiático; a arcaica, grega ou romana, estava ligada à posse de escravos; a medieval, caracterizada por uma situação complexa, já que inserida em relações feudais mas em luta contra a feudalidade da terra. LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 04.

³⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

³⁶² FILHO, Nestor Goulart Reis. *Contribuição ao Estudo da Evolução Urbana no Brasil (1500/1720)*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1968. pp. 29,30.

³⁶³ *Ibidem*, p. 79.

maioria dos núcleos urbanos instalados nos dois primeiros séculos de colonização, o foi pelo esforço e interesse dos colonos e donatários, com o estímulo da Metrópole, mas sem a participação direta dessa”.³⁶⁴

Foi em torno de Salvador e Olinda que se concentraram, num primeiro momento, os interesses de especulação. Nelas foram instalados imigrantes portugueses, escravos africanos, engenhos de açúcar, vilas, cidades, redes de transportes, enfim, o que fosse necessário para o desempenho da extração econômica que Portugal perpetrava no país pelas capitânicas. Em face disso, uma importante concentração populacional foi produzida nas áreas da Zona da Mata do Nordeste Oriental, sobretudo de Pernambuco, e do Recôncavo da Bahia, onde teve início o processo de urbanização brasileira.³⁶⁵

Em 1548, pouco antes da instalação do Governo Geral, haviam sido fundadas aproximadamente dezesseis vilas e povoados no litoral brasileiro, que já exportavam mercadorias para a Metrópole. Em 1549, com a instalação do Governo Geral, na antiga capitania da Bahia, revertida à Coroa³⁶⁶, foi fundada a cidade de Salvador. Aliás, nas capitânicas pertencentes à Coroa é que se fundavam os núcleos urbanos de maior importância - as cidades - cujos habitantes ficavam subordinados diretamente ao Governo Geral. Conforme Nestor Goulart Reis Filho, “as cidades eram criadas em pontos especiais. Funcionavam como centros regionais e por meio delas revelam-se as tendências centralizadoras da política portuguesa, que se opunham, ainda que discretamente, à dispersão dominante”. Nesse sentido também foi a criação da cidade do Rio de Janeiro, em 1565, e as cidades de São Luís do Maranhão, em 1612, e de Belém, em 1616.³⁶⁷

O segundo período de urbanização relevante ocorreu entre os anos de 1580 e 1640, de dominação espanhola, que se inicia com a instalação de Filipéia de Nossa Senhora das Neves (João Pessoa), na Paraíba, em 1585, cujos picos de urbanização ocorreram entre 1610 e 1620, e entre 1630 e 1640. Essa etapa se caracteriza por um lento e regular crescimento de áreas já

³⁶⁴ FILHO, Nestor Goulart Reis. *Contribuição ao Estudo da Evolução Urbana no Brasil (1500/1720)*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1968. pp. 30, 31.

³⁶⁵ ANDRADE, Manuel Correia de. *Cidade e Campo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974. p. 209.

³⁶⁶ Tendo em vista que a administração exclusivamente por meio das capitânicas não alcançou o sucesso esperado, várias terras foram revertidas à Coroa, sendo extinta definitivamente no século XVIII, passando as capitânicas a serem meros órgãos intermediários entre o governo central e a administração. FILHO, op. cit., p. 33.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 67.

urbanizadas, e de uma urbanização sistemática no litoral norte em direção à Amazônia. Com a vitória do governo dos Felipes sobre os franceses, ocorreu a povoação da costa norte.³⁶⁸

Por fim, no período compreendido entre 1650 e 1720, foram criadas trinta e cinco vilas e duas cidades: Olinda e São Paulo. Nesse período, houve um crescimento considerável na população da Colônia, principalmente em função da descoberta do ouro no interior do país nos últimos anos do século XVII³⁶⁹, de forma que entre os anos de 1670 e 1720 a intensificação da urbanização sofre um redirecionamento para o centro do país, com o surgimento de oito vilas em Minas Gerais, impulsionada pela povoação associada à migração e à imigração de Portugal para o Brasil³⁷⁰.

No século XVIII houve a exploração no Maranhão e na Amazônia. Esta seguiu sendo explorada devido à coleta de drogas florestais, à caça e à pesca. Na segunda metade do século XIX, foi aberta ao comércio internacional em função da demanda da borracha. Também o café e o cacau foram responsáveis, respectivamente, por concentrações populacionais do Rio de Janeiro para o Oeste (incluindo São Paulo e norte do Paraná), e no sul da Bahia.³⁷¹

Assim, “na Colônia os núcleos urbanos ou vilarejos resultaram da ação urbanizadora das autoridades coloniais, não de criação espontânea da massa; a formação das cidades e vilas é sempre um ato de iniciativa oficial”.³⁷²

Do breve histórico acima exposto, é possível constatar que a ocupação do espaço brasileiro se deu de forma fragmentada, típico de uma economia colonial. Esse modelo visava, basicamente, a desenvolver atividades econômicas especulativas que atendessem aos interesses do colonizador num dado momento, construindo estruturas para lograr esse objetivo em áreas determinadas, cuja expansão é mais ou menos intensa conforme os sabores da demanda internacional sobre o bem em questão e as possibilidades de exploração natural do próprio recurso.³⁷³

³⁶⁸ FILHO, Nestor Goulart Reis. *Contribuição ao Estudo da Evolução Urbana no Brasil (1500/1720)*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1968. p. 79.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 81.

³⁷⁰ ANDRADE, Manuel Correia de. *Cidade e Campo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974. p. 210.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 211.

³⁷² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

³⁷³ ANDRADE, op. cit., p. 211.

De acordo com Milton Santos, é a partir do século XVIII que há, efetivamente, um impulso da urbanização no Brasil, em que “a casa da cidade torna-se a residência mais importante do fazendeiro ou do senhor do engenho, que só vai à sua propriedade rural no momento do corte e da moenda de cana”.³⁷⁴ Todavia, conforme o consagrado geógrafo, é no século XIX que a urbanização brasileira avança, e, somente no século XX passa a ter as características que hoje conhecemos, notadamente após o fim da Segunda Guerra Mundial.³⁷⁵

Assim, a chegada da família real ao Brasil, em 1808, e a abertura para o comércio externo pelos portos aqueceram a urbanização brasileira de um modo geral, com realização de melhorias nas cidades, tais como pavimentação, aterros, incremento no fornecimento de água, conforme ensina Rogério Gesta Leal.³⁷⁶

Todavia, é somente a partir da segunda metade do século XIX que o Brasil passa a se concentrar, de forma sustentada, em torno de um pólo, São Paulo. Tal movimento decorre da produção de café, e também das estradas de ferro, da construção de rodovias, do melhoramento dos portos e do surgimento dos meios de comunicação, bem como da influência do comércio internacional e do processo capitalista de produção. Nesse contexto, São Paulo abarca uma vasta área, onde se incluem os estados mais ao sul, além de parte do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.³⁷⁷ No entanto, ao mesmo tempo em que o país passa a conhecer uma maior integração entre as regiões que o compõem, experimenta um desequilíbrio geográfico na distribuição de rendas e evidencia os desníveis de desenvolvimento regional.³⁷⁸ Adverte Milton Santos que se trata, portanto,

de uma integração limitada, do espaço e do mercado, de que apenas participa uma parcela do território nacional. A divisão do trabalho que se opera dentro dessa área é um fator de crescimento para todos os seus subespaços envolvidos no processo e constitui um elemento de sua crescente diferenciação em relação ao resto do território brasileiro. É com base nessa nova dinâmica que o processo de industrialização se desenvolve, atribuindo a dianteira nessa região, e, sobretudo ao seu pólo dinâmico, o Estado de São Paulo. Está aí a semente de uma situação de polarização que iria prosseguir ao longo do tempo, ainda que em cada período se apresente segundo uma forma particular.³⁷⁹

³⁷⁴ BASTIDE, R. apud SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 19.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 17,18.

³⁷⁷ SANTOS, op. cit. p. 26.

³⁷⁸ ANDRADE, Manuel Correia de. *Cidade e Campo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974. p. 212.

³⁷⁹ SANTOS, op. cit., p. 26.

Entre o fim do século XIX e o início do século XX, a evolução demográfica das capitais oscilava, alternando momentos de crescimento com outros de estagnação, de sorte que somente ao fim da Segunda Guerra Mundial é que se verifica um crescimento regular em todas elas. Antes disso, a agricultura realizada na área de influência das capitais configurava a base de sua economia, bem como as funções administrativas, principalmente as públicas.³⁸⁰

De fato, é a partir da década de 1940 que “os nexos econômicos ganham enorme relevo, e se impõem às dinâmicas urbanas na totalidade do território”³⁸¹, o que pode ser atribuído à formação de um mercado interno de maior porte, a uma industrialização acelerada, principalmente com o advento da indústria siderúrgica a partir de 1942, cujo marco inicial é a Companhia Siderúrgica Nacional, além da criação da Petrobrás em 1954 e da construção intensificada de usinas hidroelétricas e de estradas de rodagem.³⁸² Assim,

a partir dos anos 1940-1950, é essa lógica industrial que prevalece: o termo *industrialização* não pode ser tomado, aqui, em seu sentido estrito, isto é, como criação de atividades industriais nos lugares, mas em sua mais ampla significação, como processo social complexo, que tanto inclui a formação de um mercado nacional, quanto os esforços de equipamento do território para torná-lo integrado, como a expansão do consumo em formas diversas, o que impulsiona a vida de relações (leia-se terceirização) e ativa o próprio processo de urbanização. Essa nova base econômica ultrapassa o nível regional, para situar-se na escala do país; por isso a partir daí uma urbanização cada vez mais envolvente e mais presente no território dá-se com o crescimento demográfico sustentado das cidades médias e maiores, incluídas, naturalmente, as capitais dos estados.³⁸³ (grifos do autor)

A urbanização, como processo pelo qual a população urbana sofre um crescimento superior à população rural, decorre, basicamente, da Revolução Industrial, que transformou “os centros urbanos em grandes aglomerados de fábricas e escritórios permeados de habitações espremidas e precárias”.³⁸⁴ O que existe é

um *duplo processo* ou, se se preferir, um processo com dois aspectos: industrialização e urbanização, crescimento e desenvolvimento, produção econômica e vida social. Os dois “aspectos” deste processo, inseparáveis, têm uma unidade, e no entanto o processo é conflitante.³⁸⁵ (grifos do autor)

Nesse sentido, e tendo em vista que as cidades preexistem à urbanização, a industrialização, nas palavras de Henry Lefebvre, as toma de assalto, apoderando-se da rede e

³⁸⁰ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994. pp. 24,25.

³⁸¹ Ibidem, p. 24.

³⁸² ANDRADE, Manuel Correia de. *Cidade e Campo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974. p. 211.

³⁸³ SANTOS, op. cit., p. 27.

³⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

³⁸⁵ LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 09.

remanejando-a segundo suas necessidades, resultando em extensão do fenômeno urbano, “com a anexação de favelas lá onde a industrialização não consegue ocupar e fixar a mão-de-obra disponível”.³⁸⁶

O referido autor sustenta, ainda, que, embora a indústria nascente tenha tendido a se fixar fora das cidades, na medida em que buscou se instalar nas cercanias de fontes de energia, meios de transporte, matérias-primas e reservas de mão-de-obra, sempre que possível ela foi se aproximando dos centros urbanos, pois as cidades permitiam o rápido crescimento da produtividade, devido à centralização dos meios de produção (ferramentas, matéria-prima, mão-de-obra) num pequeno espaço com uma estrutura propícia à concentração e ao incremento de capital, desempenhando um importante papel na arrancada da indústria.³⁸⁷

Entretanto, no que se refere à realidade brasileira, a urbanização não se deu somente em virtude da industrialização e do desenvolvimento econômico, tal como ocorreu nos países desenvolvidos da Europa e nos Estados Unidos. Com efeito, no Brasil houve uma urbanização intensa, identificada a partir da década de 1970, mas prematura, na medida em que não foi acompanhada e lastrada pelo desenvolvimento econômico proporcionado pela industrialização. De fato, foi impulsionada também por “fatores nem sempre desenvolvimentistas, como o êxodo rural, por causa da má condição de vida no campo e da liberação de mão-de-obra em razão da mecanização da lavoura”.³⁸⁸

É uma característica da urbanização da América do Sul e da África a ampliação maciça da cidade, o que provoca uma urbanização desacompanhada de uma industrialização consistente, acarretando o crescimento das cidades via processos informais de ocupação nas suas periferias.³⁸⁹

Ter presente, portanto, o contexto histórico que deu origem às cidades e à urbanização no Brasil é de fundamental importância para o planejamento urbanístico, que deve considerar, em sua elaboração, “o processo que levou a cidade ao ponto em que se encontra em nossos dias”, encarando-a em sua “amplitude e diversidade, para que a organização de seu meio,

³⁸⁶ LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. pp. 08,09.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 08.

³⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26.

³⁸⁹ LEFEBVRE, op. cit., p. 10.

essencialmente plural e complexo, produza resultados efetivamente positivos”³⁹⁰, de forma a possibilitar o atendimento das condições para uma vida digna aos seus habitantes, indiscriminadamente.

É a partir dessa ótica, aliada a outros aspectos decorrentes da industrialização e da urbanização no Brasil, que o próximo tópico irá enfrentar a temática da informalidade urbana no contexto da urbanização brasileira, e os seus reflexos na questão da moradia da população de baixa renda.

3.1.2 A moradia no contexto da urbanização brasileira e da informalidade urbana

Conforme referido, a urbanização em países como o Brasil não se deve ao crescimento econômico proporcionado pela industrialização, tal como ocorreu nos países centrais. No estudo realizado por Manuel Castells sobre a urbanização nos países subdesenvolvidos da América Latina, se concluiu que não é possível vincular o ritmo acentuado de urbanização ao crescimento econômico que advém da industrialização. Com efeito, a urbanização desses países não é uma repetição do processo pelo qual passaram os países desenvolvidos, pois estes, quando estavam no nível atual de população urbana em que se encontram os países subdesenvolvidos, experimentavam um nível de industrialização muito maior. Não há linearidade, portanto, entre a urbanização e a industrialização na realidade latino-americana. Numa sociedade fracamente urbanizada, o impacto de uma incipiente industrialização é muito maior.³⁹¹

De acordo com Rogério Gesta Leal, enquanto nos países desenvolvidos as mudanças são gradativas, uma vez que vão ocorrendo no mesmo passo em que as inovações tecnológicas amadurecem, nos países subdesenvolvidos o que há é um choque muito forte, pois ramos inteiros de produção são implantados de uma única vez, submetendo a estrutura econômica a mudanças muito bruscas. No primeiro caso, ressalta o autor, a população geralmente encontra-se integrada na economia de mercado; já nos países subdesenvolvidos, parcela considerável da população está submetida a uma conjuntura econômica capaz de

³⁹⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 05.

³⁹¹ CASTELLS, Manuel. *La Cuestión Urbana*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997. pp. 51, 52.

proporcionar tão somente condições para a subsistência imediata. Não há, portanto, cenário para um crescimento econômico, pois

o processo migratório campo-cidade, nesses países, dá-se por pressões positivas, através da oferta de melhores empregos nas cidades, e negativas ou expulsoras do campo, tanto por um crescimento vegetativo dessas populações como por alterações na tecnologia de produção agrícola e formas organizacionais da produção e da criação de tipos de produtos liberadores de mão-de-obra. Tal migração, todavia, não provoca, de imediato, aumento da demanda por produtos urbanos, considerando a pobreza do imigrante, não conseguindo, por isso, traduzir em demanda com capacidade aquisitiva, todo o tipo de carências que carrega.³⁹²

Na consolidação da urbanização através da absorção do campo pela cidade, em face do predomínio da industrialização, tanto no que diz respeito à produção industrial propriamente dita, quanto no que se refere à mecanização da agricultura, decorre uma crise mundial da cidade. Adverte Henry Lefebvre que “as causas práticas e as razões ideológicas dessa crise variam segundo os regimes políticos, segundo as sociedades e mesmo segundo os países em questão”.³⁹³

Assim, nos países em que a industrialização teve um efeito perverso, tal como no Brasil, as estruturas agrárias que até então sustentavam o homem no campo se dissolveram, levando os camponeses sem posses ou arruinados a migrarem para as cidades, com a esperança de serem absorvidos pelas novas estruturas urbanas de trabalho. Nesse contexto, as cidades brasileiras eram tidas, especialmente na década de 1940, como a possibilidade de avanço e modernidade em relação ao campo, que representava o Brasil arcaico³⁹⁴.

Tal processo levou ao inchaço nefasto e irreversível dos grandes centros urbanos, pois, ao mesmo tempo em que a cidade não veio a atender às expectativas dessa grande massa de brasileiros que foram se instalando em áreas estranhas ao planejamento urbano³⁹⁵ (dando origem aos assentamentos urbanos informais³⁹⁶), já não era possível o retorno ao campo, pois lá suas chances já haviam se esgotado.

³⁹² LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. pp. 61, 62.

³⁹³ LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006.p. 74.

³⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 22.

³⁹⁵ Foi somente a partir de 1920 que se iniciou um debate preocupado com a ordenação do espaço urbano no Brasil, que culminou com a elaboração do Plano do Rio de Janeiro. LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 70

³⁹⁶ Para o PL 20/2007 - Lei de Responsabilidade Territorial, assentamentos informais tem o seguinte conceito: “assentamentos urbanos, localizados em áreas públicas ou privadas, compreendendo as ocupações e os

De fato,

nos países ditos em “vias de desenvolvimento”, a dissolução da estrutura agrária empurra para as cidades camponeses sem posses, arruinados, ávidos de mudança; a favela os acolhe e desempenha o papel de mediador (insuficiente) entre o campo e a cidade, entre a produção agrícola e a indústria; freqüentemente a favela se consolida e oferece um sucedâneo à vida urbana, miserável e no entanto intensa, àqueles que ela abriga³⁹⁷.

É por isso que, para Manuel Castells, o fator decisivo do crescimento urbano na América Latina é, sem dúvida alguma, a migração rural-urbana³⁹⁸, ainda que para o incremento da população urbana também tenha contribuído o aumento da taxa de crescimento vegetativo, tanto urbano quanto rural, como conseqüência da redução da mortalidade atingida com o progresso da medicina³⁹⁹. Assim, embora uma das razões para o aumento acelerado da urbanização seja a explosão demográfica, entende Castells que a razão determinante para o crescimento urbano na América Latina é a migração rural-urbana. Apesar da importância da compreensão do êxodo rural para o estudo da urbanização brasileira, não nos dedicaremos à investigação que o tema da crise do campo comporta, pois extrapolariam os limites deste trabalho. No entanto, cumpre trazer à baila o pensamento do autor catalão a respeito do assunto, que sintetiza de forma bastante consistente a problemática:

A nivel puramente infraestructural, podemos decir que el determinante básico de la descomposición de la sociedad agraria es la contradicción entre el aumento acelerado de la población, consecuencia de la disminución de la mortalidad en los últimos años , y la permanencia de las formas improductivas de tenencia de la tierra. Pero la permanencia de dichas formas es parte integrante del mismo proceso social en el que participa la industrialización urbana, a través de la fusión de intereses de las clases dominantes respectivas. *No se trata, pues, de un simple desequilibrio de niveles, sino del impacto diferencial de la industrialización en la sociedad rural y en la urbana, decreciendo y acrecentando, respectivamente, su capacidad productiva, mientras que los intercambios entre ambos sectores se hacen más fáciles.*⁴⁰⁰(grifos do autor)

A concentração da propriedade nas mãos de alguns indivíduos e a baixa produtividade da terra também se configuram umas das principais razões para migração em grande escala das áreas rurais para as cidades. Com efeito, cerca de 166 milhões de hectares pertencem a latifúndios que ocupam 60 por cento da área rural total. Tendo em vista que o Brasil ainda não

parcelamentos irregulares ou clandestinos, bem como outros processos informais de produção de lotes e edificações, ocupados predominantemente para fins de moradia e implantados sem autorização do titular de domínio ou sem aprovação dos órgãos competentes, em desacordo com a licença expedida ou sem registro no Registro de Imóveis”.

³⁹⁷ LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 75.

³⁹⁸ CASTELLS, Manuel. *La Cuestión Urbana*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997. p. 76.

³⁹⁹ Ibidem, p. 58.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 78.

logrou garantir moradia adequada, e tampouco meios de sobrevivência à população rural, há uma constante sobrecarga nas áreas urbanas.⁴⁰¹

Essa realidade tem um impacto profundo na ampliação desordenada da cidade (num primeiro momento nos grandes centros urbanos, para depois alcançar também as médias e pequenas cidades), que é recrudescida na mesma medida em que a urbanização se intensifica, e cujos efeitos, que se fazem sentir sobremaneira hoje, transformam-se em causas, num ciclo pernicioso que parece não ter fim. Por isso,

na década de 90 sua imagem passa a ser associada à violência, poluição, criança desamparada, tráfego caótico, entre outros inúmeros males. É que a evolução mostrou que, ao lado do intenso crescimento econômico, o processo de urbanização com crescimento da desigualdade resultou numa inédita e gigantesca concentração espacial da pobreza.⁴⁰²

Se o adensamento havido com a migração rural-urbana e à impossibilidade de absorção total de seu contingente pela cidade, aliados ao aumento demográfico, foi, ao mesmo tempo, fator determinante para a urbanização brasileira e também causa para a segregação espacial da população no ambiente urbano, não menos certo é que também o tratamento dispensado pelo Estado nas questões relativas à cidade, no decorrer da história, contribuiu para a segregação e a informalidade urbana que vivenciamos atualmente. Este fenômeno não é recente, pois se evidencia, pelo menos, desde o século XIX, surgindo, inicialmente, como uma política de saneamento urbano. Alerta Rogério Gesta Leal que

apesar de pobres e ricos no Brasil viverem em maior proximidade física do que em outros países, as novas zonas residenciais criadas pelas melhorias no transporte urbano são mais estratificadas do que no período colonial e no início do século XIX. As novas áreas ao sul atraem os ricos, enquanto o oeste abriga os pobres, mais propensos a sofrer com os problemas do desenvolvimento urbano e a industrialização. Em vez de continuar morando nos prédios amontoados do centro, ao mesmo tempo residencial e comercial, os ricos constroem casas imponentes e isoladas em agradáveis terrenos nos bairros novos e mais distantes. As casas das classes mais baixas, por sua vez, são insalubres e superpovoadas; na segunda metade do século XIX, os cortiços são o exemplo típico de habitação popular, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, com maior concentração nos bairros antigos.⁴⁰³

⁴⁰¹ Conforme Relatório do Relator Especial sobre a moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida, Miloon Kothari. Disponível em: http://www.polis.org.br/obras/arquivo_166.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2007.

⁴⁰² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 22.

⁴⁰³ LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 66.

No início do século XX, há uma concepção elitista da cidade, e, por conseguinte, do sentido do urbanismo. Nesse contexto, a população pobre não combina com a idéia de cidade então vigente, sendo alijada para lugares onde não possa ser vista de imediato: a periferia. Essa parcela ideologicamente segregada vai também espacialmente se separando da cidade, dirigindo-se às áreas periféricas, único local que o seu baixo poder aquisitivo permite custear uma moradia. Em que pese a ausência de serviços públicos nesses locais, o que comprometia seriamente a qualidade de vida dos seus habitantes, o Estado nada fez a respeito. Essa omissão, conjugada a uma atuação estatal direcionada a um pequeno segmento da sociedade, evidencia a desigualdade na eleição das prioridades do Estado, sedimentando a desigualdade social expressa na realidade urbana.⁴⁰⁴

Nas décadas de 1930 e 1940, há uma nova tendência baseada na “modernização, no industrialismo e na urbanização, reproduzindo o discurso dos países centrais no século XIX”, e cujos “objetivos são o embelezamento, a monumentalidade e o controle social sobre o uso do espaço, orientando a intervenção”. Durante este período, o novo padrão transparece, notadamente, com a elaboração do Plano Diretor do Rio de Janeiro (no qual se inspiraram os de Porto Alegre e de Curitiba) e também com a Semana do Urbanismo, em 1935, e a criação do Escritório de Plano de Urbanismo, em 1934, na cidade de Salvador. Ao mesmo tempo, São Paulo implementa o Plano de Avenidas, e Recife recebe um Plano Diretor.⁴⁰⁵

A partir de 1950 ocorre uma urbanização acelerada nos países subdesenvolvidos, e isso se reflete em suas cidades nos mais diversos problemas: falta de habitações, de água encanada, de esgotos, de creches, escolas, hospitais, transportes coletivos e até de áreas de lazer. A possibilidade de acesso à moradia está subordinada ao nível salarial, que, no Brasil, jamais permitiu a conquista de uma moradia digna.⁴⁰⁶

Se isso não bastasse, os investimentos públicos em bens e serviços coletivos ocorrem exatamente naqueles locais em que se encontra a parcela da população com maior poder aquisitivo, ou, então, em locais com potencial de serem vendidos e ocupados por esta parcela, demandando investimento prévio. Em contrapartida, “os lugares da pobreza, os mais afastados, os mais densamente ocupados vão ficando no abandono... As contradições sociais

⁴⁰⁴ LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. pp. 66,67.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 73.

⁴⁰⁶ SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005. pp. 70-73.

impostas pelo desenvolvimento capitalista estão impressas na estrutura e na paisagem urbana. A opção do Estado parece clara...”.⁴⁰⁷

Com efeito, a estratégia para uma rápida industrialização perpetrada por Juscelino Kubitschek, em 1955, direcionou os capitais para os setores de infra-estrutura regional (estradas, hidrelétricas, aeroportos, sistemas de comunicação), e também para os setores produtivos das indústrias de bases (como as siderúrgicas e os pólos petroquímicos). Todavia, essa nova orientação de investimento ocorre em detrimento das demandas sociais e da própria cidade, “o que amplia consideravelmente as tensões nas diversas redes urbanas, forjadas a partir de interesses econômicos distintos devidamente localizados no espaço”.⁴⁰⁸

O reflexo dessa situação se fez sentir sobremaneira entre o fim da década de 1960 e o início da década de 1970, em que o surgimento de movimentos sociais demonstra que a dimensão social estava profundamente marcada e massacrada pelo ritmo desordenado da (des) orientação política e industrial então vigente. Nesse cenário, a questão urbana passa a abarcar também a questão social, e o atendimento ao direito mínimo do cidadão urbano, que é a moradia condigna, se apresenta como importante reivindicação política daqueles movimentos sociais. Informa Rogério Gesta Leal que “a partir daqui, a política urbana é centralizada de forma mais objetiva e mesmo jurídica nas mãos do Estado, ao passo que o planejamento cumpre o papel de ordenador e racionalizador da ação pública”.⁴⁰⁹

Além disso, mas não independente da omissão/atuação estatal, a especulação imobiliária se apresenta, ao mesmo tempo, como consequência do processo de urbanização brasileira, e como fator determinante para a produção da informalidade urbana no Brasil.

Em tal contexto, o acesso pela população de baixa renda a uma moradia digna, com todos os elementos que a compõem, é dificultado pela organização do espaço urbano, principalmente em função da especulação imobiliária. Além disso, o cidadão não tem acesso à participação na gestão da cidade, de forma que não lhe é dada a oportunidade de trazer à tona suas demandas, e, até mesmo, eventuais soluções para os problemas identificados, pois o

⁴⁰⁷ LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. pp. 74,75.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 74.

⁴⁰⁹ Ibidem, pp. 74, 75.

Estado brasileiro encontra-se demasiado comprometido com o surto de industrialização interna para ouvir as demandas sociais latentes e expressas na realidade das cidades.⁴¹⁰

Na paisagem da cidade brasileira estão refletidas a segregação espacial e a exclusão social, originadas numa distribuição de renda desigual, produto de um processo produtivo determinado historicamente, “não só no que se refere à determinação econômica do processo (produção, distribuição, circulação e troca), mas também às determinações sociais, políticas, ideológicas, jurídicas, que se articulam na totalidade da formação econômica e social”. A segregação aparece no acesso aos meios e serviços de consumo coletivo, mas é nas áreas da cidade destinadas à moradia que a paisagem urbana mostra as maiores diferenciações, espelhando as contradições de classe.⁴¹¹ É possível afirmar, então, que a problemática que cerca a efetivação do direito a uma moradia digna foi induzida pelas causas que transformam a cidade. Esta

se transforma não apenas em razão de “processos globais” relativamente contínuos (tais como o crescimento da produção material no decorrer das épocas, com suas conseqüências nas trocas, ou desenvolvimento da racionalidade) como também em função de modificações profundas no modo de produção, nas relações “cidade-campo”, nas relações de classe e de propriedade.⁴¹²

O fato é que a urbanização gera enormes problemas, facilmente evidenciados na transformação qualitativa das cidades. Com efeito, a deterioração do ambiente urbano, a desorganização social, com carência de habitação e saneamento, o incremento do desemprego e da violência, a modificação no uso do solo, os problemas de transporte e tráfego, dentre tantos outros, além de transformar a paisagem urbana, provocam problemas urbanísticos específicos⁴¹³, que devem ser tratados individualmente, mas de forma contextualizada. Assim, os assentamentos informais que se instalam em regra nas periferias das cidades, “são urbanos, numa morfologia dissociada, império da separação e da cisão entre os elementos daquilo que foi criado como unidade e simultaneidade”.⁴¹⁴

No Brasil, a ocupação caótica, irracional e informal do solo urbano começou com o loteamento ilegal e/ou clandestino, combinado à autoprodução da moradia, que foi, num

⁴¹⁰ LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 75.

⁴¹¹ CARLOS, Ana Fani A. *A Cidade*. São Paulo: Contexto, 2005. pp. 42,43.

⁴¹² LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 53.

⁴¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

⁴¹⁴ LEFEBVRE, op. cit., p. 21.

primeiro momento, a principal alternativa de habitação para a população migrante instalar-se nas principais cidades brasileiras. A Lei 6.766/79 pretendeu corrigir essa situação, fechando essa alternativa, que era a única forma de acesso do trabalhador pobre à propriedade urbana, sem lhe abrir outra oportunidade. Por isso, um dos resultados que se aponta com a promulgação da lei é justamente o crescimento das favelas.⁴¹⁵

Resumindo, nas palavras de Edésio Fernandes, a informalidade urbana se dá por uma combinação de causas, sendo as mais correntes

a carência de opções de moradias adequadas e acessíveis para os grupos mais pobres, devido à ação de mercados especulativos e informais; os sistemas políticos clientelistas; bem como o padrão de planejamento urbano e gestão que se faz no Brasil, um planejamento elitista e tecnocrático, baseado em critérios técnicos ideais, mas que não expressam as realidades socioeconômicas de produção e de acesso à terra urbana.⁴¹⁶

O Estado, no entanto, manteve-se alheio a essa problemática de proporções endêmicas, “não se comprometendo a levar infra-estrutura a esta periferia urbana nascente, pois não possui recursos públicos para tal, em decorrência do próprio modelo de desenvolvimento elitista e voltado para o mercado externo que é praticado”. Ao mesmo tempo, a irregularidade e a clandestinidade do parcelamento do solo urbano e a invasão de terrenos servem como pretexto para o Poder Público não realizar a instalação dos equipamentos urbanos necessários, tais como pavimentação, luz, água, esgoto, canalização de águas pluviais, etc.⁴¹⁷ Nesse contexto, a busca por uma moradia pela população de baixa renda consolida a informalidade urbana, revelando que essas pessoas vivem muito abaixo de um nível aceitável para uma vida condigna.

As conseqüências sobre (o direito) a moradia em face dos resultados da industrialização e do modo capitalista de produção sobre as cidades foram bem apreendidas por Henry Lefebvre que, apesar de se referir à situação da moradia no pós-guerra da França, apresenta constatações perfeitamente aplicáveis à situação precária vivenciada no Brasil. Assevera o autor que, na esfera da moradia,

⁴¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

⁴¹⁶ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. pp. 245-246.

⁴¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. p. 71.

as urgências transbordam as iniciativas do capitalismo e da empresa privada, a qual aliás não se interessa pela construção, considerada insuficientemente rendosa. O Estado não pode mais se contentar com regulamentar os loteamentos e a construção de conjuntos, com lutar (mal) contra a especulação imobiliária.⁴¹⁸

Nessa linha, afirma o referido autor que o direito à moradia aflora na consciência social pelo reconhecimento da indignação provocada pelos casos dramáticos, “no descontentamento engendrado pela crise”, mas esse reconhecimento não se dá de forma prática e formal, exceto “como um apêndice dos direitos do homem”. Com isso, a assunção por parte do Estado no quesito moradia não tem o condão de transformar “as orientações e concepções adotadas pela economia de mercado”, de forma que, “como Engels previra, a questão da moradia, ainda que agravada, politicamente desempenha um papel menor”, e, por isso, não compõe o planejamento urbano.⁴¹⁹

3.1.3 Identificando alguns aspectos sobre a crise da moradia no Brasil.

Como visto, a ausência de efetividade do direito à moradia digna está intrinsecamente relacionada à formatação das cidades e aos efeitos da urbanização no país. No contexto brasileiro, isso fica evidente quando se analisa o surgimento da população urbana, impulsionado pela industrialização a partir de 1940. Foi entre as décadas de 1940 e 1980 que o país teve seu mais intenso ritmo de urbanização, cuja taxa salta de 26,35%, em 1940, para 68,86%, em 1980, havendo uma verdadeira inversão do lugar de residência da população brasileira⁴²⁰. Não há dúvidas de que as cidades não estavam preparadas para esta rápida expansão, que trouxe consigo diversos problemas, incluindo o crescimento de assentamentos informais e demandas cada vez maiores na infra-estrutura existente conforme as novas populações urbanas procuravam acesso aos serviços básicos⁴²¹.

De fato, esse ritmo de urbanização acentuado não ocorreu sem deixar marcas. A passagem de uma população rural para uma população predominantemente urbana acarretou a expansão periférica e precária das cidades. Esse processo de industrialização propulsor da urbanização não incluiu no seu custo de reprodução da força de trabalho (salários) o custo da

⁴¹⁸ LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 18.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 19.

⁴²⁰ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 29.

⁴²¹ Conforme Relatório do Relator Especial sobre a moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida, Miloon Kothari. Disponível em: http://www.polis.org.br/obras/arquivo_166.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2007.

“mercadoria habitação”, fixado pelo mercado privado. O então novo cidadão urbano, operário da indústria brasileira, não ganha o suficiente para pagar o preço da moradia fixado pelo chamado mercado formal. Aliado a isso, as obras de infra-estrutura urbana alimentam a especulação fundiária e a não-democratização do acesso a terra para moradia, pois a prioridade é a implantação de infra-estrutura para a produção e para o capital.⁴²²

O exercício do direito à moradia tem como pressuposto a possibilidade de acesso ao solo urbano, que é regulado, juridicamente, pelo direito de propriedade, residindo aí um de seus principais obstáculos. O solo urbano deve ser compreendido como um bem de caráter social, e, tal como a moradia, uma condição básica e indispensável para o exercício de uma vida decente. Essa constatação adquire maior significado quando se verifica que o acesso à terra implica no acesso a um conjunto de equipamentos e serviços. Todavia, a especulação imobiliária identificada nos imóveis mantidos apenas para fins especulativos, à espera de sua valorização econômica e conhecidos como “vazios urbanos”, se apresenta como um dos mais nefastos obstáculos à efetivação do direito à moradia digna.⁴²³

A moradia é, direta ou indiretamente, fruto de um processo de produção capitalista, que, diferentemente de outros setores econômicos, tem como base de sua lucratividade a apropriação dos benefícios gerados pela diferenciação do espaço urbano em termos de equipamentos, serviços e demais facilidades, diferenças que são reproduzidas e aprofundadas pelo processo de produção. Tendo em vista o histórico déficit na oferta de serviços públicos urbanos, característico das cidades brasileiras, os processos privados de produção da moradia costumam reter a terra na espera de sua valorização em função dos serviços que virão a abastecer determinado local. Disso resulta que apenas um pequeno grupo social com significativo poder aquisitivo terá acesso aos terrenos que apresentam melhores condições de acessibilidade às áreas centrais e de infra-estrutura.⁴²⁴

Outra face desse processo capitalista de produção da moradia é composta por um conjunto de capitais que tem por finalidade específica lucrar a partir da produção e da reprodução do ambiente construído. Conforme informa Adauto Cardoso, são empresas que

⁴²² ARANTES, Otília; MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos. *A cidade do pensamento único: desmanchando conceitos*. Petrópolis: Vozes, 2000. pp. 158, 159.

⁴²³ CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetrolopes.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

⁴²⁴ Ibidem.

produzem, normalmente sob a encomenda do Estado, toda a infra-estrutura urbana, tal como abastecimento de energia e água, de forma que a contratação de obras públicas pelo Estado responderá, inevitavelmente, aos interesses econômicos específicos dessas empresas. Também é importante destacar o setor de transportes, no qual o interesse público freqüentemente colide com a meta de lucros das empresas fornecedoras, seja na fixação do valor das tarifas, seja no estabelecimento de rotas e percursos, onde a prioridade certamente não será a periferia da cidade.⁴²⁵

Por isso é que Adauto Cardoso caracteriza, apropriadamente, o espaço urbano como uma arena onde se defrontam interesses contrapostos numa luta pela apropriação de benefícios em termos de geração de rendas e obtenção de lucros, por um lado, e em termos de melhores condições materiais e simbólicas de vida, por outro. Nessa arena, a população de baixa renda, que guarda na sua origem uma desigualdade oriunda da sua inserção no processo de produção e distribuição da riqueza social, tem encontrado seu destino nos processos informais de assentamentos urbanos, onde imperam a irregularidade e a ilegalidade do acesso à terra, bem como as precárias condições de sobrevivência, não só pelo estado deplorável do seu local de moradia, como também pela ausência de equipamentos e de serviços urbanos. Além disso, a desigualdade de condições urbanas no acesso a uma vida condigna na cidade evidencia, ainda, a tendência de localização em áreas de maior exposição a situações insalubres e de risco, justamente porque são as áreas que não interessam ao mercado imobiliário formal.⁴²⁶

A consequência desse quadro é o assentamento periférico, informal e precário dessa parcela da população urbana, resultando na proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano como uma das principais características da urbanização brasileira, com a existência de duas cidades dentro de uma só: a cidade formal/regular e a cidade informal/irregular. A existência dessas duas realidades antagônicas e auto-excludentes na cidade é o que Borja e Castells chamam de “dualidade intra-metropolitana”.⁴²⁷

⁴²⁵ CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetropoles.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

⁴²⁶ Ibidem,

⁴²⁷ BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y Global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Grupo Santillana Ediciones S.A, 2000. p. 59.

Ressalta-se, ainda, que a política habitacional no Brasil não foi capaz de enfrentar a problemática do direito à moradia digna de forma adequada, configurando-se não somente como um fator de agravamento da situação habitacional da população de baixa renda, como também, em que pese o absurdo, em obstáculo à efetivação desse direito.

Até a década de 1930, verificava-se uma tímida interferência estatal no setor habitacional por meio da adoção de medidas de caráter sanitarista, destinadas a reduzir as más condições de higiene das moradias dos trabalhadores urbanos e evitar epidemias que acabavam por ameaçar a saúde de toda a população, e não somente a daquela moradora desses locais.⁴²⁸ Assim, é possível afirmar que não havia uma política habitacional direcionada à questão da moradia para a população de baixa renda, e sim uma política sanitarista visando mais bem à saúde daqueles que não viviam em tais locais e que poderia ser afetada em face das precárias condições de higiene a que eram submetidos os mais pobres.

Depois disso, com o avanço da industrialização e o deslocamento do centro dinâmico da economia para a área urbana, o que acabou provocando um forte descompasso entre a demanda por moradia e a sua disponibilidade, notadamente para a população de baixa renda, foram criados, no período getulista, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), dentro do sistema previdenciário instituído no Brasil nesse mesmo período.⁴²⁹ Esses institutos se limitavam ao atendimento dos trabalhadores inseridos no mercado formal e, mesmo assim, de forma incompleta. Ademais, a postura de privilegiar a saúde financeira dos fundos levou à priorização dos empréstimos habitacionais para o mercado médio, estabelecendo uma redistribuição às avessas, em que os recursos dos trabalhadores financiavam as camadas de melhor renda.⁴³⁰

Em 1946, na era Vargas, foi criada a Fundação da Casa Popular (FCP), que tinha como objetivo atender àquela parcela da população que não tinha acesso aos IAP's por não participar do mercado formal de trabalho. Todavia, essa política habitacional era informada pelo clientelismo político, sendo usada pelas elites dirigentes como moeda de troca eleitoreira. Aliado a isso, as condições estabelecidas para obtenção de financiamento das moradias se

⁴²⁸DHnet. *Moradia e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>. Acesso em 18 de julho de 2008.

⁴²⁹Ibidem.

⁴³⁰CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetropoles.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

constituíam em verdadeiros óbices para grande parcela da população de baixa renda,⁴³¹ com o que é fácil concluir o fracasso dessa medida.

No Estado autoritário, o regime militar procurou produzir habitação em massa para garantir a expansão do sistema capitalista, criando, para tanto, o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH), cujo objetivo era fomentar a indústria da construção civil, a fim de aquecer setores da economia que se encontravam estagnados, e tentar conquistar a simpatia popular ao financiar a moradia e absorver a sua força de trabalho. A partir dos recursos provenientes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), criado em 1966, o BNH obtinha grande soma de capital.⁴³² Todavia, ao garantir as cadernetas de poupanças privadas tendo como lastro esses recursos do FGTS, o BNH desviou os recursos destinados às camadas de baixa renda para os grupos de renda média. A política desenvolvida pelo BNH também foi responsável por uma brutal remoção de população favelada para conjuntos mal equipados na periferia da cidade, com graves conseqüências sociais.⁴³³

Esclarece Adauto Cardoso, ainda, que, com o fim do BNH em 1986, os recursos do FGTS passaram a ser objeto de disputa entre os grupos que compunham o governo federal. Foi no período Collor, no entanto, que o FGTS foi dilapidado, em troca de suposto apoio contra o processo de *impeachment* do Presidente. Na era FHC, os recursos do FGTS passaram a sofrer um controle mais rígido do ponto de vista financeiro, restringindo-se o acesso aos Estados ou Municípios que não apresentassem capacidade de endividamento. No entanto, após a crise de 1998, o acesso a esses recursos foi restringido, por exigência do acordo com o FMI. A resposta do governo federal foi o Programa de Arrendamento Residencial que atendeu apenas àqueles que se encontravam no topo do limite de renda permitido pelo Programa, não se configurando, pois, como um instrumento adequado para o enfrentamento das desigualdades habitacionais e urbanas. Também escassearam sobremaneira os recursos para saneamento e infra-estrutura, e os governos estaduais e municipais ficaram dependentes de

⁴³¹DHnet. *Moradia e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html>. Acesso em 18 de julho de 2008.

⁴³²CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetro poles.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

⁴³³Ibidem.

seus próprios recursos ou do financiamento de organismos internacionais como o BID e o Banco Mundial para tal fim.⁴³⁴

Atualmente, o relator especial sobre moradia adequada como componente do direito a um adequado padrão de vida, Miloon Kothari, em sua missão ao Brasil a convite do governo brasileiro no período de 29 de maio a 13 de junho de 2004, constatou que, embora o país tenha razão em se orgulhar de seu programa “fome zero”, é necessário que se atribua igual atenção para garantir o respeito ao direito à moradia adequada em seu sentido mais amplo, começando com as famílias sem moradia, sem terra e que vivem em condições de extrema precariedade. Alerta o relator que, dada a proporção do problema, esta é uma questão de urgência, havendo necessidade de um aumento anual progressivo na verba orçamentária destinada à moradia, e que, embora pudesse ser aumentado por recursos não orçamentários, estes não devem ser vistos como substituto à distribuição regular da verba orçamentária. Ressaltou, ainda, que é preciso mudar a ênfase da decisão em política e reforma legislativa para ações práticas.⁴³⁵

Se de um lado a urbanização no Brasil se caracteriza pela informalidade, produto de uma urbanização intensa provocada por uma industrialização tardia e pela ausência de um comprometimento sério do poder público com a questão habitacional, por outro lado a globalização agrava ainda mais esse cenário, pois, na sua lógica, a cidade deve ser tratada como mercadoria.

Nas palavras de Otilia Arantes, “a globalização faz com que as cidades sejam geridas não como negócio, mas para o negócio”.⁴³⁶ Nessa ótica, o planejamento urbano deve ser concebido tendo em vista o ambiente competitivo internacional em que a cidade está inserida, desde uma perspectiva estratégica para vencer a corrida pela pseudo-inserção no circuito global. Disso resulta que a cidade deve ser urbanizada conforme as necessidades das atividades globais, mediante “atributos específicos que constituem insumos valorizados pelo capital transnacional”, tais como aeroporto internacional de grande porte, espaços para convenções e feiras, hotéis de padrão internacional, edifícios que comportem as atividades

⁴³⁴CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmetroplites.ufrj.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

⁴³⁵ Disponível em: http://www.polis.org.br/obras/arquivo_166.pdf Acesso em 06 de agosto de 2007.

⁴³⁶ ARANTES, Otilia; MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos. *A cidade do pensamento único: desmanchando conceitos*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 28.

globais, com infra-estrutura de comunicação que possibilitem a conexão com qualquer parte do mundo o tempo todo.⁴³⁷ A consequência perversa desse cenário é que os investimentos públicos em políticas urbanas acabam priorizando os espaços urbanos capazes de suprir a demanda global, tornando-as ainda mais fragmentadas.

De fato, o planejamento urbano no Brasil pautou-se por uma ausência de comprometimento com a realidade social, pois as políticas públicas urbanas sempre se dirigiram a uma parte da cidade apenas: aquela que representa a consolidação de determinados interesses de ordem econômica, deixando órfã uma importante parcela da cidade (e da sociedade). A globalização só vem a agudizar essa situação, pois incentiva a urbanização para aquelas áreas e naqueles setores que mais convêm para a nova ordem mundial, gerando uma situação de segregação espacial e social urbana de dimensões assustadoras.

O reconhecimento dessa realidade é condição *sine qua non* para que se possa iniciar um processo de transformação nas cidades. De fato, as políticas urbanas cobram um papel importante na ampliação da democracia e da cidadania, e para isso é preciso construir a consciência da cidade real com as demandas populares⁴³⁸. Essa é premissa para a articulação na direção de uma nova estrutura espacial e social das cidades, a partir da qual se poderão estabelecer paradigmas para a elaboração de políticas urbanas capazes de inverter o processo de deterioração da qualidade de vida nas cidades⁴³⁹.

O exercício do direito à moradia digna, garantido pela legislação nacional e internacional, depende, necessariamente de políticas públicas capazes de ofertar condições de acesso à terra com todos os seus componentes, notadamente os de infra-estrutura e serviços. Nesse contexto, a política pública de regularização fundiária, enquanto parte de uma política macro de desenvolvimento urbano, desempenha papel de destaque para a efetivação desse direito. Assim, se é certo que essa política não é capaz de resolver, como num passe de mágica, um cenário de disparidades e contradições urbanas e sociais que vem se consolidando há séculos, também é correto afirmar que a sua realização é o (re)começo da história da

⁴³⁷ ARANTES, Otília; MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos. *A cidade do pensamento único: desmanchando conceitos*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 79

⁴³⁸ Ibidem, p. 168.

⁴³⁹ BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y Global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Grupo Santillana Ediciones S.A, 2000. p. 57.

cidade para quem habita os assentamentos urbanos informais, na medida em que o começo da vida na cidade se dá com a moradia.

É sob essa ótica que será tratada a política de regularização fundiária urbana nos próximos itens: num primeiro momento, no seu viés jurídico, pela análise legislativa e dos instrumentos jurídicos e legais de regularização fundiária; depois, terá sua abordagem desde a perspectiva de uma política pública de inclusão social, com seus reflexos na competência federativa e na predominância do interesse local para sua efetivação.

3.2 Tratamento jurídico da regularização fundiária urbana

A expressão “regularização fundiária” é, por si mesma, polissêmica, e o seu uso, na prática, não tem sido diferente. Nesse sentido adverte Betânia Alfonsin, ao afirmar que o entendimento do que significa regularização fundiária tem se prestado a diversas interpretações, sendo-lhe atribuídos os mais variados sentidos, o que, inexoravelmente, se reflete no manejo dessa questão. Assim, enquanto, em alguns casos, a ênfase é tão somente na regularização jurídica dos lotes, em outros é na recuperação urbana do assentamento, através da urbanização da área. Há, ainda, o seu uso como regularização urbanística dos assentamentos, pela transformação de áreas afetadas originalmente para outros usos em Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS).⁴⁴⁰ Essa concepção compartimentada compromete o êxito de uma política pública de regularização fundiária efetivamente includente.

Nesse passo, o conceito de regularização fundiária é abrangente, não segmentado, englobando, interdisciplinarmente, um trabalho jurídico, urbanístico, físico e social. “Se alguma destas dimensões é esquecida ou negligenciada, não se atingem plenamente os objetivos do processo”.⁴⁴¹ De acordo com o conceito de Betânia Alfonsin, a regularização fundiária é um processo conduzido pelo Poder Público e pela população beneficiária, que envolve as dimensões jurídica, física e social, cujos objetivos são a legalização da permanência dos moradores em áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e

⁴⁴⁰ ALFONSIN, Betania de Moraes. *Direito à Moradia – Instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. RJ: Observatório de Políticas Urbanas- IPPUR: FASE, 1997. p. 23.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

a melhoria no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, incentivando o pleno exercício da cidadania pela comunidade afetada.⁴⁴²

É esse conceito amplo que é usado como referência neste trabalho. Todavia, tendo em vista, principalmente, a inauguração de um capítulo exclusivo dedicado à política urbana na Constituição de 1988, bem como o advento do Estatuto da Cidade, em 2001, abordaremos, neste ponto, o tratamento jurídico dispensado, atualmente, à regularização fundiária, tanto no que se refere à sua previsão legal, quanto no que diz respeito aos instrumentos previstos.

3.2.1 A regularização fundiária urbana na legislação: breve histórico.

O surgimento da regularização fundiária está intimamente ligado à questão da urbanização brasileira e às deficitárias políticas urbana e habitacional, que têm como uma de suas principais conseqüências os processos informais de ocupação do solo, ocorridos durante muito tempo sob o olhar inerte do Poder Público, que só há pouco começou a tomar consciência da situação alarmante em que está inserida significativa parcela da população urbana. De fato,

em países como o Brasil, o nível de consciência política da população e do próprio Poder Público não oportunizou, ao menos em termos históricos, uma mobilização eficaz para o planejamento urbanístico [...] Resultado imediato disso é o fato de que as políticas públicas adotadas no país – se é que podemos falar disto – jamais consideraram, como deveria, os milhões de cidadãos que vivem em condições subumanas. Desta sorte [...] acumulou-se uma gigantesca dívida social no âmbito de políticas públicas efetivas às comunidades que vivem na cidade⁴⁴³.

Assim, a política pública de regularização fundiária tem origem recente⁴⁴⁴, e seu objetivo, hoje, é contornar as conseqüências havidas com a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano, gerando assentamentos urbanos desprovidos de quaisquer condições para uma vida condigna, notadamente no que se refere à moradia.

⁴⁴² ALFONSIN, Betânia apud SILVA, Jaqueline Severo da. Regularização Fundiária: avanços e perspectivas, a experiência de Porto Alegre. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: Unidade Editorial, n. 15, Dezembro 2001. p. 99.

⁴⁴³ LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 40,41.

⁴⁴⁴ ALFONSIN, Betânia. *A experiência brasileira de Regularização Fundiária*, apresentação em Workshop de Estudos Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=category&id=588>. Acesso em 21 de agosto de 2007.

Nesse contexto, a previsão legal da regularização fundiária, enquanto política pública vinculante, destinada à inclusão espacial e social daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais, é do início deste século, mais precisamente a partir do advento do Estatuto da Cidade, em 2001, acompanhado da Medida Provisória 2.220, também de 2001, a partir do ambiente favorável propiciado pela Constituição de 1988 por meio da concepção do espaço urbano para o cumprimento da função social da propriedade e da cidade.⁴⁴⁵

No presente tópico se buscará traçar uma linha no tempo onde será incluída toda e qualquer legislação que tenha algum ponto de contato com a questão da regularização fundiária, mesmo aqueles atos normativos eminentemente privatistas, sem qualquer cunho social, posto que necessários para a análise da evolução do tratamento legal sobre o tema e, por conseguinte, para a compreensão da regularização fundiária como política pública de inclusão social. De fato, além do inchaço das cidades decorrente da explosão demográfica e do êxodo rural, bem como a ausência de políticas urbanas adequadas, também contribuiu para a informalidade urbana o próprio formalismo da lei.

Para Betânia Alfonsin seria demasiado singelo explicar a informalidade apenas pelos fatores econômicos, sociais ou históricos, pois “a informalidade tem razões jurídicas e o direito contribuiu muito para o seu surgimento”. Nesse ponto, há dois aspectos importantes que auxiliam na compreensão do surgimento da informalidade urbana: primeiro é que o direito de propriedade foi, por muito tempo, um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, permitindo acumular um bem que não se reproduz, tal como é a terra urbana, valorizando-se a custos do investimento público e sem sofrer qualquer sanção pela inutilização; segundo, é que o direito público sempre contou com uma legislação urbanística muito elitista, exigindo o padrão mínimo para parcelamento, mas não máximo, o que contribuiu para o surgimento de glebas imensas, na maioria das vezes sem qualquer destinação.⁴⁴⁶

Para vislumbrar a trajetória da legislação para a regularização fundiária, é importante ter presente, além das causas da informalidade urbana, também as áreas ocupadas nesses processos. Assim, numa breve análise, se verifica que, nos anos 1970, a maior parte das

⁴⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 25.

⁴⁴⁶ GARDINI, André. *A demonização da habitação informal*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=25&id=281>. Acesso em 27 de julho de 2007.

ocupações era em propriedade privada, totalizando 58,9%. Das públicas, 37,1% eram do município, e menos de 4% representava áreas dos estados e da União, e as mistas⁴⁴⁷ contavam com somente 0,4% de ocupação. No início dos anos de 1980 a ocupação seguiu sendo, predominantemente, em áreas privadas. Todavia, no fim daquela década ocorre uma diminuição substancial da ocupação em áreas privadas e um crescimento vertiginoso nas áreas públicas, sobretudo municipais: apenas 17,46% das áreas privadas são ocupadas, enquanto 65,83% da ocupação já estava em áreas públicas municipais, e 3,53% em áreas públicas do estado ou da federação, e 13,18% em áreas mistas.⁴⁴⁸

O aumento das ocupações em áreas públicas municipais se dá, essencialmente, nas áreas de proteção ambiental do município. Na medida em que contêm restrições de uso, são excluídas do mercado imobiliário privado, e se caracterizam como a base de ocupação nos anos de 1980 e princípio dos anos de 1990. Na década de 1990, 14,1% da ocupação ocorre em áreas privadas; 55,8% em áreas públicas municipais, 4,9% em áreas públicas do estado ou da federação, e o restante em áreas mistas. O início do século XXI acenou com o crescimento da ocupação das áreas públicas municipais e mistas, em contraposição à diminuição das áreas privadas. Recentemente, tem se dado também ocupações de imóveis vazios (galpões, armazéns, prédios, terrenos, mansões, casarões e edifícios públicos ou privados), subtilizados ou inacabados, o que demonstra novas estratégias populares de ocupação do solo direcionadas para as áreas centrais das cidades.⁴⁴⁹

É nesse contexto que vai sendo construída uma legislação afeita ao tema da regularização fundiária, desde o Código Civil, de 1916, até o Estatuto da Cidade, de 2001, e todas as leis decorrentes deste novo marco regulatório.

Promulgado numa época em que a população brasileira era eminentemente rural, o Código Civil de 1916, definitivamente, não era dotado de qualquer espírito voltado à função social da propriedade urbana. Ao contrário, era elitista, privilegiando fortemente os proprietários em qualquer circunstância, sem atribuir responsabilidades de cunho social no exercício desse direito. Como exceção a essa regra, previa, tão somente, a possibilidade de

⁴⁴⁷ São aquelas áreas ocupadas compostas de parte da área pertencente a particulares e parte ao Poder Público.

⁴⁴⁸ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002. p. 15

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p.16

usucapião, como forma de aquisição da propriedade decorrente de posse exercida no lapso temporal previsto legalmente, e que, com o tempo, foi utilizada para regularizar situações de informalidade.

Também a desapropriação foi, durante muito tempo, um dos instrumentos mais utilizados para viabilizar a regularização fundiária. Nesse sentido, o Decreto-Lei 3.365/41, que regula a desapropriação por utilidade pública, e a Lei 4.132/62, que estabelece a desapropriação por interesse social, foram o respaldo legal para desapropriação de áreas destinadas à realização da regularização fundiária.

O Decreto-Lei 9.760/46, que trata dos imóveis da União, passou, com a edição da Lei 11.481/07, a ter importante papel no marco normativo referente à regularização fundiária. Com a inserção da Seção III-A – Da Demarcação de Terrenos para Regularização Fundiária de Interesse Social – ficou estabelecido, no *caput* do artigo 18-A do referido Decreto, que passa a ser possível à União lavrar auto de demarcação nos seus imóveis, nos casos de regularização fundiária de interesse social, com base no levantamento da área a ser regularizada. O § 1º do referido dispositivo legal reza que se considera regularização fundiária de interesse social aquela que se destina a atender as famílias com renda familiar não superior a cinco salários mínimos.

Já a Lei 9.636/98, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, com a alteração havida pela Lei 11.481/07, passou a referir, expressamente, no artigo 1º, que o Poder Executivo está autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), a executar regularização das ocupações nos seus imóveis, inclusive de assentamentos urbanos informais de baixa renda, podendo, para tanto, realizar convênios com o ente federativo onde se encontra o imóvel em questão, bem como celebrar contratos com a iniciativa privada, observando-se a Lei de Licitações.

No início de 1967, foi instituída, através do Decreto-Lei n. 271, a Concessão Real de Uso (CRDU). Por este instrumento, aplicável também aos terrenos públicos, passou a ser possível o assentamento da população de baixa renda ou a legalização daquelas situações já

consolidadas.⁴⁵⁰ Esse diploma legal sofreu importante alteração com a Lei 11.481/07, que deu nova redação ao artigo 7º, determinando que a CRDU se aplica também às hipóteses de regularização fundiária de interesse social.

A Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos é, para Betania Alfonsin, um dos obstáculos mais significativos para a regularização fundiária, em virtude do rigorismo dos princípios registrais quando confrontados com a tentativa de se regularizar os assentamentos urbanos informais.⁴⁵¹ Essa Lei teve algumas alterações interessantes, ainda que não exatamente nessa questão: a Lei 11.481/07 inseriu o artigo 290-A que determina a realização, independentemente do recolhimento de custas e emolumentos, do primeiro registro de direito real de uso para o beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas, e a primeira averbação de construção residencial de até 70m² objeto de regularização fundiária urbana de interesse social.

Com o objetivo de reverter a situação de deterioração das áreas urbanas, foi instituída, em 1979, a Lei 6.766. Esta lei dispõe sobre o parcelamento do solo urbano; estabelece os padrões urbanísticos mínimos para implantação de loteamento urbano, tais como sistema viário, equipamentos urbanos e comunitários, áreas públicas, bem como as responsabilidades dos agentes privados (proprietários, loteadores, empreendedores) e do Poder Público; e tipifica os crimes urbanísticos. O que se busca é que a expansão da cidade se dê através da ordenação territorial, com atenção às regras do parcelamento, seja por loteamento, seja por desmembramento. Para tanto, devem ser observadas as disposições desta lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.⁴⁵²

Ocorre que o rigorismo dessa lei não auxiliou na regularização fundiária em prol do direito à moradia da população de baixa renda. Para viabilizar sua aplicação, foi editada a Lei 9.785/99, com o objetivo de constituir instrumentos destinados à proteção do direito à

⁴⁵⁰ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997. p. 77.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁵² SAULE JUNIOR, Nelson. *Nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano e as funções sociais da cidade*. Disponível em: http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=89. Acesso em 26 de maio de 2005.

moradia através da regularização dos assentamentos urbanos informais, como a constituição de conjuntos habitacionais e de loteamentos populares para a população de baixa renda.⁴⁵³

Também a lei 8.666/93 – Lei de Licitações - merece menção, pois sempre que a área em que se encontre localizada a população envolvida no processo de regularização não puder ser aproveitada, e o Poder Público não tiver área de sua titularidade para tal fim, terá que instaurar processo licitatório para adquirir outra área.⁴⁵⁴ A lei 8.666/93 também passou por importantes modificações no sentido de contribuir e facilitar a regularização fundiária urbana dos imóveis públicos para a promoção da moradia da população de baixa renda. Com efeito, a Lei 11.481/07, ao alterar as alíneas “b” e “f”, e inserir a alínea “h”, todas do artigo 17 da lei 8.666/93, fez referência expressa à regularização fundiária na dispensa dos trâmites de que trata o inciso I do mencionado artigo no que se refere à alienação de bens da Administração Pública.

A promulgação da Constituição de 1988 abre, efetivamente, a possibilidade para a construção de uma política pública de regularização fundiária vocacionada à realização do direito fundamental à moradia digna para aqueles que vivem nos assentamentos urbanos informais. Com efeito, ao destinar, pela primeira vez, um capítulo para a política urbana, assegurando a função social da propriedade urbana e veiculando, expressamente, o direito à moradia como um direito humano fundamental social, a partir de 2000, a Constituição de 1988 forneceu as bases para a implementação de uma política urbana que tenha, em seu bojo, a política de regularização fundiária como carro motriz para a garantia do direito à moradia digna da população de baixa renda.

Nesse contexto, a edição do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) caracteriza o marco paradigmático para o desenvolvimento de uma política urbana incluyente, na medida em que reconhece o passivo social-urbano de irregularidade fundiária e a precariedade da moradia, e traz consistentes instrumentos jurídicos para a promoção da regularização dos assentamentos urbanos informais, seja regulamentando instrumentos já existentes, como a concessão de direito real de uso (CDRU), seja criando novos instrumentos urbanísticos, como o direito de superfície. Essa Lei, ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição de 1988, estabelece

⁴⁵³ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002. p. 123.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 60.

os princípios, diretrizes e instrumentos para uma política urbana capaz de garantir a função social da propriedade, o direito à segurança da posse e o direito à moradia, o direito à cidade e o direito à gestão democrática.

A primeira diretriz posta na lei (artigo 2º, I) é a da garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para esta e para as futuras gerações, que, acompanhada da diretriz prevista no inciso XIV, a qual estabelece a 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, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais, reforça a idoneidade da política pública de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como meio adequado e capaz de promover a moradia minimamente digna naqueles locais. Com efeito, o Estatuto da Cidade prevê diversos instrumentos de regularização fundiária que se apresentam como meios de assegurar o direito à moradia nos assentamentos urbanos informais, sobre os quais serão tecidas maiores considerações no tópico seguinte.

Cumprir destacar, ainda, a Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001, que regulamenta a concessão de uso de que trata o § 1º do artigo 183 da Constituição de 1988⁴⁵⁵ e tem sua vigência garantida pelo artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 2001⁴⁵⁶. Inicialmente prevista nos artigos 15 a 20 do Estatuto da Cidade, estes restaram vetados pelo Presidente da República⁴⁵⁷, em função de um debate bastante forte que se deu na última fase de tramitação do projeto de lei acerca dos potenciais efeitos ambientais negativos da concessão de uso especial para fins de moradia. De qualquer sorte, esse importante instrumento de regularização fundiária tem como fundamentos o direito à moradia enquanto direito humano fundamental social previsto no artigo 6º constitucional, e o cumprimento da função social da propriedade pública, tendo em vista a vedação constitucional de usucapir

⁴⁵⁵ Artigo 183 da CF/88: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil

⁴⁵⁶ Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Art. 2º: As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

⁴⁵⁷ Razões do veto: Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001 (DOU 11.07.2001).

imóveis públicos. Assim, naquelas situações em que a propriedade pública não cumprir sua função social, e sobre a qual se está exercendo o direito fundamental à moradia por pessoas carentes, este é reconhecido mediante a concessão de uso especial para tal finalidade.

Importante registrar a guinada ocorrida com a promulgação do Código Civil de 2002. Com efeito, o novo Código, marcado por uma forte noção de função social, permeia vários institutos jurídicos em prol da coletividade, abandonando o papel eminentemente individualista que sempre desempenhou nas relações jurídicas. Nesse contexto, a função social da propriedade (prevista, é verdade, desde a Constituição de 1934, mas com maior vigor a partir da Constituição de 1988) ganha relevância e passa a informar as relações entre os particulares, a fim de que o bem coletivo seja um compromisso de todos, tanto em nível contratual, quanto no exercício do direito de propriedade.

Na medida em que a lei de direito privado mais importante passa a plasmar os princípios postos na Constituição, seus reflexos na questão da regularização fundiária para promover a moradia da população de baixa renda passam a ser sentidos. Por isso, foi possível à Lei 11.481/07 promover modificações no Código Civil para fazer constar, no artigo 1.225, como direitos reais a concessão especial de uso para fins de moradia e a concessão de direito real de uso (CRDU), que passam a também a servir, juntamente com o direito de superfícies, como objeto de hipoteca a partir de sua inserção no artigo 1.473. Na mesma esteira, inseriu como objeto da alienação fiduciária de bens imóveis, prevista na Lei 9.514/97, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso, desde que suscetível de alienação, e a propriedade superficiária.

Conforme referido em mais de uma oportunidade, vários atos normativos sofreram importantes alterações para inserir a regulação fundiária dentro de um marco jurídico que facilite o seu desenvolvimento, através da Lei 11.481, de 2007. De fato, a sua edição representa um importante passo na questão da regularização fundiária nos casos de assentamentos urbanos informais em terras públicas, realçando a importância da proteção do direito à moradia digna para população de baixa renda que habita os assentamentos urbanos informais. Suas disposições se aplicam às áreas da União, dos estados, do DF e dos municípios.

Por fim, cumpre averbar a existência do Projeto de Lei 3.057/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Territorial Urbana, que dispõe no sentido de estabelecer normas gerais para o parcelamento do solo para fins urbanos e para a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas, bem como reformular a Lei de Registros Públicos, modernizando-a e aprimorando-a, além de harmonizar as regras da lei 6.766/79 com a legislação ambiental e o Estatuto da Cidade. Com efeito, a defasagem das normas federais sobre o tema tem contribuído para agravar os casos de ocupações irregulares, e, embora tenha havido avanços, se faz necessário lapidar o ferramental jurídico que sustenta a política pública de regularização fundiária. Conforme Patrícia Ferraz,

o projeto facilita a regularização fundiária de várias formas. Primeiro, porque permite que ela seja feita através das Prefeituras e Registros de Imóveis, sem necessidade de processos judiciais, salvo quando houver conflitos. Depois porque flexibiliza as regras urbanísticas e ambientais, abrindo para esses imóveis os portões “cidade legal”. Mais, porque permite que haja compensações de áreas, para atendimento de padrões urbanísticos garantidores da manutenção de espaços públicos para instalação de escolas, postos de saúde, áreas verdes e de lazer, e sistema viário. Além disso, ainda inova, criando duas inéditas e fundamentais figuras legais – que são a demarcação urbanística e a legitimação de posse, que agilizarão sobremaneira a regularização fundiária. Mas não é só. Esse projeto tem uma característica fundamental: olha para o problema da ocupação do solo urbano de vários pontos distintos e o trata de forma sistêmica, de tal sorte que, inclusive, promove alterações na Lei de Registros Públicos, aprimorando o sistema de registro imobiliário possibilitando que as transações imobiliárias ganhem celeridade e segurança jurídica.⁴⁵⁸

A partir desse novo horizonte, a regularização fundiária se fortalece e ganha papel de destaque na política urbana de qualquer município voltado à realização dos princípios fundantes inseridos no artigo 1º, especialmente o da realização da dignidade da pessoa humana e o da cidadania. Para tanto, é necessário implementar eficazmente o instrumental existente, o que nos remete a uma breve análise dos principais instrumentos de regularização fundiária capazes de contribuir para a inclusão sócio-espacial da população de baixa renda dos assentamentos urbanos informais. Disso trataremos no próximo tópico.

⁴⁵⁸ FERRAZ, Patrícia. Parcelamento do solo urbano, regularização e registro. In: *Boletim Eletrônico IRIB* # 2193, de 02/12/2005.

3.2.2 Estatuto da Cidade e regularização fundiária: sistematização dos respectivos instrumentos para fins de análise.

Os assentamentos urbanos informais trazem diferentes impactos em cada cidade, e em cada caso de irregularidade. Com efeito, não existe um modelo único de regularização que seja válido e eficaz para toda e qualquer situação de irregularidade⁴⁵⁹, e, muito menos, para todos os municípios. É fundamental, então, compreender a natureza e a dinâmica dos processos que resultaram nesses assentamentos, para que se possa formular e implementar uma política de regularização fundiária efetiva no combate à precariedade da moradia para cada caso específico⁴⁶⁰.

Para tanto, o Poder Público municipal poderá se valer do mapeamento das áreas irregulares, que ajudará a construir critérios para as diferentes necessidades de regularização que se apresentam, e do qual também pode obter informações fundamentais para a criação de estratégias a compor a política de regularização, como, por exemplo, a extensão de cada situação de irregularidade, o tipo de área ocupada, a quantidade de famílias envolvidas, suas condições sócio-econômicas, entre tantos indicadores necessários para dar o panorama da irregularidade urbana em uma cidade.⁴⁶¹

Cada Município deve estabelecer critérios de regularização segundo as suas vocações, necessidades e interesse local, devendo incluir, no Plano Diretor (quando este for obrigatório) ou em legislação municipal, as regras para aplicação dos instrumentos de regularização fundiária. Isso, no entanto, só terá eficácia se partir de uma política de regularização fundiária definida e bem articulada, no contexto de uma política urbana preocupada com o acesso de todos a uma moradia digna. Caso contrário, não passará de mera aplicação isolada de instrumentos, sem qualquer conexão com a realidade histórica e social da cidade.

De outra banda, a correta aplicação dos instrumentos de regularização fundiária é fundamental para o êxito da política de regularização fundiária, sob pena de não se lograr o resultado almejado: a inclusão sócio-espacial e a promoção do direito a uma garantia digna

⁴⁵⁹ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002. p. 14.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 29,30.

para aqueles que habitam os assentamentos urbanos informais. Para isso, necessário conhecer os instrumentos, para que seja possível identificar, para cada situação de irregularidade, qual é o mais adequado.

Para tornar efetiva a proteção ao direito à moradia, o Estatuto da Cidade ampliou as possibilidades de regularização fundiária, contemplando, além dos instrumentos que já existiam nas legislações federal, estadual e municipal, novas alternativas. Conforme Edésio Fernandes,

na falta de uma política nacional, desde meados da década de 1980, diversos municípios têm enfrentado o problema do desenvolvimento urbano informal, sempre com muita dificuldade. Muitos têm sido os argumentos utilizados, de maneira combinada, para justificar a formulação dos programas de regularização: desde princípios religiosos, éticos e humanitários até diversas razões político-sociais, econômicas e ambientais. Mais recentemente, esse discurso se fortaleceu, deixando de evocar apenas valores e encontrando suporte em um discurso de direitos, já que através do Estatuto da Cidade a ordem jurídica finalmente reconheceu o direito social dos ocupantes de assentamentos informais à moradia.⁴⁶²

Com efeito, as medidas contempladas pelo Estatuto da Cidade são exemplificativas, podendo ser complementadas pela atuação dos estados, DF e municípios, em face da competência atribuída a cada um desses entes no tocante à ordem urbanística e da predominância do interesse local, como se verá no item 3.3.2. Por ora, cumpre averbar que a regularização fundiária conta tanto com instrumentos viabilizadores, quanto instrumentos de regularização fundiária propriamente ditos, a serem combinados mediante a análise de cada realidade urbana, no contexto de uma política pública de regularização fundiária condizente com a política macro de desenvolvimento urbano.

Assim, analisaremos, inicialmente, os instrumentos disponíveis no Estatuto da Cidade que servem para viabilizar a realização da regularização fundiária, para, depois, abordar os instrumentos de regularização propriamente ditos a incidirem sobre os assentamentos urbanos informais. Ainda que o Estatuto da Cidade, no artigo 4º, separe os instrumentos em planos (I), planejamentos (II e III), institutos tributários e financeiros (IV), e institutos jurídicos e políticos (V), para fins de sistematização foi utilizada, neste trabalho, a divisão acima citada dos temas dos incisos IV e V relativos à regularização fundiária. Os incisos I, II e III, serão

⁴⁶² INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002. p. 15.

analisados, no que couberem, no tópico que trata da regularização fundiária urbana como política de inclusão social.

3.2.2.1 Instrumentos viabilizadores da regularização fundiária

Os instrumentos que viabilizam a regularização fundiária são aqueles que atuam tanto no sentido de disponibilizar áreas que serão objeto de regularização fundiária e recursos para tanto, quanto no intuito de facilitar o acesso à regularização fundiária pela população de baixa renda. Nesse grupo estão a desapropriação; as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS); o parcelamento e a edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana; o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir; as operações urbanas consorciadas; o consórcio imobiliário; e a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos.

Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS)

As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), previstas no artigo 4º, V, “f”, visam, primordialmente, garantir o direito à moradia das pessoas de baixa renda com manutenção de sua permanência nos assentamentos urbanos informais consolidados, bem como a reserva de áreas ainda não ocupadas para que sejam destinadas ao uso habitacional para essa população. Pelas ZEIS, há uma delimitação de áreas exclusivamente para a habitação de interesse social, e define-se o “parcelamento de glebas e de ocupação de terrenos a partir de normas específicas apropriadas ao local e não segundo ao código de obras”.⁴⁶³

Apesar de sua inclusão legislativa ter ocorrido, no plano federal, somente com o Estatuto da Cidade, este instrumento já era utilizado por algumas cidades, principalmente nas capitais. Foi em Recife onde houve a primeira proposta de criação de áreas especiais para habitação de interesse social para a população de baixa renda, com a PREZEIS – Plano de Regularização de Zonas Especiais de Interesse Social, em 1983⁴⁶⁴.

⁴⁶³ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002. p. 10.

⁴⁶⁴ Ibidem.

É o plano diretor (ou lei municipal específica, quando aquele não for obrigatório) que vai dispor sobre as ZEIS, pois é ele que altera o zoneamento da cidade, bem como estabelece padrões específicos de uso e ocupação do solo. Elas podem ser classificadas, em função de suas características de uso e de ocupação da área urbana, em quatro espécies.⁴⁶⁵

A primeira se refere aos terrenos públicos ou particulares ocupados por população de baixa renda, em relação aos quais haja interesse público em promover a urbanização ou a regularização jurídica da posse da terra, e têm sido o instrumento mais utilizado para a regularização das favelas. A segunda espécie diz respeito aos loteamentos irregulares, conferindo eficácia à Lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, na medida em que o Poder Público Municipal destinará os recursos necessários para a regularização fundiária desses loteamentos, assegurando os direitos inerentes às condições de vida da população que vive nos bairros da periferia e que enfrentam o problema da carência dos equipamentos e serviços urbanos em virtude da irregularidade do loteamento.⁴⁶⁶

Em relação aos terrenos não edificados, subutilizados ou não utilizados, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social, encontra-se a terceira espécie de ZEIS, que terão destinação social por não cumprirem sua função social. A última espécie tem a ver com os cortiços. São aquelas áreas com concentração de habitação coletiva precária, em que há interesse público de promover programa habitacional para a população ocupante da região em questão.⁴⁶⁷

As ZEIS, ao gravarem a área para a habitação social, diminuem o interesse da especulação do mercado imobiliário, impedindo que o morador desse terreno seja assediado para vender sua propriedade regularizada por preço irrisório e termine, novamente, sem moradia, e muito provavelmente em nova situação de irregularidade.⁴⁶⁸

Apesar de regularizarem urbanisticamente os assentamentos urbanos informais gravados por elas, reconhecendo que essas ocupações integram a cidade, elas não regularizam

⁴⁶⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001. p. 189.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 189, 190.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 190.

⁴⁶⁸ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997. p. 270.

juridicamente essas situações. Para tanto, o processo de urbanização deve contemplar os instrumentos de regularização fundiária a serem aplicados em cada situação identificada pelas ZEIS, o que deve vir definido no Plano Diretor.⁴⁶⁹ Como bem ressalta Moreira, não há dúvidas de que as ZEIS se constituem num “instrumento claramente identificado como regularização urbanística, dimensão fundamental da regularização fundiária”.⁴⁷⁰ Nesse diapasão,

dar aos territórios de moradia da baixa renda um tratamento e um Regime urbanístico especial, dispensando-os de observar as regras rígidas do Código de obras ou o Zoneamento de usos do Plano Diretor é reconhecer o direito à diferença. Aqui, **esse direito à diferença se baseia no imperativo ético de que o Poder Público tem de facilitar o exercício, em seu território, de um direito humano fundamental: o direito à moradia.** A área gravada como ZEIS se torna uma espécie de zona liberada de regras formais de uso e ocupação do solo, a não ser esta macro-diretriz que lhe grava como destinada à moradia de interesse social.⁴⁷¹ (Grifamos)

Conforme Betânia Alfonsin, as ZEIS garantem, por um lado, o direito à igualdade, no que se refere ao direito à cidade, à habitabilidade e à moradia digna, e, por outro, o direito à diferença, ao permitir a flexibilidade de padrões e regime urbanístico, bem como respeitar a produção social e cultural do *habitat*.⁴⁷²

Desapropriação

A desapropriação é forma de aquisição da propriedade privada pelo Poder Público, possível desde que atendidos certos requisitos e condições previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. Está prevista genericamente no artigo 4º, V, “a”, do Estatuto da Cidade, e deve ser entendida, conforme Nelson Saule Junior, considerando

as modalidades de desapropriação de utilidade pública ou interesse social, relacionadas com o desenvolvimento urbano e política habitacional e serem aplicadas como meio de viabilizar as metas e intervenções definidas no Plano

⁴⁶⁹ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 94.

⁴⁷⁰ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002. p. 11.

⁴⁷¹ Ibidem, pp. 10,11.

⁴⁷² ALFONSIN, Betânia. *A experiência brasileira de Regularização Fundiária*, apresentação em Workshop de Estudos Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=category&id=588>. Acesso em 21 de agosto de 2007.

Diretor, de modo a vincular a aplicação destes instrumentos pelo Poder Público com a execução da política urbana.⁴⁷³

Assim, refere o autor que as áreas sujeitas à desapropriação por utilidade pública (Decreto-Lei n. 3.365, de 1941), como é o caso da desapropriação para implantação de parcelamento popular destinado às classes de menor renda, ou por interesse social (Lei 4.132, de 1962), como na hipótese de desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais com mais de dez famílias, devem ser definidas conforme o disposto no Plano Diretor sobre a ordenação da cidade. Nesse contexto, poderá o Poder Público desapropriar para fins de moradia aquelas áreas gravadas como ZEIS, e promover a regularização fundiária de assentamentos urbanos informais habitados pela população de baixa renda.⁴⁷⁴

Ainda que possa ser aplicada para fins de regularização fundiária, nos casos de interesse social e utilidade pública, como efetivamente foi durante muito tempo, sua utilização normalmente representa um custo muito alto para o Poder Público, e, por isso, a escolha deve ser muito bem analisada,⁴⁷⁵ notadamente em face do leque de opções trazido pelo Estatuto da Cidade para esse fim. No entanto, e

apesar da desapropriação ser um instrumento de ação antigo, neste momento não é apenas o instrumento em si, que entra em cena, mas a coordenação completa do processo de desapropriação, desde uma busca por desapropriação de terrenos para implantação de novas moradias em zonas urbanizadas e inseridas na cidade formal invertendo o processo até então predominante nas cidades, como também, junto a esta, a coordenação de uma política de aquisição de terras e do processo de desapropriação em si, em diferentes âmbitos: executivo e judicial. A grande inversão na busca de uma política fundiária através da desapropriação foi o investimento em terrenos urbanos dotados de abastecimento de água, luz, transporte coletivo, equipamentos urbanos. Terrenos estes inseridos na malha urbana consolidada e de pequena dimensão.⁴⁷⁶

⁴⁷³ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. pp. 283,284.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 284.

⁴⁷⁵ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 97.

⁴⁷⁶ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.p. 09.

Parcelamento e edificação compulsórios; IPTU progressivo no tempo; Desapropriação.

Esses instrumentos estão previstos no artigo 182, § 4º, da Constituição de 1988, nos incisos I, II e III, respectivamente, e estão diretamente relacionados ao descumprimento da função social da propriedade. A função social da propriedade é exigência constitucional principiológica, sendo parte integrante da estrutura mesma do direito de propriedade, com o objetivo de realizar os valores constitucionais fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a função social da propriedade interfere na substância e na essência do direito de propriedade, que deve se amoldar aos princípios fundantes da ordem constitucional, notadamente ao da dignidade.⁴⁷⁷

É por tais razões que o § 4º do referido artigo faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promoção de seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e, por último, a desapropriação. Esses instrumentos têm por objetivo obrigar o proprietário a uma ação positiva para promover uma destinação concreta de sua propriedade. É um meio de impedir e inibir o processo de especulação imobiliária nas cidades, para que os imóveis ociosos sirvam à coletividade⁴⁷⁸.

Esta desapropriação, esclarece Nelson Saule Junior, na medida em que busca o cumprimento da função social da propriedade, se destina à reforma urbana, ou seja, sua finalidade consiste na promoção de “transformações na cidade, como a urbanização e a regularização fundiária dos assentamentos urbanos precários, implantar equipamentos urbanos e comunitários, equipamentos culturais, de lazer”, bem como à destinação de áreas para a produção de atividades econômicas capazes de gerar trabalho e renda à população carente. Poderá ser aplicada, portanto, para a urbanização e regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda, a fim de promover e garantir o direito a uma moradia condigna.

479

⁴⁷⁷ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 204.

⁴⁷⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 272.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, pp. 288, 289.

Direito de preempção

O direito de preempção é instrumento que se inaugura com o advento do Estatuto da Cidade, previsto no artigo 25 do referido diploma legal. Nos termos deste artigo, “o direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares”, o que se justifica na função social da propriedade e na atribuição do Poder Público municipal de condicionar o exercício do direito de propriedade em prol do bem coletivo, conforme definido na política urbana. Para tanto, a área objeto de direito de preempção deve ser delimitada em lei municipal com base no Plano Diretor, não podendo ser alienada sem antes ser oferecida ao município.⁴⁸⁰

Cada área selecionada deve ser enquadrada em algumas das finalidades previstas no Estatuto da Cidade, entre as quais está a regularização fundiária. Nesse sentido, este novo instrumento viabiliza a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais e garante a permanência de seus habitantes, pois antes de ser alienado a outro particular, o imóvel passa pelo crivo do Poder Público. O que se verifica, no direito de preempção, é a primazia do interesse coletivo na regulação do direito de propriedade privada⁴⁸¹. Por isso, a utilização da área em desconformidade com a finalidade declarada acarreta a responsabilização do prefeito ou governador distrital por improbidade administrativa, conforme disposição expressa do Estatuto da Cidade.

Outorga onerosa do direito de construir

O instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado), antes de ser positivado no Estatuto da Cidade, já havia sido formulado com a Carta de Embu⁴⁸². Ela estabelecia que o criador de solo deveria oferecer à coletividade as compensações necessárias ao re-equilíbrio urbano reclamado pela criação de solo adicional. Para tanto, por lei

⁴⁸⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.p. 294.

⁴⁸¹ OSORIO, Leticia Marques e SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção, Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. pp. 196,197.

⁴⁸² O instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado) vem sendo estudado e debatido em nosso país desde a década de 1970, culminando com a publicação da Carta de Embu, em 1976, onde grupo de estudiosos do Urbanismo e do Direito estabeleceram os parâmetros do instituto. DORNELAS, Henrique Lopes. *Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>>. Acesso em 06 de abril de 2005.

municipal, o Poder Público estabelecia um coeficiente único de edificação, e o que excedesse a esse coeficiente seria considerado solo criado.⁴⁸³

No Estatuto da Cidade, este instrumento se caracteriza pela possibilidade do Plano Diretor fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário,⁴⁸⁴ que poderá ser pagamento, realização de obras ou construções, conforme for estabelecido em lei municipal específica. Os recursos obtidos em virtude de outorga onerosa devem ser aplicados conforme as finalidades previstas no Estatuto, dentre as quais se encontra a regularização fundiária, sob pena de o prefeito e o governador distrital incorrerem em improbidade administrativa.

No que diz respeito à regularização fundiária para garantia do direito à moradia digna nos assentamentos urbanos informais, os recursos obtidos com a outorga onerosa devem ser destinados para atender a esse fim, visando à melhoria das condições de vida dessas pessoas, seja promovendo melhorias nas habitações já ocupadas, seja promovendo a realização de habitação para quem não tem. Em Porto Alegre, a outorga onerosa funciona como forma de financiamento de obras viárias e de habitação de interesse social.

Operações urbanas consorciadas

Novidade trazida pelo Estatuto da Cidade, este instrumento busca promover intervenções urbanas para a realização de transformações urbanísticas e estruturais na cidade.⁴⁸⁵ Para a aplicação deste instrumento é necessária sua instituição através de lei municipal específica, como decorrência da política estabelecida no Plano Diretor, e deverá indicar, dentre outros pontos, as áreas atingidas e a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados. Fica configurada a improbidade administrativa

⁴⁸³ DORNELAS, Henrique Lopes. *Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>>. Acesso em 06 de abril de 2005.

⁴⁸⁴ Coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno. É o Plano Diretor que vai dispor sobre o assunto. Há, portanto, dois tipos de coeficiente: o coeficiente de aproveitamento básico (aquele potencialmente explorável pelo particular independentemente de outorga pelo Poder Público) e os coeficientes de aproveitamento decorrentes da outorga onerosa do direito de construir, até os limites máximos previstos no plano diretor municipal

⁴⁸⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 128.

quando os recursos oriundos da operação urbana consorciada não forem utilizados nos termos da lei municipal que instituiu a operação.

Para que seja efetivado o direito à moradia digna através da regularização dos assentamentos urbanos informais, é importante que este instrumento de operação consorciada não seja dirigido para aqueles locais da cidade onde já exista um grande interesse do mercado imobiliário. Se assim ocorrer, se estará investindo mais em áreas que já concentram os maiores investimentos em detrimento das áreas de assentamentos informais que demandam uma operação para melhoria de suas condições de habitabilidade⁴⁸⁶.

Transferência do direito de construir

A transferência do direito de construir também é inovação do Estatuto da Cidade e confere ao Poder Público municipal respaldo legal para subordinar o exercício individual do direito de construir a uma necessidade social ou ambiental através da transferência do exercício deste direito para outro local⁴⁸⁷. Para tanto, determina o Estatuto da Cidade que lei municipal baseada no Plano Diretor poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano público ou privado a exercer em outro local ou alienar o direito de construir, quando o imóvel atender a uma das finalidades expressas no Estatuto da Cidade, tal como programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. Assim, poderá o município definir as áreas ocupadas pela população de baixa renda como ZEIS e nelas aplicar este instrumento, a fim de poder utilizá-las para regularizar a área e garantir o direito de moradia da população que vive nesse local⁴⁸⁸.

Consórcio imobiliário

Da mesma forma, o consórcio imobiliário também é novidade do Estatuto da Cidade. Poderá ser usado quando o proprietário de um imóvel declarado pelo Poder Público municipal como subutilizado, não utilizado ou não edificado optar, quando do cumprimento da obrigação imposta pelo município, por realizar um consórcio com este.

⁴⁸⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001. pp. 81 e 86.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁴⁸⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 326.

O consórcio é uma cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada para urbanificar áreas que tenham carência de infra-estrutura e serviços urbanos nos imóveis declarados como subutilizados, não utilizados ou não edificados. Através do consórcio, após a realização das obras de urbanização, o proprietário da área recebe uma quantidade de lotes, correspondente ao valor total das áreas antes da execução das obras. Os demais lotes ficam com o Poder Público, que poderá destiná-los para atender a população que necessita de habitação⁴⁸⁹, efetivando o direito à moradia.

Assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos

A assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos, prevista no Estatuto, tem assento constitucional no artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Este instituto funciona como instrumento viabilizador da regularização fundiária na medida em que possibilita ao cidadão o acesso gratuito aos meios de regularização fundiária da área que ocupa, seja no âmbito judicial, seja no âmbito extrajudicial⁴⁹⁰. São destinatários o indivíduo, grupo de indivíduos necessitados ocupantes de assentamento urbano irregular, e a associação de moradores de uma comunidade carente.⁴⁹¹

Antes da previsão expressa no Estatuto da Cidade acerca da competência do Município em promover a assistência técnica e jurídica para as pessoas carentes ocupantes de áreas urbanas irregulares, o município de Porto Alegre já contava com a Assistência Jurídica Municipal, criada através da Lei 7.344/94, que dispunha, no artigo 3º da lei, que “a assistência jurídica municipal é o órgão responsável pela orientação jurídica e defesa dos direitos individuais e coletivos, em qualquer esfera ou grau de jurisdição, das pessoas e entidades do Município comprovadamente necessitadas, nas questões atinentes à regularização fundiária urbana”.

⁴⁸⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 125.

⁴⁹⁰ RODRIGUES, Walter Piva. Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária, Cinquentenário da Lei de Assistência Judiciária. In: *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 59, Junho 2000. p. 20.

⁴⁹¹ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.p. 431.

3.2.2.2 Instrumentos de regularização fundiária propriamente ditos

Os instrumentos de regularização fundiária propriamente ditos são aqueles destinados à regularização de determinada área, tais como a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, a usucapião especial de imóvel urbano, e o direito de superfície. Esses instrumentos asseguram o direito à moradia para a população que vive em assentamentos urbanos informais e garantem o cumprimento da função social da propriedade por meio da promoção de uma política de regularização fundiária ⁴⁹².

Concessão de direito real de uso (CRDU)

A concessão de direito real de uso (CDRU) é um instituto que, antes de sua previsão no Estatuto da Cidade, já existia no plano federal, na forma do Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Este Decreto-Lei permitiu que o instituto da CDRU fosse aplicado em terrenos públicos ou particulares para o assentamento da população de baixa renda ou para legalizar aquelas situações já consolidadas nesses terrenos ⁴⁹³. A CDRU já era utilizada, portanto, pelos municípios via de lei municipal ⁴⁹⁴, como é o caso do Município de Diadema, que a consolidou em lei municipal em 1985.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a CDRU é um contrato e por ele “a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel”, para fins específicos. O artigo 7º, *caput*, do Decreto-Lei 271/67, que estabelece tais fins sofreu, conforme já referido, alteração pela Lei 11.481/07, cuja redação estabelece a instituição da

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 modalidade de interesse social em áreas urbanas**” (grifos nossos)

⁴⁹² CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 165.

⁴⁹³ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997. p. 77.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 78.

Adaptou-se, assim, o Decreto-Lei ao Estatuto da Cidade. Este, por seu turno, prevê, no § 2º do artigo 4º, a possibilidade de aplicação deste instrumento de forma coletiva, o que favorece muito a regularização dos assentamentos urbanos informais.

A CDRU se caracteriza como direito real (hoje previsto expressamente no artigo 1.225, XII, do Código Civil, por força da Lei 11.481, de 2007) resolúvel, porque se a pessoa beneficiada pela concessão der destinação (no caso da regularização é a moradia) diversa da estabelecida pela lei ou pelo instrumento como condição da concessão, esta poderá ser revogada pelo Poder Público⁴⁹⁵. Dessa forma, não há transferência da propriedade para o particular, mas é importante destacar que o Estatuto da Cidade preconiza que os contratos de CDRU terão, para todos os fins, caráter de escritura pública e se constituem título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamento. Pode ser objeto de hipoteca, por disposição expressa do artigo 1.473, VIII, Código Civil, inserido pela Lei 11.481, de 2007.

Outro aspecto importante a registrar é que ela depende de anuência do Poder Público, não se caracterizando um direito subjetivo das pessoas que vivem no terreno que pode ser objeto desta concessão.⁴⁹⁶

Concessão de uso especial para fins de moradia

Este instrumento está previsto no artigo 4º, V, “h”, do Estatuto da Cidade, que iria discipliná-la nos artigos 15 a 20, mas estes restaram vetados pelo Presidente da República. Em substituição, foi editada a Medida Provisória 2.220, em 2001, regulamentando o § 1º do artigo 183 da Constituição, com vigência garantida pelo artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 2001, conforme já comentado.

Seu fundamento está na impossibilidade de usucapir imóveis públicos. Presta-se, assim, à regularização fundiária dos imóveis públicos informalmente ocupados pela população de baixa renda. A Lei 11.481/07 ampliou as áreas públicas a serem alcançadas pela concessão, ao

⁴⁹⁵ “Decreto-lei 207/67: Art. 7º. [...] § 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”.

⁴⁹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 179.

incluir o imóvel público remanescente de desapropriação, cuja propriedade tenha sido transferida a empresa pública ou sociedade de economia mista.

O artigo 1º da Medida Provisória 2.220, de 2001, faz uma ressalva quanto à limitação temporal, ao referir que a concessão somente será outorgada àquelas pessoas que preencherem os requisitos até 30 de junho de 2001. As razões estão no veto do Presidente da República, que ponderou que a ausência de uma data limite para a aquisição do direito à concessão “torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada”. Assim, a concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se somente a situações pretéritas.

Trata-se de um direito real, previsto no artigo 1.225, XI, do Código Civil, também por força da Lei 11.481/07, e, como tal, capacita seu titular para agir contra ações de terceiros e também do próprio Poder Público cedente⁴⁹⁷, e serve como objeto de hipoteca (artigo 1.473, VIII, Código Civil, inserido pela Lei 11.481/07). É um direito real resolúvel, pois pode ser extinta se o morador usar o imóvel para outro fim ou se restar comprovado que possua outro imóvel rural ou urbano.⁴⁹⁸ A concessão pode ser declarada por via administrativa ou pela via judicial, cuja sentença serve como título a ser registrado no Registro de Imóveis, ainda que não outorgue a propriedade. Contudo, essa concessão pode ser transferida, *inter vivos* ou *causa mortis*.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹⁹, uma vez preenchidos os requisitos legais nasce o direito subjetivo do possuidor à concessão, não podendo o Poder Público recusar o título respectivo. Essa premissa tem levado a posicionamentos divergentes sobre a necessidade ou não de se desafetar a área pública objeto da concessão. Assim, há quem entenda que, em face das disposições do Estatuto da Cidade, se prescinde da desafetação, na medida em que o direito de uso tem caráter de direito subjetivo pelo exercício da posse por cinco anos em imóvel público. Para essa corrente, “a incidência mesma do direito teria o poder de desafetar a área, e o próprio uso para fins de moradia traria uma nova afetação ao imóvel público”. Dessa forma, havendo a necessidade de desafetação, descaracteriza-se a concessão como direito

⁴⁹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 98.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei 10.257*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.p. 165.

subjetivo, pois o Poder Público passa a ter a faculdade de decidir sobre a questão, na medida em que haverá necessidade de lei municipal para que haja a desafetação. Parece evidente que esse procedimento da desafetação torna os processos de regularização fundiária mais lentos, pois, para a aprovação da lei municipal, será necessário todo um processo de convencimento político.⁵⁰⁰

Do outro lado, juristas e o Ministério Público de muitos estados têm se mostrado contrários à regularização dos assentamentos em áreas de uso comum do povo sem a desafetação, com base no entendimento clássico de que “todo bem de uso comum do povo, quando destinado a outra finalidade, deve necessariamente ser desafetado por lei municipal, ocasião em que se promove um debate político sobre a questão”.⁵⁰¹

Outros aspectos importantes a serem destacados é que pode a concessão pode ser outorgada de forma individual ou coletiva, quando não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, e a possibilidade do possuidor acrescer ao seu prazo o de seu antecessor, desde que ambos os períodos sejam contínuos.

Excepcionalmente poderá o Poder Público conceder o uso especial de moradia em outro local que não aquele onde o possuidor exerceu a sua posse. Trata-se de exceção, e o Poder Público está obrigado a oferecer alternativas para reassentar dignamente na hipótese de o local ser totalmente inadequado à moradia, ou ser necessário dar-lhe outra destinação por razões urbanísticas.⁵⁰²

Usucapião especial de imóvel urbano

A usucapião especial de imóvel urbano, prevista no artigo 183 constitucional, é regulamentada pelo Estatuto da Cidade, que ampliou a possibilidade do seu uso para o nível coletivo⁵⁰³, além do individual⁵⁰⁴. A forma individual está também no artigo 1.240 do Código

⁵⁰⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 104.

⁵⁰¹ Ibidem, p. 105.

⁵⁰² Ibidem, p. 182.

⁵⁰³ Seus requisitos são que áreas urbanas com mais de 250 m² sejam ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural, sendo possível computar a posse do antecessor.

Civil, mas o Estatuto inova ao possibilitar o reconhecimento da posse do antecessor pelo herdeiro, desde que este já estivesse morando no imóvel quando do falecimento de seu antecessor. De resto, as disposições de ambos coincidem com o que preconiza o artigo 183 da Constituição.

Outras novidades trazidas pelo Estatuto da Cidade estão no nível processual e evidenciam a preocupação do Estatuto no sentido de dar efetividade máxima ao direito de moradia para a população de baixa renda que vive em assentamentos urbanos informais. Em primeiro lugar, cumpre mencionar a possibilidade de registro da sentença que reconhecer a usucapião mesmo quando argüida em matéria de defesa (artigo 13). Também houve a adoção do rito sumário nas ações de usucapião (artigo 14), com a intenção de agilizar a regularização pela redução dos prazos processuais. Por fim, o autor da ação de usucapião goza dos benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de Registro de Imóveis.

Outras regras a serem observadas com base no artigo 183 se referem ao título de domínio (a ser conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil), à proibição de ser reconhecido aos mesmos possuidores mais de uma vez, e ao impedimento dos imóveis públicos serem adquiridos por usucapião (artigo 183 e §§ da Constituição).

Direito de superfície

Novidade do Estatuto da Cidade é o direito de superfície⁵⁰⁵, direito real autônomo, que se distingue da propriedade e confere ao seu titular, denominado superficiário, o uso e o gozo do terreno urbano de outrem, para nele construir, conferindo-lhe a propriedade da construção

⁵⁰⁴ É assegurado o domínio pela usucapião para aquele que possuir, como sua, área urbana de até 250m², por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

⁵⁰⁵ O direito de superfície também está previsto no Código Civil de 2002, como direito real limitado, nos artigos 1.369 a 1.377. No entanto, para aplicação como instrumento da política pública urbana municipal, prevalecem as normas do Estatuto da Cidade sobre o Código Civil. Nesse sentido, Jornada STJ 93: “As normas previstas no Código Civil sobre o direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.” Além disso, o Código Civil, no artigo 1.377, dispõe: “O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”. A lei especial a que se refere o artigo é o Estatuto da Cidade. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 946.

separada da propriedade do solo, durante o prazo em que vigorar. Este direito poderá abranger a utilização do solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno urbano.

O Estatuto da Cidade permite a transferência do direito de superfície a terceiros, de forma que se o Plano Diretor considerar que determinado imóvel não atende a sua função social, em face de sua não utilização, subutilização ou não edificação, e a lei municipal definir que a forma de atendê-la seja através de sua destinação à habitação de interesse social e assentamento urbano informal consolidado naquele local, o proprietário do imóvel, para atender a exigência, pode conceder o direito de superfície ao Poder Público. Este, por sua vez, poderá transmitir o direito de superfície à população carente de habitação depois de realizados o projeto habitacional de interesse social e as obras necessárias para melhorar as condições daqueles que já habitam aquele local⁵⁰⁶.

É de ressaltar que o direito de superfície também pode ser usado pelo município como forma de regularizar determinada área de assentamento informal em bem público. Com efeito, o Dr. Armando Antônio Lotti, Subcorregedor Geral do RS, que já atuou como coordenador do Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, defende que, em razão da inexistência de vedação expressa, o direito de superfície não é incompatível em face dos entes públicos, desde que devidamente autorizado por lei.⁵⁰⁷ O Município de Pontão, no Rio Grande do Sul, foi pioneiro em utilizar o direito de superfície para regularização fundiária, e o fez em área pública, por meio de lei complementar.⁵⁰⁸

3.2.3 As Leis 6.766/79 e 9.785/99 e a Regularização Fundiária Urbana.

Também na Lei 6.766/79 (Parcelamento do Solo Urbano), com as alterações introduzidas pela Lei 9.785/99, é possível encontrar meios capazes de garantir a segurança da posse e a qualidade dos assentamentos urbanos informais com vista à efetivação da moradia minimamente digna naqueles locais, ao prever a possibilidade do Poder Público assumir a

⁵⁰⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. pp. 302/303.

⁵⁰⁷ Conforme palestra conferida em aula de direito civil sobre direito de superfície, ministrada na manhã do dia 27/05/2005, na escola Verbo Jurídico, em Porto Alegre, RS.

⁵⁰⁸ Lei Complementar n. 04, de 08/11/2002, e n. 06, de 02/12/2002. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=114>. Acesso em 14 de junho de 2005.

regularização fundiária dos loteamentos irregulares e clandestinos com abrandamento dos procedimentos urbanísticos e administrativos exigidos pela lei 6.766/79.

Cumpra averbar que antes dessa alteração, o Estado do Rio Grande do Sul já havia tomado medidas no intuito de flexibilizar o rigorismo da Lei 6.766/79 face à realidade urbana e social das cidades. Assim, foi criado o “Projeto More Legal”, instituído pelos Provimentos 39/95 e 1/98 da Corregedoria Geral da Justiça. Esses Provimentos foram atualizados com base na Lei Federal n. 9.785/99, dando origem ao “Projeto More Legal II”, através do Provimento 17/99. Agora, com o Provimento 28/04, atualizado em virtude da edição do Estatuto da Cidade e da Lei 10.931/04, vigora o “Projeto More Legal III”.

A idéia do “Projeto More Legal” é reduzir a documentação para o registro dos loteamentos que se encontram na clandestinidade jurídica (são exigidos o título de propriedade ou a certidão de matrícula, certidão negativa de ação e ônus real do imóvel, planta e respectiva descrição, emitidas ou aprovadas pela Prefeitura Municipal). Prevê, também, a regularização na forma coletiva; reconhece as situações consolidadas; permite que a autoridade judiciária determine o registro de parcelamento sem o atendimento dos requisitos urbanísticos previstos na Lei 6.766/79; e facilita o registro dos contratos dos adquirentes após o registro do parcelamento.

No que se refere às alterações havidas na Lei 6.766/79, verifica-se o impacto, notadamente sobre os Municípios, evidenciando sua competência para a regularização dos parcelamentos do solo feitos de forma irregular ou clandestina⁵⁰⁹, que, ao identificar o descumprimento de qualquer das obrigações do loteador em relação ao parcelamento do solo, deve iniciar o processo de regularização, notificando-o para regularizar a área.⁵¹⁰

Além disso, traz importantes medidas para promoção do direito à moradia. A primeira diz respeito à legalização das moradias dos parcelamentos populares feitos em áreas desapropriadas pelo Poder Público, destinadas à população de baixa renda⁵¹¹, ao dispensar a apresentação de título de propriedade de imóvel quando o Poder Público submeter ao registro

⁵⁰⁹ SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.p. 361.

⁵¹⁰ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 64.

⁵¹¹ SAULE JUNIOR, op. cit., p. 358 et seq.

o projeto de loteamento onde está o conjunto habitacional, desde que haja processo de desapropriação judicial em curso e declaração provisória de posse, sem a necessidade de se aguardar o término do processo judicial de desapropriação para iniciar a regularização, bastando o registro da imissão provisória na posse no Registro de Imóveis.

Também foi atribuído o caráter de escritura pública aos instrumentos particulares de cessão da posse entre o Poder Público e os moradores dos parcelamentos populares. Uma vez cumpridas as obrigações do cessionário, esses instrumentos devem ser aceitos como garantia de contratos de financiamentos habitacionais. Por fim, a lei possibilita a regularização de parcelamentos e assentamentos de interesse público executados pelo Poder Público, somente com a documentação mínima e indispensável, agilizando a regularização em prol da efetivação do direito à moradia das pessoas que residem nesses locais.⁵¹²

Vistos os instrumentos à disposição da regularização fundiária em nível de legislação federal, compete analisar a possibilidade de uma política de regularização fundiária sustentável. A idéia é destacar aspectos considerados relevantes para a análise de uma possível política de regularização fundiária, esta sempre conectada à política macro de desenvolvimento urbano, a fim de contribuir, de certa forma, com o estudo do tema. Nesse sentido, o próximo item tecerá algumas considerações a respeito dos limites e das possibilidades de uma política de regularização fundiária no Brasil.

3.3 A regularização fundiária urbana como política pública de inclusão social.

Os instrumentos de regularização fundiária não se prestam para reverter, isoladamente, a precariedade da moradia verificada nos assentamentos urbanos informais. Para que isso ocorra, a análise da irregularidade urbana de uma cidade deve ser realizada de forma contextualizada. A política urbana é, portanto, o projeto macro, em que política de regularização atua como um dos elementos necessários para a conquista de uma cidade sustentável, como forma de ampliar as oportunidades de acesso à moradia aos grupos sociais hipossuficientes⁵¹³, e garantir a moradia nas situações de irregularidade já consolidadas.

⁵¹² SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004 p. 362.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 344.

Nesse contexto, a política de regularização fundiária é muito mais que a aplicação de instrumentos, abraçando também medidas para melhorar os aspectos físicos e sociais dos assentamentos urbanos informais para possibilitar a concretização de uma vida digna. Para tanto, é necessário que a atuação do Poder Público municipal seja sustentada por uma política de regularização que perpassse todos os entes da federação. Por tal razão, passaremos a analisar alguns aspectos sobre a possibilidade de uma política pública de regularização fundiária no Brasil, e qual o papel desempenhado pelos entes federados a partir da repartição de competências estabelecida pela Constituição.

3.3.1 A política pública de regularização fundiária no Brasil: limites e possibilidades.

Os processos informais que ocorrem durante a urbanização resultam em várias formas de irregularidade fundiária: favelas, ocupações, loteamentos clandestinos ou irregulares, cortiços. A diferença básica, nessas formas de irregularidade fundiária, reside no modo como ocorreu a aquisição da posse e na maneira como se consolidaram esses assentamentos, na maioria das vezes espontâneos e informais e sempre alheios ao planejamento urbanístico do Poder Público.⁵¹⁴ O objetivo da regularização fundiária, portanto, é possibilitar a legalização da permanência de populações de baixa renda em áreas urbanas ocupadas informalmente, a fim de que sejam integradas ao espaço urbano e tenham melhores condições de vida⁵¹⁵.

Conforme visto no ponto anterior, o Estatuto da Cidade da Cidade traz instrumentos que viabilizam a regularização fundiária e instrumentos de regularização propriamente ditos. Ambos, quando conjugados e devidamente regulamentados no Plano Diretor e/ou em lei específica, formam um subsistema da política urbana, subsistema este que se destina à regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais.

Assim, uma política de regularização fundiária se caracteriza como tal quando o Poder Público municipal realiza uma radiografia da irregularidade urbana e, com base nas diretrizes postas no Estatuto da Cidade, elabora uma política de ação orientada ao resgate e à inclusão dessas áreas e, principalmente, da população que a habita, em respeito aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consagrados nos artigos 1º e 3º da Constituição

⁵¹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 14.

⁵¹⁵ *Ibidem*, op. cit., p. 153.

de 1988, notadamente no que se refere aos fundamentos dignidade da pessoa humana e da cidadania, e aos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e igualitária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização com redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

Dessa forma, a regularização fundiária pode (e deve) vir a ser uma política naquelas cidades em que a informalidade e a precariedade da moradia predominam, contribuindo, de forma inequívoca, ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, garantindo e promovendo o direito à moradia digna da população que habita os assentamentos urbanos informais. É nesse sentido que o Estatuto da Cidade contempla tanto a moradia quanto a regularização fundiária como diretrizes que devem informar a política de desenvolvimento urbano.

Portanto, ainda que a regularização fundiária seja vista, e muitas vezes tratada, ou como um instrumento isolado a ser aplicado sobre uma situação específica, ou como programa de um determinado governo, o fato é que, diante da situação em que se encontram os grandes centros urbanos e também cidades de médio e até mesmo de pequeno porte, e diante da péssima qualidade de vida (principalmente da população de baixa renda, no que diz respeito às condições de moradia) é o momento de ser encarada como política pública.

Não se trata, portanto, de mero jogo de palavras, e sim do devido enquadramento da questão. Embora o termo política pública seja polissêmico, com contornos não raras vezes indefinidos, a delimitação de seu conceito é importante para evitar que o tratamento dispensado à questão das políticas públicas ocorra de forma dispersa, e, assim, contribuir para driblar a dificuldade em se estabelecerem e desenvolverem políticas públicas apropriadas. Sobre o tema, refere João Pedro Schmidt que, embora não haja uma definição reconhecida como a melhor, a formulação proposta pelo Ministério da Saúde se mostra bastante completa:

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, **reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas e atividades.**⁵¹⁶ (Grifamos)

Importa destacar que, por essa definição, as políticas públicas, ao mesmo tempo em que refletem determinada atuação governamental, adquirem status de ação estatal, na medida em que buscam reduzir a descontinuidade administrativa, realçando a necessária separação entre governo e Estado.

Dessa forma, se o objetivo da regularização fundiária é, precipuamente, possibilitar o início da inclusão social das pessoas que habitam os assentamentos urbanos informais, para que sejam integradas ao espaço urbano e tenham melhores condições de vida, a política pública que a contemplar deve ser contínua e ininterrupta. Com isso se evita a exploração clientelista para fins eleitoreiros. Nesse sentido, cumpre trazer à baila o entendimento de Raquel Rolnik:

Os assentamentos precários são também objeto de investimentos pela gestão pública cotidiana: ela incorpora lentamente essas áreas à cidade, regularizando, urbanizando, dotando de infra-estrutura, mas nunca eliminando a precariedade e as marcas da diferença em relação às áreas que já nascem regularizadas. Essa dinâmica tem alta rentabilidade política, pois dessa forma o poder público estabelece uma base política popular, de natureza quase sempre clientelista, uma vez que os investimentos são levados às comunidades como ‘favores’ do poder público. As comunidades são assim convertidas em reféns, eternamente devedoras de quem as ‘protegeu’ ou ‘olhou por elas’. Essa tem sido uma das grandes moedas de troca nas contabilidades eleitorais, fonte da sustentação popular de inúmeros governos.⁵¹⁷

De outra banda, o conceito antes referido denota a importância da transparência na formulação e execução de uma política pública, pois, ao indicar as intenções do governo em cada área de atuação e o que está efetivamente sendo realizado, permite à população se posicionar acerca dessa atuação estatal⁵¹⁸. No que se refere à regularização fundiária, a participação popular é fundamental e qualificada, pois a população beneficiária, ao participar da formulação e implantação dos projetos e programas de regularização que compõem a

⁵¹⁶ SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Org). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos* - Tomo 7. Inédito.

⁵¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 19.

⁵¹⁸ SCHMIDT, op. cit..

respectiva política, confere um caráter diferenciado às intervenções a serem realizadas⁵¹⁹, como resultado da interação da sociedade envolvida com o Poder Público.

Assim é possível afirmar que, uma vez decidida a elaboração e a execução de uma política pública de regularização fundiária, por meio deste projeto de participação e controle popular, o Estado fica vinculado à realização daquela nos termos definidos nesse contexto democrático, sendo vedadas, portanto, alterações por administrações posteriores sem a legitimação popular, o que representa uma blindagem à descontinuidade na sua realização e também à exploração política clientelista de que fala Raquel Rolnik. Conforme refere Potyara Pereira,

o termo público, associado à política, não é uma referência exclusiva do Estado, como muitos pensam, mas sim à coisa pública, ou seja, de todos, sob a égide de uma mesma lei e o apoio a uma comunidade de interesses. Portanto, **embora as políticas públicas sejam reguladas e frequentemente providas pelo Estado, elas também englobam preferências, escolhas e decisões privadas podendo (e devendo) ser controladas pelos cidadãos. A política pública expressa, assim, a conversão de decisões privadas em decisões e ações públicas, que afetam a todos**⁵²⁰.
(Grifamos)

É nesse contexto que deve ser apreendida a gestão democrática por meio da participação popular prevista no Estatuto da Cidade (artigo 2º, III) como diretriz a orientar a execução da política urbana para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Feitas essas considerações acerca do enquadramento da regularização fundiária como política pública, cabe verificar se há, no Brasil, uma política voltada à questão da regularização fundiária. Para tanto, é interessante lançar um olhar sobre o tratamento dado à questão no decorrer do tempo.

Conforme reiteradamente sustentado neste trabalho, a desigualdade nas possibilidades de acesso ao solo evidenciou, no Brasil, a segregação sócio-espacial da sociedade brasileira urbana. De fato, esse acesso restrito se apresenta como o principal mecanismo de exclusão social das populações de baixa renda, pois o solo, na cidade provida de serviços,

⁵¹⁹ IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal. *Estudo de Avaliação de Experiência Brasileira sobre Urbanização de Favelas e Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro, 2002. pp. 39 - 41.

⁵²⁰ PEREIRA, Potyara A. *Concepções e propostas de políticas sociais em curso: tendências, perspectivas e conseqüências*. Brasília: NEPPOS/CEAM/UnB, 1994.

equipamentos e infra-estrutura, se tornou inviável para essa parcela da população, que se viu compelida a se instalar em locais distantes e precários, onde suas moradias são auto-produzidas, sem qualquer auxílio do Estado e da sociedade. Este crescente processo de alijamento e desigualdade demonstra a ausência de uma política fundiária no Brasil atrelada às políticas habitacional e urbana em qualquer dos entes da federação. Na verdade, “esta política sempre foi sempre relegada e desconsiderada como parte básica para o início das intervenções em habitação social”.⁵²¹

De acordo com Ermínia Maricato, a política fundiária está no centro da política urbana, de forma que a garantia do acesso ao solo para quem nele mora ou dele necessita é o ponto de partida para qualquer política habitacional. Foi justamente a constatação de que, sem associar a política habitacional ao enfrentamento da questão fundiária, é impossível enfrentar o déficit de habitação, aliada à realidade urbana cada vez mais segregada e deteriorada, que fez surgir, no Brasil, uma preocupação com a regularização fundiária.⁵²²

Esclarece Moreira que, no período subsequente à ditadura militar, “o país ficou mergulhado num processo de desarticulação institucional para reger a política habitacional”, ficando esta à mercê de “uma aliança de interesses políticos clientelistas dos setores do capital de promoção imobiliária como o de construção”. É a partir daí que os estados e municípios começam a exercer um papel maior na formulação da política habitacional. Passa a haver, então, a necessidade de criação de alternativas capazes de implementá-la, bem como de dar uma destinação dos vazios urbanos, além de atender às demandas dos movimentos sociais que reivindicam terra e moradia.⁵²³

Assim, a partir da década de 1980, e apesar do vácuo em termos de política fundiária que havia no país, alguns municípios começaram a caminhar rumo à estruturação de uma política fundiária, realizando ações específicas e utilizando instrumentos urbanísticos capazes de viabilizar um projeto de regularização fundiária, o que foi feito, inicialmente, com base na Lei 6.766/79, ao prever a possibilidade de regularização pelos municípios, justamente para

⁵²¹ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.p. 08

⁵²² MARICATO, Ermínia apud MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.p. 07.

⁵²³ Ibidem, p.08.

que se pudessem desenvolver programas de regularização de favelas no país.⁵²⁴

Este foi o ponto de partida para algumas administrações enfrentarem a informalidade urbana. Assim, em 1983, em Belo Horizonte houve a criação do Pró-favela, o primeiro programa de regularização de assentamentos informais, e, em seguida, foi Recife quem lançou um programa nos mesmos moldes. Conforme Edésio Fernandes, “esses foram dois pilares fundamentais para a história das políticas públicas no processo de regularização do país”, mas cada um desses municípios tinha visões diferentes sobre a regularização fundiária, o que acaba ensejando termos e opções jurídicas muito diversas: no caso de Belo Horizonte, a regularização fundiária representava uma reforma fundiária com redistribuição de renda, ainda que indireta; para Recife, a regularização fundiária era um mero programa de reconhecimento de moradia social.⁵²⁵

De qualquer sorte, após esses casos paradigmáticos, vários municípios lançaram mão de diferentes medidas e ações a fim de romper com o círculo de exclusão caracterizado pela ausência de acesso ao solo urbano pela população de baixa renda, com o objetivo de “garantir juridicamente a continuidade do exercício do direito de moradia à população dos locais já ocupados”, pela transformação da posse em propriedade ou em direito de uso, com a aplicação de instrumentos de regularização fundiária propriamente ditos capazes de “auxiliar os moradores na transição da irregularidade para a regularidade”.⁵²⁶

Em que pese o esforço para a construção de uma política de regularização fundiária, a sua estruturação não é fácil nem simples, conforme adverte Moreira. De fato, “ela está diretamente relacionada com a fragilidade das instituições governamentais, com a rigidez da legislação e sua aplicação, com a falta de articulação entre os Poderes Executivo e Judiciário, bem como a especulação imobiliária”.⁵²⁷ Esta situação é bem apreendida por Rogério Gesta Leal, ao referir que a dívida social herdada do processo de urbanização excludente

tem resultado no progressivo quadro de mazelas e de desatendimento de demandas básicas e urgentes que afloram do tecido comunitário, desde questões atinentes à saúde pública, à segurança, ao trabalho, à habitação, à escola, etc., restando ao Poder

⁵²⁴ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 247.

⁵²⁵ Ibidem.

⁵²⁶ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.p. 09.

⁵²⁷ Ibidem, p. 09.

Público e as elites dominantes silentes e omissas em face de suas obrigações políticas e constitucionais. Falar-se, pois, da função social da cidade no Brasil, em especial a partir da Constituição de 1988, significa reconhecer o custo social do modelo de desenvolvimento imposto à cidadania nacional e, a partir disto, dimensionar as prioridades federais, estaduais e municipais no que tange às políticas públicas de gestão dos interesses efetivamente públicos.⁵²⁸

Somente através do combate à especulação, do desestímulo à concentração imobiliária e à imposição do cumprimento da função social da propriedade, conforme determina a Constituição de 1988, dentre outros pontos a serem enfrentados, é que será possível conceber uma política de regularização fundiária inclusiva.⁵²⁹

Nesse contexto, a promulgação da Constituição de 1988 é o referencial paradigmático que lança as bases para a construção dessa política, o que foi fortalecido pela inclusão do direito à moradia como direito fundamental social em 2000. Todavia, é com o Estatuto da Cidade que surge um novo horizonte para uma política possível de regularização fundiária, pois, além de veicular consistentes instrumentos jurídicos e consolidar outros destinados à regularização fundiária, traz para o âmbito da política urbana os princípios fundantes da Constituição de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, vinculando, mas também apoiando os municípios na promoção da regularização dos assentamentos urbanos informais consolidados como meio de alcançar o mínimo existencial no direito à moradia.

No interregno entre a promulgação da Constituição de 1988 e a edição do Estatuto da Cidade em 2001, não havia uma política de regularização fundiária efetivamente levada a cabo nos municípios brasileiros. De fato, a regularização fundiária era realizada aleatoriamente em algumas cidades e sem uma sistematização política, já que não havia diretrizes, programas e uma ação mais integrada sobre a questão como começa a se apresentar atualmente. Essa situação não impediu, contudo, que municípios tomassem certas medidas em relação à questão dos assentamentos urbanos informais, como é o caso, por exemplo, de Porto Alegre e Diadema, destaques na década de 1990, respectivamente, pela melhor legislação e

⁵²⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 41,42.

⁵²⁹ MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002. p. 10.

repertório de instrumentos de regularização, e pelo melhor fluxograma e integração administrativa.⁵³⁰

O tratamento dispensado à regularização fundiária pelos municípios, nesse ínterim, foi permeado por certa vulnerabilidade, já que não havia instrumentos suficientemente adequados para lidar com a dimensão do problema dos assentamentos urbanos informais; havia insegurança jurídica das iniciativas municipais, além do fato de se utilizar legislação de Direito Privado para solucionar problemas de Direito Público, o que nem sempre se adequava às situações que se apresentavam. Não bastasse, as administrações municipais eram despreparadas para lidar, de forma integrada, com uma questão interdisciplinar como é a da regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais. Por último, cabe destacar que as prefeituras não tinham condições para estabelecer diálogo com outras esferas governamentais - estadual e federal; tampouco havia a cultura de ação conjugada com atores importantes como o Ministério Público, o Poder Judiciário, os Cartórios de Registro de Imóveis e, principalmente, a própria sociedade.⁵³¹

Conforme Edésio Fernandes, o “processo de formulação de respostas públicas ao processo de desenvolvimento informal” se fortaleceu com a promulgação da Constituição de 1988, quando surgiu, segundo o autor, a noção do “direito à regularização”, já que, até então, esta ficava sob o crivo da discricionariedade do Poder Público.⁵³² Assim, a regularização

é um direito das pessoas, direito este que pode ser materializado mesmo contra a vontade do Poder Público. Não estamos mais no âmbito da ação exclusiva e discricionária do Poder Público, uma vez que atualmente existem direitos subjetivos em jogo, o que explica, mais uma vez, a importância de se promoverem programas de regularização sustentáveis, que combinem todas as dimensões já citadas.⁵³³

Com o Estatuto da Cidade, a regularização fundiária é incluída na agenda obrigatória da política de desenvolvimento urbano⁵³⁴, e, com a criação do Ministério das Cidades em 2003,

⁵³⁰ ALFONSIN, Betânia. *A experiência brasileira de Regularização Fundiária*, apresentação em Workshop de Estudos Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=category&id=588>. Acesso em 21 de agosto de 2007.

⁵³¹ Ibidem.

⁵³² FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 247.

⁵³³ Ibidem, p. 250.

⁵³⁴ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 11.

“há um impulso na política de desenvolvimento urbano, onde se inclui a moradia”⁵³⁵. De fato, com os objetivos de minimizar os problemas havidos com o modelo de urbanização brasileira e de colaborar para a sua transformação, o Ministério das Cidades “priorizou o apoio ao planejamento territorial e à política fundiária dos municípios”, criando a Secretaria Nacional de Programas Urbanos (SNPU), que visa, entre suas áreas de atuação, apoiar a elaboração de Planos Diretores, a regularização fundiária e a prevenção e contenção de riscos associados a assentamentos precários.⁵³⁶

De fato, observa Edésio Fernandes que, no Brasil, a regularização jurídica dos assentamentos urbanos informais avançou muito pouco se comparada à regularização urbanística desses locais, de tal sorte que, mesmo entre os municípios que buscaram conjugar a regularização jurídica com a urbanística, muitos não lograram registrar as áreas objeto da regularização. A questão da informalidade urbana, em termos jurídicos,

tem acarretado todo tipo de implicações, mas destaque especial deve ser dado à questão da falta de segurança da posse; sobretudo em países como o Brasil, onde o registro é constitutivo da propriedade, a falta de títulos registrados está criando sérias dificuldades até para arrumar emprego. [...] A insegurança jurídica ocorre desde a falta de um emprego até a falta de acesso ao crédito, passando por diversas outras formas de dificuldades.⁵³⁷

Cumprindo averbar, neste aspecto, que não se trata de equiparar o direito à moradia ao direito de propriedade, pois são esferas que não se confundem, embora tenham pontos de contato importantes. Nesse sentido, o direito de propriedade até pode ser a forma mais adequada de reconhecimento do direito à moradia em determinadas circunstâncias. Todavia, dependendo dos objetivos da regularização fundiária que está sendo levada a cabo, a concretização do direito de propriedade pode não ser o meio mais idôneo⁵³⁸, como, por exemplo, no caso dos assentamentos urbanos em áreas públicas, em que o direito de uso é que efetivamente garantirá a moradia através da segurança da posse.

O que é importante registrar é que a consequência econômica que deriva da insegurança da posse ligada à informalidade urbana é muito mais grave do que aparenta num primeiro momento. Com efeito, a informalidade urbana implica em cidades extremamente

⁵³⁵ <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 248.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 247.

caras, praticamente impossíveis de serem administradas: “são cidades fragmentadas, [...] cidades cujas soluções urbanísticas são infinitamente mais dispendiosas do que as cidades que passam por um processo de regulação”.⁵³⁹ Nessas circunstâncias, a população de baixa renda paga muito caro para viver em condições absolutamente precárias⁵⁴⁰, e esse excedente não reverte para a cidade. De fato,

barracos em favelas são alugados e vendidos por valores assustadores. No valor da venda estão embutidos fatores como localização, proximidade do trabalho e presença das redes sociais que se formam nessas áreas para compensar a ausência de redes públicas de previdência social. No alto custo do metro quadrado em assentamentos informais está embutida, também, a liberdade urbanística, a liberdade de se construir um segundo andar na “laje”, um “puxado”. Isso tem ocorrido historicamente graças ao total descaso do Estado com essas áreas⁵⁴¹.

De acordo com o economista peruano Hernando de Soto, essa enorme parcela da população detém o que ele chama de “capital morto”, aferível em trilhões de dólares, e que, enquanto poderia estar gerando empregos e riqueza, está invisível, morto. Para reverter esse quadro, é necessário “um choque de legalidade”, cujo primeiro passo é dominar profundamente o quadro de informalidade urbana e inventariá-lo. Ocorre que isso normalmente é relegado ao segundo plano, e “soluções” são formuladas sem o conhecimento adequado do problema, seja em sua essência, seja em sua real dimensão. Há que se ter presente que essa parcela da população, embora excluída do âmbito da formalidade, tem suas próprias regras: “o setor informal pode ser anárquico, mas não é caótico”, e isso vem se impondo ao direito oficial.⁵⁴² Para mudar essa lógica, é necessário tornar econômica e legalmente acessível a inserção dessa parcela da população no sistema formal, em que a política de regularização fundiária desempenha um papel fundamental: parafraseando o citado economista, “é uma solução que determina a solução de vários outros problemas”⁵⁴³.

Nesse ponto, é importante destacar que os argumentos acerca da necessidade da regularização fundiária no Brasil variaram muito no decorrer das décadas. Com efeito, na década de 1970, quando surgiu a discussão sobre o assunto, os fundamentos para a realização da regularização fundiária eram preponderantemente morais e religiosos, refletindo o papel da

⁵³⁹ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 244.

⁵⁴⁰ Segundo Edésio Fernandes, foi realizada uma pesquisa em que ficou demonstrado que o metro quadrado do lote produzido informalmente no Brasil é mais caro que o metro quadrado do lote regular produzido nos Estados Unidos. *Ibidem*, p. 245.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 245.

⁵⁴² SOTO, Hernando. Entrevista à Revista Veja, de 14 de março de 2007. “Um choque de ilegalidade”. p. 74.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 75.

Igreja Católica na condução desses processos. Já na década de 1980, os argumentos de peso são sócio-políticos, como reflexo do direito social dos ocupantes como resultado das lutas políticas. Atualmente, um argumento importante que vem sendo veiculado é o elaborado e difundido pelo citado economista Hernando de Soto, que sustenta, basicamente, a inserção dessa parcela da população na economia formal pela regularização fundiária e o aquecimento positivo da economia para todos.⁵⁴⁴

Tendo em vista que, para o êxito de uma política pública de regularização fundiária, é fundamental a apreensão dos aspectos urbanísticos, jurídicos, sociais e econômicos, aquela termina não se concretizando completamente quando um desses pontos é negligenciado ou não é alcançado.⁵⁴⁵ É justamente neste contexto que o governo federal, por meio do Ministério das Cidades, inaugurou, em 2003, uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável, para apoiar, complementar e suplementar a ação das administrações municipais, intervindo mais diretamente nos casos em que os assentamentos a serem regularizados estejam localizados em terras de propriedade da União. Essa política se sustenta sobre quatro estratégias de apoio: jurídica, financeira, urbanística e administrativa institucional.⁵⁴⁶

A Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável é levada a cabo pela SNPU, e tem como objetivo primordial estancar o processo de desenvolvimento informal do país e reverter a precariedade dos assentamentos urbanos informais, caracterizados, segundo o Ministério das Cidades, pela “informalidade e ilegalidade fundiária; precárias condições de habitabilidade; precariedade de acesso à infra-estrutura, equipamentos e serviços urbanos; riscos de vida associados a escorregamentos, inundações, contaminação do subsolo, etc”.⁵⁴⁷

Nesse contexto, a SNPU tem como objetivo apoiar os municípios na implementação do Estatuto da Cidade, com vistas a ampliar o acesso da população de baixa renda à terra urbana legalizada e urbanizada, e, assim, promover o reconhecimento do direito à moradia, agregado

⁵⁴⁴ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 249.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 248.

⁵⁴⁶ http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularização-fundiária/materiais-de-capacitação/apresentações/programa_nacional_apoio_à_regularização_fundiária_sustentável. Acesso em 03 de outubro de 2008.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

à preservação ambiental, à qualidade de vida e à preservação dos recursos naturais. Para tanto, a SNPU busca “promover a integração, em todos os níveis de governo, de programas de regularização (urbanização e legalização) com políticas incluídas de planejamento urbano”, tendo como missão o estímulo, a articulação e o apoio para um conjunto coordenado de parceiros, com o desenvolvimento “de processos participativos e democráticos, contribuindo para a organização humanizada do espaço urbano, ampliando o acesso sustentável à terra urbanizada e transformando a cultura de exclusão territorial das cidades brasileiras”.⁵⁴⁸

Nesse sentido, o Programa Papel Passado concretiza a atuação da referida Política Nacional e contribui para transformar a política de regularização fundiária em um efetivo instrumento para a garantia do mínimo existencial no direito à moradia daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais, resgatando a dignidade dessas pessoas, na medida em que busca “melhorar as condições de habitabilidade de assentamentos urbanos precários, reduzir riscos mediante sua urbanização e regularização fundiária, integrando-o ao tecido urbano da cidade”. De fato, este programa serve como ação de apoio à regularização fundiária sustentável, para viabilizar a implementação de projetos de regularização urbanística, ambiental e jurídico-legal de assentamentos urbanos informais em estados, municípios e DF. Com este programa, 15.904 famílias já haviam sido beneficiadas até dezembro de 2004, conforme informa o Ministério das Cidades, e, até o início de 2006, foi iniciado o processo de regularização fundiária em 644 assentamentos, localizados em 147 municípios.⁵⁴⁹

Do exposto, é possível afirmar que, embora o ambiente ainda seja de muitas dúvidas e imprecisões, principalmente pela ausência de dados concretos sobre a informalidade no país, e os resultados práticos ainda sejam tímidos, já foram dados os primeiros passos para uma política nacional de apoio à regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais com vistas à efetivação do direito humano fundamental social à moradia minimamente digna. Cumpre ressaltar que a natureza da política que está sendo desenvolvida pela SNPU é de apoio, pois, conforme será tratado no próximo tópico, o governo federal não tem competência

⁵⁴⁸<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/materiais-de-capacitacao/apresentacoes/programanacionalapoioaregularizacaofundiariasustentavel>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

⁵⁴⁹<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/progrmas/programa-urbanizacao-regularizacao-e-integracao-de-assentamentos-precarios/acao-de-apoio-a-programas-de-regularizacao-sustentavel-programa-papel-passado/apoio-a-projetos-de-regularizacao-fundiaria-sustentavel-de-assentamentos-informais-em-areas-urbanas-programa-papel-passado>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

para agir diretamente na questão da execução da política urbana, onde está inserida a política de regularização fundiária, cuja competência é, primordialmente, dos municípios.

Assim, a regularização fundiária, como política pública de inclusão social que se constitui em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam solucionar as questões atinentes aos assentamentos urbanos informais, deve manejar, de forma integrada, as perspectivas econômica, social, urbanística e jurídica. Essa compreensão é a base para a formulação, implementação e avaliação dos programas de regularização.⁵⁵⁰ Nesse sentido, a participação de todos os entes federados, respeitadas as competências, é crucial, principalmente em face da abrangência e da interdisciplinaridade que caracterizam a elaboração e a execução dessa política pública. Nesse sentido, o próximo tópico tratará da competência federativa na regularização fundiária urbana.

3.3.2 A competência federativa na regularização fundiária urbana: a predominância do interesse local para a sua efetivação.

A Constituição de 1988, ao caracterizar o Brasil como uma república federativa, define os deveres e obrigações de cada um de seus entes, com vistas à realização dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Para tanto, a cada ente compete implementar, conjunta e separadamente, políticas públicas que atendam os princípios fundantes da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pela realização de objetivos fundamentais, como a justiça social, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.⁵⁵¹ De fato,

o desenvolvimento na cidade somente poderá ser considerado sustentável se estiver voltado para a eliminação da pobreza e redução das desigualdades sociais, devendo, para tanto, adotarem-se políticas que priorizem os segmentos pobres da população. Do contrário, estará ela em pleno conflito com as normas constitucionais, com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável.⁵⁵²

Para a efetivação da realização das políticas públicas, foi adotado o critério da predominância do interesse na repartição de competências administrativas e legislativas,

⁵⁵⁰ INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 20.

⁵⁵¹ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 77

⁵⁵² LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 164.

cabendo à União as matérias e assuntos predominantemente de interesse nacional e internacional, aos Estados as de interesse regional, e aos Municípios a competência no que se refere aos assuntos de interesse local.⁵⁵³

Assim, no artigo 23, a Constituição estabelece as matérias de competência comum de todos os entes da federação, que têm “a função de promover políticas públicas e ações sobre uma matéria no mesmo nível de igualdade, sem que o exercício dessa competência por parte de uma dessas entidades venha a excluir a competência de outra, podendo ser exercida cumulativamente”⁵⁵⁴. É o princípio da cooperação que norteará a integração das três esferas da Federação na realização das tarefas que lhes são comuns.⁵⁵⁵

O inciso IX do referido dispositivo constitucional preconiza que é de competência comum da União, dos Estados, DF e Municípios a promoção de programas que visem proporcionar e melhorar as condições de moradia, conferindo a essas entidades federadas a missão de promover políticas e ações de forma integrada, em que todos os entes referidos são responsáveis. Nessa esteira, a Lei 11.481/07, além de estabelecer a possibilidade de a União realizar convênios com os estados, DF e municípios em que estejam situados seus bens onde serão regularizados assentamentos informais de baixa renda, também dispõe, no artigo 22, que os estados, DF e municípios, nas regularizações fundiárias de interesse social promovidas nos imóveis de sua propriedade poderão aplicar, no que couber, a demarcação de que tratam os artigos 18-B a 18-F do Decreto-Lei n. 9.760/46.

A respeito do referido artigo 23, inciso IX, da Constituição de 1988, Nelson Saule Junior sustenta que

essa norma emite a obrigação das entidades federativas implementarem uma política habitacional voltada a atender aos grupos sociais marginalizados e excluídos do mercado habitacional, mediante a realização de programas de habitação de interesse social como, por exemplo, o de urbanização e regularização fundiária de loteamentos populares, favelas e demais assentamentos informais ocupados por estes grupos sociais.⁵⁵⁶

⁵⁵³ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: SAFE, 1999.p. 78.

⁵⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵⁵ Idem. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 187.

⁵⁵⁶ Ibidem, p. 198.

Refere, ainda, o mencionado autor que desta obrigação resulta o dever dos entes federativos em criar organismos e instrumentos para a política de desenvolvimento urbano.

Conforme visto, a União, através da criação do Ministério das Cidades, mais precisamente com a SNPU, deu início ao cumprimento de sua obrigação e estabeleceu programas contemplados numa política de apoio à regularização fundiária urbana de assentamentos urbanos informais em prol do direito à moradia digna.

O artigo 24 da Constituição estabelece a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre direito urbanístico, e o artigo 25 atribui aos Estados a competência legislativa para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, compostas de municípios limítrofes, para que integrem a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, o que, para se tornar eficaz depende de um sistema de gestão política que compatibilize os interesses diferenciados na execução das políticas públicas por parte do Estado e dos Municípios.⁵⁵⁷

No que se refere à temática da regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, a atenção volta-se, essencialmente, ao município, porquanto é o ente competente para a execução da política urbana, conforme reza o artigo 182 da Constituição de 1988, o que deve ser feito de acordo com as diretrizes gerais fixadas em lei. Conforme se verifica, a Constituição deixa clara a predominância do interesse local para a realização da política de desenvolvimento urbano, a ser levada a cabo em conformidade com as diretrizes gerais determinadas pela União no exercício de sua competência concorrente prevista no artigo 22 constitucional. Aos municípios compete suplementar a legislação federal (e também a estadual), tendo competência para legislar sobre determinado assunto de interesse local na ausência de lei federal ou estadual sobre a questão. Foi esta competência suplementar combinada à competência exclusiva do município, prevista no artigo 30, II, da Constituição, que permitiu aos municípios legislarem sobre a política de desenvolvimento urbano enquanto não fosse editado o Estatuto da Cidade.

De fato, se não houvesse essa possibilidade todo sistema perderia sentido, posto que a política de desenvolvimento urbano, cujo cerne é a realização de condições para uma vida

⁵⁵⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 78.

condigna na cidade, deve ser informada pelos princípios constitucionais fundantes e pelos objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Se não fosse possível aos municípios legislar e atuar na ausência do Estatuto da Cidade, se estaria diante de uma situação absurda em que a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, dever do Estado e também da sociedade, ficaria submetida à existência de uma legislação ordinária.

Realmente, em face do lapso temporal havido desde a promulgação da Constituição, em 1988, e o advento da lei à qual se refere o artigo 182, em 2001, com a edição do Estatuto da Cidade, os municípios ficaram durante treze anos carentes dessas diretrizes gerais, o que já foi tratado neste trabalho. O que se quer ressaltar, neste ponto, é que a ausência dessa legislação federal nesse interregno não eximiu os municípios da realização da política pública de desenvolvimento urbano nos moldes dos princípios e objetivos fundamentais insertos nos artigos 1º e 3º, respectivamente, da Constituição de 1988. Nesse sentido, embora o Estatuto da Cidade traga as diretrizes que densificam aqueles princípios no que se refere à questão do direito à cidade e à moradia, antes de sua edição, uma política urbana neste sentido já era de execução obrigatória por esses entes.

Nesse diapasão,

a política de desenvolvimento urbano, que não tiver como prioridade atender as necessidades essenciais da população pobre das cidades, estará em pleno conflito com as normas constitucionais norteadoras da política urbana, com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em especial com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável.⁵⁵⁸

Logo, o desenvolvimento urbano tem como elemento condicionante de sua realização a pessoa humana, que é o seu sujeito central.⁵⁵⁹ Assim, a política urbana, seja antes da edição do Estatuto da Cidade, seja após a promulgação deste, que não contemple em seu bojo a pessoa humana, tendo como finalidade a concretização do seu direito às condições de uma vida digna na cidade, estará, francamente, aviltando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático brasileiro.

⁵⁵⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 69.

⁵⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 164.

Assim, embora a ordem jurídica que se estabelece com o advento do Estatuto da Cidade forneça inequívoco suporte à ação municipal voltada ao combate das graves questões urbanas, sociais e ambientais que afetam não só as vidas daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais, mas também as de todos os habitantes das cidades brasileiras, o município sempre esteve obrigado à realização de uma política de desenvolvimento urbano includente, na qual a regularização fundiária se mostra imprescindível.

De outra banda, a preponderância do interesse local e a competência direta do Município na execução da política de desenvolvimento urbano nos termos expostos não implica na redução, e muito menos na isenção das responsabilidades da União e os dos Estados, seja em função da competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, seja em face dos deveres decorrentes da competência comum.⁵⁶⁰

De acordo com José Afonso da Silva, “as normas urbanísticas municipais são as mais características, porque é no Município que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica”. Por isso, ensina o eminente constitucionalista que aos Estados resta quase nada em matéria urbanística, de forma que a atuação destes entes se restringe à “sistematização geral do território estadual em caráter quase que puramente indicativo”.⁵⁶¹

Ao reconhecer

o papel fundamental dos municípios na formulação de diretrizes de planejamento urbano e na condução do processo de gestão das cidades, o Estatuto da Cidade não só consolidou o espaço da competência jurídica e da ação política municipal aberto pela Constituição de 1988, como também o ampliou sobremaneira, especialmente na questão da regularização fundiária.⁵⁶²

Assim, a implementação dos padrões mínimos referenciais na ordem internacional para uma moradia adequada são determinados no contexto regional e local, que é onde se poderá melhor avaliar a manifestação concreta desses critérios e as condições para o seu atendimento. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade oferece um leque de alternativas plausíveis para esse fim, especialmente pelo estabelecimento de algumas diretrizes e regras de âmbito nacional que

⁵⁶⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 105.

⁵⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 26.

⁵⁶² INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.p. 23.

privilegiam a esfera local para sua promoção.⁵⁶³ Em se tratando de assentamentos urbanos informais, esse aspecto é de extrema relevância, porquanto cada situação de informalidade comporta um tratamento diferenciado, o que só é possível de ser analisado e levado a cabo em nível local, o que será sempre informado pelos ditames constitucionais expressos nas diretrizes postas no Estatuto da Cidade, tendo como parâmetros os padrões internacionalmente estabelecidos para uma moradia digna.

Este importante instrumento legislativo “respalda constitucionalmente a função social da cidade e a sua sustentabilidade, não tendo definido melhor o que isto significa para cada município para que eles se tornem alternativas concretas de futuro para as novas gerações”.⁵⁶⁴ No Plano Diretor serão determinadas as disposições referentes à política de desenvolvimento e à gestão urbana no Município, cujos objetivos consistem em ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Com efeito,

o plano diretor, para ser um instrumento eficaz destinado a tornar efetivo esses direitos, tem como pressuposto que suas normas estão em plena consonância com a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito, bem como aos princípios da soberania popular (democracia direta, participação popular), da igualdade, do desenvolvimento sustentável, das funções sociais da cidade, da função social da propriedade.⁵⁶⁵

É o Plano Diretor que estabelecerá os critérios para os Municípios utilizarem os instrumentos trazidos pelo Estatuto da Cidade, definindo as metas e as diretrizes da política urbana, os critérios de aferição do cumprimento da função social da propriedade e as normas condicionadoras do exercício do direito da propriedade. Com isso, visa-se ao cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, a fim de garantir a moradia a quem necessita.⁵⁶⁶ Nessa esteira, os instrumentos viabilizadores da regularização fundiária bem como os de regularização fundiária propriamente ditos devem estar previstos juntamente com as diretrizes

⁵⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003. p. 214.

⁵⁶⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 83.

⁵⁶⁵ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 230.

⁵⁶⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001.p. 43.

estabelecidas para o desenvolvimento de uma política de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais.⁵⁶⁷

O Plano Diretor é, portanto, peça fundamental no exercício da competência municipal de execução de política de desenvolvimento urbano e se encontra “inserto num cenário maior – nos termos do 29, XII – que é o planejamento Municipal, ato político e jurídico complexo que conta com a participação social, através de suas associações representativas”.⁵⁶⁸ Conforme a Resolução n. 34, de 2005, do Conselho das Cidades, o seu objetivo fundamental “é definir o conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana, de forma a garantir o acesso à terra urbanizada e regularizada, o direito à moradia, ao saneamento básico, aos serviços urbanos a todos os cidadãos, e implementar uma gestão democrática e participativa”.

Será obrigatório, nos termos dos artigos 182, § 1º, da Constituição e 41, I, do Estatuto, para os Municípios que contam com mais de vinte mil habitantes. E, nos termos dos II, III, IV e V deste dispositivo legal, também é obrigatório nas seguintes hipóteses: cidades que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; cidades em que o Poder Público municipal pretende utilizar os instrumentos de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para reforma urbana; cidades que integram áreas de especial interesse turístico; e, finalmente, cidades que estão inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

A lei do Plano Diretor, que será discutida e aprovada pela Câmara Municipal e sancionada pelo prefeito de cada Município, é o resultado, formalizado em lei municipal, do pacto firmado entre a sociedade e os poderes Executivo e Legislativo diante da garantia de participação da população no processo de sua elaboração bem como na fiscalização de sua implementação.⁵⁶⁹ Na medida em que a elaboração do Plano Diretor deve refletir a realidade da cidade em todos seus aspectos (jurídico, ambiental, físico, territorial, social, político, econômico), somente através da participação daqueles que vivem na cidade é que será possível apreender a realidade urbana que deve ser melhorada. A esse respeito, constam na

⁵⁶⁷ Ibidem, p. 43.

⁵⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 89.

⁵⁶⁹ FREITAS, José Carlos de. *Plano Diretor como Instrumento da Política Urbana*. Disponível em: http://www.mpdf.gov.br/Orgaos/PromoJ?Prourb?pl_dir_instr_pol_urb_.htm. Acesso em 05 de abril de 2005.

Resolução n. 25 do Conselho das Cidades, no seu artigo 4º, os requisitos que devem ser observados pelos municípios para a efetiva participação no processo de elaboração do Plano Diretor. De fato,

o princípio da participação popular tem como elemento, para identificar o cumprimento do exercício do direito à igualdade, pois não pode haver exclusão interesse da coletividade. Portanto, os grupos sociais marginalizados têm que ser reconhecidos e incorporados pelos sistemas de gestão e controle de políticas públicas criados com fundamento nesse princípio constitucional.⁵⁷⁰

Para que haja uma real melhora nas condições de vida urbana, impõe o Estatuto que o Plano Diretor tenha um conteúdo mínimo, o que é elucidado na referida Resolução 34 do Conselho das Cidades, ao esmiuçar, no seu artigo 1º, em que consiste este conteúdo mínimo. No restante, cada Plano respeitará as especificidades locais, ratificando a competência municipal para sua elaboração e implementação⁵⁷¹, o que, aliás, está expresso na mesma Resolução, ao estabelecer que aquele “deve conter conteúdos diferenciados, de forma a respeitar o porte do município, sua história e a região onde se insere”. Com efeito,

a União Federal ou os Estados federados não podem enclausurar os Municípios com legislação nacional sobre questões cuja competência lhes é reconhecida somente em caráter geral, eis que, no caso sob comento, cabe a eles tão-somente informar as diretrizes que devem nortear as ações necessárias para a busca do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.⁵⁷²

Além disso, como parte integrante que é do processo de planejamento municipal, o Plano Diretor encontra-se vinculado ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, “no intento de incorporar as diretrizes e as prioridades neles contidas, ao mesmo tempo que os vincula ao plano também”.⁵⁷³

Por fim, mas sem esgotar a rica temática acerca do Plano Diretor, é importante ressaltar que os princípios constitucionais sedimentados no Estatuto da Cidade no que se refere ao desenvolvimento de uma política urbana voltada ao cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, para assegurar o direito à moradia digna, devem ser observados por todos os municípios, inclusive por aqueles que não têm obrigatoriedade na elaboração do

⁵⁷⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 246.

⁵⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 62.

⁵⁷² LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 88.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 104.

Plano Diretor. Ainda que este seja o instrumento básico fundamental no estabelecimento dos critérios da política urbana de um município, ele não é o único meio, pois “as normas municipais dirigentes sobre a política urbana deverão ser instituídas nas Leis Orgânicas Municipais”⁵⁷⁴, que deverão, fundamentalmente, “conferir um caráter social à propriedade, sendo o plano diretor apenas o mecanismo mais sistematizado e eficiente, por estar sujeito a inúmeros requisitos de validade e diretrizes norteadoras”.⁵⁷⁵

Dessa forma, compete ao município, fundamentalmente, a realização da política urbana destinada à concretização dos fundamentos e objetivos constitucionais. Nesse contexto, a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais impõe-se como dever a ser cumprido por esses entes federados, sempre apoiados pela União e pelos Estados, todos vinculados ao projeto constitucional voltado à realização da dignidade. A fim de analisar, mais concretamente, a política de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como forma de resgatar a dignidade do ser humano através da promoção do direito a uma moradia minimamente digna, o último ponto desta dissertação se destinará a analisar essa política no âmbito do município de Porto Alegre.

3.4 A política de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais na cidade de Porto Alegre.

Porto Alegre⁵⁷⁶ é uma das capitais de destaque no que se refere ao tratamento dispensado à política pública de regularização fundiária como forma de garantir o direito à moradia nos assentamentos urbanos informais, integrando à cidade a respectiva parcela da população habitante desses locais. De fato, o instrumento do Orçamento Participativo e a gestão democrática são características que fazem a cidade de Porto Alegre nacionalmente conhecida, além do pioneirismo na previsão de instrumentos relevantes à realização dessa política, tal como o Projeto More Legal.

Nesse contexto, este ponto explora, ainda que dentro das já referidas limitações físicas deste trabalho, a política de regularização fundiária nesta cidade, a partir do seu surgimento,

⁵⁷⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 299.

⁵⁷⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 171.

⁵⁷⁶ População, conforme Censo do IBGE – 2007: 1.420.667. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/cidades>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

em meio à evolução legislativa e à estruturação administrativa, para, ao fim, analisar um exemplo de regularização fundiária considerado reflexo da política perpetrada pelo município.

3.4.1 Breve histórico do tratamento da regularização fundiária no contexto da política urbana de Porto Alegre

Porto Alegre, a exemplo das demais capitais brasileiras, não ficou alheia aos efeitos nefastos decorrentes do modelo de urbanização ocorrido no Brasil. Com efeito, o problema da informalidade urbana é latente, e vem demandando esforços da administração municipal há quase vinte anos na tentativa incessante de buscar reverter esses efeitos, notadamente no que diz respeito ao direito a uma moradia condigna da população de baixa renda que habita os assentamentos urbanos informais.

De fato, conforme informa Betania Alfonsin, na política urbana e habitacional desenvolvida por Porto Alegre durante praticamente todo o século XX, a regularização fundiária não figurou entre os ciclos de estratégias adotadas para enfrentar as áreas ocupadas por moradias das famílias de baixa renda. Somente no final da década de 1980 é que se passou a estruturar uma política de regularização fundiária, conforme se vê do quadro abaixo, organizado pela citada autora:⁵⁷⁷

POSTURAS e/ou ESTRATÉGIAS	PERÍODO
Absoluta invisibilidade/ Invisibilização da moradia de baixa renda	Período Imperial e Republicano até 1914
Expulsão Aliança Sanitarismo/Política Fiscal	1915 a 1928
A ambigüidade: Provisão privada de lotes e moradias na NÃO CIDADE	Década de 30
A transição: Da provisão privada à pública	Década de 40
Direito à moradia: 40 anos de (des)provisão pública de lotes e moradias pelo Governo Federal	1950 -1988
Reconhecimento do Direito à cidade, à cidadania e à diferença: Regularização Fundiária	1989 – HOJE

⁵⁷⁷ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 249.

Nesse contexto, o nascimento da política de regularização fundiária em Porto Alegre coincide com a abertura democrática havida com a Constituição de 1988, aliado a três aspectos ligados particularmente à capital rio-grandense: uma forte mobilização dos movimentos sociais para uma gestão democrática da cidade e de acesso à terra urbana; a eleição do Partido dos Trabalhadores que se encontrava em total sintonia com os anseios desses movimentos sociais; e, por fim, a elaboração da Lei Orgânica de Porto Alegre, permeada por dispositivos que evidenciavam o espírito do seu processo de elaboração preocupado com uma reforma urbana includente, a partir dos movimentos sociais, resultando numa legislação de política urbana de vanguarda em relação às demais Leis Orgânicas brasileiras.⁵⁷⁸

Assim, a política urbana que passa a ser construída em Porto Alegre a partir deste novo cenário democrático e seriamente preocupado com a justiça social rompe, claramente, com as políticas municipais que até então eram realizadas em total consonância com a política centralizadora do governo federal durante o período ditatorial. Com efeito,

de 1964 até meados da década de 80, os militares atuaram nas cidades através de dois braços: por um lado, sob o lema *Remover para promover*, desenvolveram nacionalmente uma política urbana desenvolvimentista e legitimadora das intervenções públicas de expulsão de favelas das áreas centrais para as periferias das cidades; por outro lado, a política habitacional tratava de edificar nessa mesma periferia, com recursos do BNH, os conjuntos habitacionais que abrigariam a forma de segregação socioespacial que seria consagrada pelo arranjo político da ditadura.⁵⁷⁹

A população de Porto Alegre no início da década de 1970 crescia 4% ao ano; a de “favelados”, 7% ao ano, e era na vila Restinga Velha que eram “despejados” aqueles que a cidade não conseguia acolher.⁵⁸⁰ Nessa esteira, o Plano Diretor de Porto Alegre de 1979 - Lei Complementar 43/79 não incluiu instrumentos de regularização fundiária, com exceção das AFRUS (Áreas Funcionais de Recuperação Urbana), definidas como aquelas áreas objeto de planos e programas específicos de renovação e recuperação urbanística, onde se incluíam núcleos habitacionais necessitados de infra-estrutura e equipamentos urbanos, e também aqueles decorrentes de parcelamento clandestino e irregular sem equipamentos urbanos; núcleos deteriorados de sub-habitação, e, por fim, áreas de densidade populacional rarefeita

⁵⁷⁸ ALFONSIN, Betânia. Urbanizador Social: emergência de um novo paradigma para a democratização do acesso à terra em Porto Alegre. In: *Do urbanizador social: da informalidade à parceria*. ____ Porto Alegre: Livraria do Arquiteto, 2006. p. 31.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 32.

⁵⁸⁰ Revista REALIDADE. Rio de Janeiro: Editora Abril. Maio de 1972 – Ano VII – N. 74. p. 66.

ou excessiva. Na prática, contudo, quase nenhum assentamento foi beneficiado pelas AFRU. Estas, de fato, foram substituídas pelas AEIS, em consonância com a Lei Orgânica que já havia indicado as AEIS como instrumento de reforma urbana.⁵⁸¹

É a partir do reconhecimento do direito humano à moradia e do direito à cidade que a nova administração municipal de Porto Alegre inicia sua estratégia para uma política urbana totalmente diferenciada, revolucionando a política até então praticada, na medida em que rejeita o modelo de expulsão da população de baixa renda para a periferia e funda um programa de regularização fundiária: “ao invés de remoção de favelas, o governo passa a investir na qualificação do espaço ocupado por esses assentamentos, mediante intervenções de urbanização combinados a processos jurídicos de titulação de posses”.⁵⁸²

Para além da mera regularização jurídica, esse processo inédito de política urbana adotou uma abordagem abrangente de regularização fundiária, integrando várias dimensões dessa política: jurídica, urbanística e social, e foi justamente esse tipo de intervenção integrada que a população encontrou quando pleiteava sua aplicação via Orçamento Participativo. Para tanto, foram adotados três instrumentos jurídicos e urbanísticos: a concessão de direito real de uso, para regularizar favelas em áreas públicas; a usucapião urbana para fins de moradia, para regularizar favelas em áreas privadas; e AEIS para a regularização urbanística das favelas.⁵⁸³

Do ponto de vista legislativo, a regularização fundiária, no contexto da política urbana, em Porto Alegre, como meio para a realização do direito à moradia nos assentamentos urbanos informais, encontra fundamento já na Constituição Estadual, mais exatamente no artigo 174, ao estabelecer que Estado e municípios estão obrigados a realizar programas para facilitar o acesso da população à moradia, destacando a regularização fundiária como política a ser desenvolvida para tal fim. No capítulo destinado à política urbana, coloca a melhoria da qualidade de vida nas cidades como o primeiro ponto da política urbana, seguido, dentre outros, da realização da função social da propriedade urbana e a inclusão da população de baixa renda excluída dos benefícios dos serviços e infra-estrutura públicos, e determina a

⁵⁸¹ ALFONSIN, Betânia. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. RJ: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR: FASE, 1997. p.137.

⁵⁸² Ibidem, p. 31.

⁵⁸³ Idem. Urbanizador Social: emergência de um novo paradigma para a democratização do acesso à terra em Porto Alegre. In: *Do urbanizador social: da informalidade à parceria*. _____ Porto Alegre: Livraria do Arquiteto, 2006. p. 31.

elaboração de diretrizes pelos municípios para a garantia do cumprimento da função social da cidade e também da propriedade.⁵⁸⁴

A Lei Orgânica de 1990 é considerada uma das mais avançadas em matéria de desenvolvimento urbano no Brasil, universalizando o acesso de todo cidadão às condições básicas da vida na cidade pelo cumprimento do princípio da função social da cidade (artigo 201, § 1º). Definiu, ademais, que o desenvolvimento urbano se caracteriza pelo atendimento das necessidades básicas da população, que deve ter assegurada sua participação no processo de planejamento, e pela promoção da democratização da ocupação, uso e posse do solo, ordenando o uso do solo em conformidade com a função social da propriedade (artigo 201, § 3º e incisos). Observa Betânia Alfonsin que essas diretrizes do desenvolvimento urbano “dão ampla abertura à formação de um programa de regularização fundiária”, na medida em que pressupõem o reconhecimento do cenário de exclusão sócio-espacial em virtude da concentração e acumulação de terras em mãos privadas.⁵⁸⁵

Além disso, refere, expressamente, no artigo 208, incisos I e II, que as diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano devem assegurar a urbanização, a regularização e a titulação das áreas faveladas e de baixa renda sem remoção de moradores, exceto em situação de risco de vida ou à saúde, ou em caso de excedentes populacionais que não permitam condições dignas à existência, quando poderão ser transferidos, mediante prévia consulta às populações atingidas, para área próxima, em local onde o acesso a equipamentos e serviços não sofra prejuízo no reassentamento em relação à área ocupada originariamente. Da mesma forma, deve ser assegurada a regularização dos loteamentos irregulares, clandestinos, abandonados e não-titulados. Segundo Betânia Alfonsin, essa previsão

foi fundamental para uma radical mudança de perspectiva na condução da política habitacional do Município. Eles de fato legitimavam que o município enfrentasse a questão das favelas e assentamentos autoproduzidos, reconhecendo não apenas o direito de moradia da população neles residente, mas igualmente o "direito à cidade" desta mesma população, já que a previsão é de "regularização e titulação das áreas faveladas sem remoção dos moradores, exceto em situação de risco de vida ou à saúde [...]".⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ ALFONSIN, Betânia. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. RJ: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR: FASE, 1997. p. 122.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁸⁶ *Idem*. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 251.

A Lei Orgânica determina, ainda, que o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, peça fundamental da gestão do Município, tem por objetivo definir diretrizes para a execução de programas que visem à redução da segregação das funções urbanas e ao acesso da população ao solo, à habitação e aos serviços públicos (artigo 212), e será elaborado conjuntamente pelo Poder Executivo, representado por seus órgãos técnicos, pelo Poder Legislativo e pela população organizada a partir das regiões e das entidades gerais da sociedade civil do Município (artigo 215).

Também instituiu banco de terra destinado a atender às necessidades urbanas e habitacionais, formado por terrenos pertencentes ao Município e acrescidos progressivamente de áreas adquiridas em conformidade com um programa de municipalização de terras, mediante permutas, transferências, compras e desapropriações (artigo 217), e determinou que as populações moradoras de áreas não regularizadas têm direito ao atendimento dos serviços públicos municipais (artigo 218).

No artigo 232, prevê que, nas ações coletivas e individuais de usucapião urbano, com fins de regularização fundiária, o Município propiciará aos pretendentes formas de apoio técnico e jurídico necessário, e, no ato das disposições transitórias, faz previsão acerca da Concessão de Direito Real de Uso.

Do exposto, se verifica que a Lei Orgânica de Porto Alegre, muito antes da edição do Estatuto da Cidade, já previa diretrizes e plasmava os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, com vistas a erradicar as desigualdades e propiciar a todos, indiscriminadamente, o direito à cidade.

Da legislação complementar e ordinária decorrente deste novo quadro político e normativo que diz respeito à regularização fundiária, é importante destacar a Lei Complementar 140/86, referente à regularização administrativa de parcelamentos do solo anteriores à promulgação da Lei 6.766/79, a qual, por sua vez, regulamentou o parcelamento do solo para fins urbanos no Brasil. Também as Leis Complementares 242/91 e 251/91, que disciplinam a Concessão do Direito Real de Uso aos ocupantes de áreas de propriedade municipal, que era prevista nas disposições transitórias da Lei Orgânica e foi de grande importância para a política de regularização fundiária em Porto Alegre. A Lei 7.433/94, por seu turno, criou a Assistência Jurídica Municipal junto à Procuradoria Geral do Município,

viabilizando sobremaneira o acesso da população de baixa renda aos procedimentos de regularização fundiária, além de ser um importante instrumento de informação e orientação. A Lei Complementar 338/95 – instituiu as Áreas Especiais de Interesse Social – AEIS, emendando o Plano Diretor, para incluir a possibilidade de sua instituição para facilitar a regularização urbanística e a manutenção de populações moradoras de áreas irregularmente ocupadas para fins de moradia no Município.

Na seara administrativa, a Prefeitura Municipal de Porto Alegre iniciou sua estruturação voltada à regularização fundiária com o Programa de Regularização Fundiária, em 1990, para trabalhar com os instrumentos então disponíveis: concessão de direito real de uso, ações de usucapião e AEIS. Este Programa foi, num primeiro momento, estruturado na Secretaria do Planejamento, para depois ser vinculado ao Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB, e, desde uma perspectiva interdisciplinar, tinha como objetivo atender as demandas de regularização apresentadas pela população à Prefeitura, através dos Fóruns do Orçamento Participativo, a partir da ordem jurídica estabelecida com a Lei Orgânica, “que incorporou à ‘ordem urbanística’ da cidade instrumentos imprescindíveis ao êxito de uma intervenção pública tendente à Regularização Fundiária”.⁵⁸⁷

A Vila Planetário, localizada na área central da cidade, nas proximidades da Avenida Ipiranga, foi uma das primeiras áreas de intervenção deste Programa, e tornou-se um paradigma no município, na medida em que viabilizou a permanência da população naquela área, garantindo não só a posse, pela outorga da concessão de direito real de uso, mas também realizando melhorias urbanísticas na área, já que não possuía qualquer infra-estrutura. Foi pelo processo do Orçamento Participativo, em 1990, que a comunidade conquistou os recursos para tanto. Todavia, após ser dado início às melhorias urbanísticas, um vereador que já tinha sido prefeito da cidade no período militar demandou, judicialmente, a paralisação das obras, sob o pretexto de que “pobre não pode morar no centro”, de forma que o terreno deveria ser vendido e com os recursos da venda aquela comunidade deveria ser levada para a periferia, obtendo liminar nesse sentido. A Prefeitura, no entanto, logrou caçá-la, dando continuidade ao projeto que, em um ano, concluiu a obra, e 90 famílias assinaram contrato administrativo de concessão do direito real de uso. Com efeito,

⁵⁸⁷ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 252.

muitas outras áreas, especialmente na área central, foram também regularizadas e totalmente urbanizadas em um processo de afirmação do direito à moradia, do direito à cidade e do direito à centralidade para as famílias pobres que já tinham estabelecido moradia na região, muitas vezes havia décadas. A política de regularização fundiária assumida, portanto, rompia com os ciclos anteriores em que a estratégia da política habitacional era marcada pela EXPULSÃO dos pobres da área central.⁵⁸⁸

Para a regularização de loteamentos, a estrutura foi montada informalmente na Unidade de Parcelamento do Solo e Detalhamento da Secretaria de Planejamento Municipal, chamada de Equipe de Coordenação das Regularizações, com pouco apoio institucional, provocada, normalmente, a partir de denúncias da existência de parcelamentos clandestinos ou irregulares. Não se tratava, conforme Betânia Alfonsin, de um programa de regularização propriamente dito, mas sim de “uma rotina administrativa de identificação, abertura de processos e encaminhamentos para regularização de loteamentos sem qualquer prioridade”.

589

Assim, embora a estruturação administrativa não tenha sido a mais completa e eficaz, apesar do avanço na legislação como reflexo do reconhecimento da realidade urbana a partir da abertura democrática, é inegável que se configurou um importante marco na construção de uma política de regularização fundiária destinada à concretização do direito à moradia minimamente digna nos assentamentos urbanos informais. Veremos, a seguir, como se encontra a legislação atual de Porto Alegre no que se refere à regularização fundiária, tendo como marco o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de 1999, bem como a maneira em que se estrutura a administração municipal para a realização desta política pública no marco de uma política urbana preocupada com a questão habitacional.

3.4.2 Regularização fundiária em Porto Alegre: situação atual.

A sanção do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA), em 1º de dezembro de 1999, reflete o amadurecimento da cidade de Porto Alegre em termos de planejamento urbano, notadamente no que se refere à forma democrática a que foi submetida a avaliação da legislação urbanística, que contou com uma satisfatória participação popular

⁵⁸⁸ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 253.

⁵⁸⁹ Idem. *Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. RJ: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR: FASE, 1997. p. 146.

para a elaboração de uma peça legal essencialmente técnica ⁵⁹⁰. Conforme informa a Secretaria de Planejamento Municipal, isso ocorreu, basicamente, em três etapas: na primeira, em 1995, foi desencadeado um amplo processo de discussão com a sociedade sobre os principais aspectos a serem reavaliados, através de quatro grupos temáticos de trabalho, que culminou com o II Congresso da Cidade, em que ficaram definidos os principais enfoques para o novo Plano Diretor; na segunda, no ano de 1996, as conclusões dos grupos foram compatibilizadas com vistas a um projeto estratégico focado ao desenvolvimento sustentável da cidade; por fim, em 1997, a Câmara de Vereadores e a sociedade civil debateram sobre o Projeto de Lei elaborado. Dessa forma,

a proposta ora apresentada não se referencia apenas na visão do governo. Trata-se de uma síntese de conceitos e interesses que foram exaustivamente discutidos durante o período de formulação com todos os atores que atenderam ao chamamento para a análise deste tema. Ao todo, 170 entidades e mais de 2000 pessoas, inclusive em discussões nas Regiões do Orçamento Participativo, contribuíram para que fosse atingida uma idéia de consenso, a qual, no seu conjunto, procura integrar, da forma mais harmônica possível, as respostas aos diversos conflitos que se explicitaram. Portanto, **o resultado final não representa apenas uma concepção de cidade. Mais do que isto, ele é o produto de um pacto social, o somatório de propostas anteriormente desarticuladas, o mínimo múltiplo comum de visões contraditórias. Por isto seu valor não está unicamente na qualidade do que apresenta como coerente. Está, também, e talvez aí resida o que há de novo, no peso político que assumem as suas "contradições", uma vez que as mesmas são diretamente proporcionais às contradições do complexo processo urbano.** ⁵⁹¹
(Grifamos)

Além disso, o PPDUA consolida vários instrumentos importantes para a regularização fundiária que já eram previstos de forma esparsa na legislação urbanística produzida na década de 1990. O marco que dá início à elaboração desse Plano Diretor é, sem dúvida, a promulgação da Constituição de 1988, o que foi sendo fortalecido com as experiências de regularização fundiária levadas a cabo na década de 1990, com o objetivo de assegurar a posse de milhares de famílias que viviam nos assentamentos urbanos informais de Porto Alegre. De fato, considerando que, em 1990, a irregularidade atingia 300.000 pessoas e representava 24% da população de Porto Alegre, a regularização fundiária aparece como uma importante política no combate à exclusão social e espacial vivenciada por essa significativa parcela da população. ⁵⁹²

⁵⁹⁰ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 250.

⁵⁹¹ <http://www.portoalegre.rs.gov.br/> Acessado em 02 de novembro de 2008.

⁵⁹² ALFONSIN, op. cit., p. 250.

Nesse sentido, entre os princípios que norteiam o PDDUA para o desenvolvimento urbano no município de Porto Alegre estão o reconhecimento da cidade informal e a necessidade de sua inserção na estrutura urbana, mediante padrões especiais que mantenham, observadas suas características próprias, a qualidade de vida da população afetada. Nesse sentido também é previsto que áreas sejam disponibilizadas “em locais adequados e dentro de um projeto de estrutura urbana completa, vinculado a um cadastramento dos loteadores clandestinos para sua regularização através de uma parceria com o Município e com os proprietários de glebas”, para que seja possível utilizar o instrumento do "Urbanizador Social", “numa operação de urbanização progressiva sobre locais previamente determinados”.

593

Também é pautada a introdução dos aspectos relativos à política habitacional, mediante a vinculação do Plano Diretor “a uma gestão mais democrática em relação à distribuição de renda urbana e à universalização do direito à cidade, com vistas a incidir na produção urbana, através da qualificação da habitação de interesse social e o acesso à terra urbanizada”. Nesse contexto, a regularização fundiária é política intrínseca à execução do planejamento urbano, sendo uma das diretrizes para a efetivação do direito a uma moradia digna.⁵⁹⁴

Dentre as diretrizes estabelecidas em prol do direito à moradia da população carente pelo PDDUA, estão a regularização fundiária e a urbanização específica dos assentamentos irregulares das populações de baixa renda e sua integração à malha urbana, bem como a democratização do acesso à terra e a ampliação da oferta de moradias para as populações de baixa e média renda, sendo que, para o atendimento dessas diretrizes, o Poder Público deverá promover, entre outras medidas, a regularização das áreas de manutenção de Habitação de Interesse Social, o reassentamento e/ou a recuperação do ambiente degradado das áreas ocupadas em situação de risco, bem como estimular ações conjuntas dos setores público e privado na produção e na manutenção de Habitação de Interesse Social.

A habitação, para o PDDUA, é entendida como “a moradia provida de infra-estrutura básica, de serviços urbanos e equipamentos comunitários, sendo a Habitação de Interesse Social aquela destinada à população residente em núcleos de habitabilidade precária ou desprovida de poder aquisitivo familiar suficiente para obtê-la no mercado”.

⁵⁹³ <http://www.portoalegre.rs.gov.br/> Acessado em 02 de novembro de 2008.

⁵⁹⁴ Ibidem.

São condições de habitabilidade, para fins de aferimento da precariedade, “o atendimento a padrões de qualidade de vida e o equacionamento dos equipamentos urbanos e comunitários, circulação e transporte, limpeza urbana e segurança, conforme regulamentação específica”. A priorização para o atendimento dessas diretrizes é para aquela parcela da população que, em tais condições, tenham renda familiar igual ou inferior a cinco salários mínimos, conforme dispõe expressamente o PDDUA.

Importante instrumento previsto no PDDUA é o “urbanizador social” como meio de prevenir a reprodução da irregularidade fundiária urbana, complementando a política de regularização fundiária, que passa a agir sobre as duas pontas do problema: nas situações consolidadas e na prevenção de novas irregularidades. De fato, em que pese a qualidade do processo de regularização, notadamente pela indicação das áreas através do Orçamento Participativo, com o envolvimento direto das lideranças das comunidades envolvidas, os resultados quantitativos não foram como esperados, principalmente em função do óbice do registro dos títulos nos cartórios de Registro de Imóveis. Relata Betania Alfonsin que, em 1996, apenas 605 lotes dos 20.500 em processo de regularização tinham logrado a regularização completa, com assento no registro imobiliário.⁵⁹⁵

Esse instrumento foi regulamentado pela Lei Estadual n. 9.162/03, regulamentada, por sua vez, pelo Decreto n. 14.428/04, e tem como objetivo atender àquelas pessoas que, atualmente, são providas pelo mercado informal por absoluta inexistência de acesso aos meios formais de aquisição de seus lotes, mediante articulação entre o Poder Público e a iniciativa privada, que se pode dar de diferentes formas: grandes e pequenos empreendedores, cooperativas, entre outros. Para tanto, o empreendedor interessado deve se cadastrar na Secretaria Municipal de Planejamento, passando a constar do Cadastro Municipal de Urbanizadores Sociais. Basicamente,

a essência da proposta é de que, simplificando a legislação, flexibilizando padrões e agilizando a tramitação dos projetos, aqueles loteadores que hoje produzem seus loteamentos de forma clandestina e/ou irregular, possam passar a produzir seus empreendimentos legalmente. Em contrapartida por estes benefícios oferecidos pela municipalidade, o urbanizador social ofereceria lotes a preços compatíveis com a produção de Habitação de Interesse Social ou doaria parte dos lotes ao Governo. Alternativamente, ainda, o urbanizador poderá construir equipamentos urbanos, comunitários ou de geração de renda, como contrapartida. Há, ainda, a possibilidade de dispensar a contrapartida do loteador nos casos em que o empreendedor e

⁵⁹⁵ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 254.

município acordem um preço final de lote que inclua um “desconto” pelos benefícios dados pelo Poder Público ao loteador. Nesta última possibilidade, o município logra um aumento na oferta de lotes regulares para baixa renda no município pela via do mercado.⁵⁹⁶

Como se vê, a idéia é inovadora, na medida em que o loteador irregular e/ou clandestino sai do âmbito da criminalidade para atuar de forma positiva junto ao Poder Público.

Resumindo, os instrumentos disponíveis na legislação de Porto Alegre para a efetivação do direito à moradia mediante a regularização dos assentamentos urbanos informais são, na divisão proposta neste trabalho, com a função de instrumentos viabilizadores, as AEIS, as operações urbanas consorciadas, o solo criado e o urbanizador social. Como instrumentos propriamente ditos de regularização fundiária, estão a concessão do direito real de uso e a usucapião especial urbana para fins de moradia.

O que se constata com o PDDUA é a criação de condições para uma maior integração entre política urbana e política habitacional, “cuja dissociação fora um dos entraves (entre muitos) a um maior sucesso da política de regularização fundiária do município”.⁵⁹⁷ Atualmente, o PDDUA está em processo de revisão, a fim de se adaptar às disposições do Estatuto da Cidade, já tendo ocorrido duas audiências públicas bastante polêmicas e com forte participação popular.

Conforme já referido neste trabalho, a regularização fundiária impõe o tratamento integrado da irregularidade e da precariedade a ser combatida. Nesse sentido, a dimensão urbanística, que precede à etapa jurídica, tem como objetivo a “formatação de um programa de urbanização que prevê a aprovação de projetos nos órgãos públicos, implementação de infra-estrutura e prestação de serviços públicos”. Para tanto, se faz um diagnóstico por levantamento topográfico e cadastral da área, em que se possa vislumbrar como se deu o parcelamento, para, depois, ser realizado um estudo de viabilidade urbanística que redefinirá os padrões legais à realidade do assentamento. Este é o ponto nevrálgico, pois muitas vezes a

⁵⁹⁶ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 255.

⁵⁹⁷ Idem. Análise de experiências alternativas de habitação popular em municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre. In: _____ *Coleção Habitare - Habitação Social nas Metrôpoles Brasileiras - Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX*. 2002. pp. 259-260. Disponível em: www.habitare.infohab.org.br/pdf/publicacoes/arquivos/colecao7/capitulo_7.pdf . Acesso em 03 de outubro de 2008.

população está instalada em áreas não propícias, e fica muito difícil equacionar esse agravante com a remoção do menor número de famílias.⁵⁹⁸

No que se refere às ocupações em áreas de preservação permanente, o município somente aceita que seja procedida a regularização naqueles casos em que os assentamentos estão consolidados, cujos ocupantes já detenham um longo tempo de posse e quando não há mais bens ambientais a serem tutelados, eis que fisicamente a área já está totalmente degradada, em que a restrição ambiental prevista na lei já não encontra eco na situação fática.⁵⁹⁹

Logrando ultrapassar essa fase, o que nem sempre é simples e rápido, se dá início à etapa jurídica da regularização, quando se faz a adequação do título à realidade fática, a fim de legalizar as áreas e gerar segurança jurídica aos posseiros, garantindo-se, efetivamente, o direito à moradia naquele local ou, excepcionalmente, em outro local. Dependendo do caráter público ou privado da área, bem como do tipo de ocupação perpetrada (assentamento auto-produzido, invasão, loteamentos irregulares ou clandestinos), serão utilizados diferentes instrumentos, tais como concessão de direito real de uso, de uso especial para fins de moradia (nas hipóteses de área pública), usucapião (para as privadas), ou More Legal (no caso dos loteamentos irregulares e clandestinos), e assim sucessivamente.⁶⁰⁰

Vale ressaltar que essa etapa somente se encontra concluída quando finalizada a etapa registral, isto é, quando o morador tem seu título efetivamente registrado no Registro de Imóveis. Essa, contudo, tem se apresentado, em Porto Alegre, como o ponto de estrangulamento, pois vários são os óbices postos pelos cartórios de Registro de Imóveis. Conforme Edésio Fernandes, os 16 mil títulos de concessão de direito real de uso entregues desde o início da política regularização fundiária, em 1990, até o ano de 2003 não tinham sido registrados, devido às dificuldades colocadas pelos serviços de Registro de Imóveis.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007. p. 188.

⁵⁹⁹ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 258.

⁶⁰⁰ MORETTO, op. cit., p. 189.

⁶⁰¹ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 248.

No que diz respeito à dimensão social da política de regularização fundiária em Porto Alegre, é importante mencionar que esta sempre associou programas de geração de renda, bem como programas comunitários, para sustentar a regularização levada a cabo.⁶⁰² Aliado a isso, a própria interação com a comunidade envolvida, através de assistentes sociais e outros agentes vinculados ao processo de regularização fundiária, também representa a preocupação do município com que esta política seja incluyente, vocacionada à real solução dos problemas.

Para enfrentar a questão da irregularidade urbana, a política de regularização fundiária de Porto Alegre segmentou os assentamentos urbanos informais em dois grandes grupos: um constituído por núcleos e vilas irregulares, e outro formado pelos loteamentos irregulares e clandestinos: com base nessa segmentação, se estruturou administrativamente para combater a irregularidade em Porto Alegre.

A irregularidade urbana estimada em Porto Alegre, de acordo com a segmentação feita, apresenta o seguinte quadro de assentamentos urbanos informais:

TIPO	QUANTIDADE
Assentamentos Auto-produzidos	478
Loteamentos Irregulares/Clandestinos	300

Fonte: DEMHAB 2006 – Dados de 2005.⁶⁰³

O primeiro grupo, composto dos núcleos e vilas irregulares, é formado por moradores de áreas públicas ou particulares, com grau variável de deficiência da infra-estrutura urbana e de serviços, e seus habitantes não são proprietários da terra nem possuem qualquer vínculo legal com o proprietário de forma a assegurar sua permanência no local. Na grande maioria, esses núcleos e vilas são constituídos através de ocupações (invasões), chamados, pelo PDDUA, de “assentamentos auto-produzidos”.⁶⁰⁴

⁶⁰² FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 246.

⁶⁰³ ROCHA, Cristiano da Silva. *Regularização fundiária em Porto Alegre: um estudo da distribuição espacial*. Dissertação (mestrado): Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007. p. 27.

⁶⁰⁴ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007. p. 190.

Já os loteamentos irregulares e clandestinos, que compõem o segundo grupo de ação, se caracterizam pela ausência de atendimento aos preceitos da Lei 6.766/79, que regulamenta o parcelamento do solo urbano. Segundo esta, loteamento é uma das formas de parcelamento do solo, com desmembramento da área em lotes e abertura de novas vias de circulação, sendo o loteador obrigado a seguir os trâmites por ela estabelecidos, que começa com a aprovação do loteamento na prefeitura e segue com o respectivo registro no Registro de Imóveis, dentre outros passos a serem observados. Assim, loteamento irregular é aquele que possui algum tipo de registro no Município, podendo ter sido ou não aprovado. Se foi aprovado, será irregular por não ter atendido às demais etapas previstas na Lei 6.766/79, como a realização de obras de infra-estrutura ou o registro do loteamento no Registro de Imóveis; o clandestino, por seu turno, se caracteriza pela implantação de um loteamento sem qualquer tipo de projeto ou intervenção pública, isto é, não se respeita nenhuma norma.⁶⁰⁵

Os grupos diferenciam-se, portanto, entre assentamentos auto-produzidos e loteamentos irregulares ou clandestinos, tendo o município se estruturado administrativamente para atender os primeiros através do Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB, que coordena o Programa de Regularização Fundiária – PRF, e o segundo pela Gerência de Regularização de Loteamentos, vinculada à Secretaria de Procuradoria. A opção por esta sistematização se deu pelas diferentes implicações legislativas em cada caso, posto que, no caso dos loteamentos, a questão da propriedade do loteamento é aspecto relevante na regularização a ser promovida, enquanto que, no caso dos assentamentos auto-produzidos, a regularização, via de regra, leva em consideração somente a posse dos moradores, que não tem qualquer vínculo jurídico com o proprietário da área ocupada.⁶⁰⁶

O Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB, autarquia municipal, é o responsável pela regularização fundiária dos chamados “assentamentos auto-produzidos” (núcleos e vilas irregulares) através do Programa de Regularização Fundiária. As prioridades são estabelecidas no Orçamento Participativo, quando as comunidades e interessados disputam o destino dos recursos públicos, de forma que fará parte do Programa de Regularização Fundiária a comunidade que participar do Orçamento Participativo. É a partir dele que a administração municipal se pauta para formar a proposta orçamentária em relação

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 191.

⁶⁰⁶ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007. p. 194.

aos investimentos a serem feitos.⁶⁰⁷ Para tanto, o Orçamento Participativo é dividido em 16 regiões, o que permite verificar, com maior clareza, as desigualdades sócio-espaciais e as diversidades nas irregularidades, otimizando a aplicação dos recursos.⁶⁰⁸

Dessa forma, identificada a demanda via Orçamento Participativo, é feito um plano de investimento, conforme as demandas da comunidade envolvida, como levantamento topográfico, urbanização etc., de modo que cada nova intervenção caracteriza uma etapa da regularização fundiária a ser levada a cabo no assentamento. São feitas, então, vistoria e reuniões com a comunidade-alvo, a partir dos quais se dá início à regularização urbanística, com o diagnóstico da situação topográfica, cadastral e imobiliária, para, então, ser feita a elaboração e aprovação dos projetos urbanísticos, arquitetônicos e de engenharia. Aprovado o projeto com a descrição dos lotes, o DEMHAB requer a averbação no Registro de Imóveis, e, a partir disso e do licenciamento ambiental, são iniciadas as obras com vistorias e reuniões com a comunidade. Finalizada essa etapa, é feita a regularização jurídica, que, em se tratando de áreas privadas, será via usucapião, sendo públicas, normalmente é realizada a concessão real de uso.⁶⁰⁹

Todavia, os obstáculos impostos pelos cartórios de Registro de Imóveis para o registro dos títulos dos moradores se apresentam como verdadeiros empecilhos para o êxito completo da política de regularização fundiária em prol do direito à moradia daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais. Apesar disso, 223 famílias foram beneficiadas, desde 2005, com matrículas de usucapião, o que supera em 60% o número total de matrículas entregues nos últimos quinze anos. Entre 1994 e 2004, por exemplo, a prefeitura entregou 137 registros.⁶¹⁰

A Gerência de Regularização de Loteamentos é formada por uma equipe multidisciplinar, composta de procuradores, arquitetos, agentes comunitários, engenheiros, topógrafos, biólogos e geólogos, e seu trabalho parte da premissa de que, para além da segurança da posse, os assentamentos urbanos informais devem ser integrados ao conjunto da

⁶⁰⁷ PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. *Plano Municipal de Habitação de Interesse Social – PMHIS-POA*. Porto Alegre: DEMHAB, 2007. p.10.

⁶⁰⁸ ROCHA, Cristiano da Silva. *Regularização fundiária em Porto Alegre: um estudo da distribuição espacial*. Dissertação (mestrado): Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007.p. 18.

⁶⁰⁹ PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. loc. cit.

⁶¹⁰ <http://www2.portoalegre.rs.gov/cs>. Acessado em 15 de outubro de 2008.

cidade. Esta Gerência foi instituída pelo Decreto Municipal n. 15.342, de 26 de dezembro de 2006, e é coordenada pela Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre.⁶¹¹

Sua organização interna se dá em dois núcleos (um jurídico e um de análise urbanística, coordenado pela Secretaria Municipal de Planejamento), e de um grupo técnico de regularização fundiária formado por representantes de diferentes órgãos (SMAM, DEMHAB, DEMA, entre outros), cujo objetivo é elaborar diretrizes urbanísticas para a regularização dos loteamentos irregulares e clandestinos, a fim de acelerar o processo de regularização, na medida em que o grau de irregularidade e precariedade dos loteamentos varia muito: há aqueles que gozam de bem-estar urbano completo, enquanto outros são muito parecidos aos assentamentos auto-produzidos.⁶¹²

As formas de atuação da Gerência de Regularização Fundiária são mediante ações de prevenção, por fiscalização capaz de diagnosticar os vazios urbanos para imediatamente agir administrativamente, e notificação para que sejam cumpridas as determinações para legalizar o parcelamento; lavratura de autos de infração por danos eventualmente causados; interdição e/ou embargo; aplicação de multas, para citar algumas medidas. A via judicial também é utilizada de forma preventiva e será o meio de atuação quando as medidas administrativas não forem suficientes para impedir a formação do loteamento irregular ou clandestino, em que ganha destaque a ação civil pública como principal instrumento à disposição da defesa do desenvolvimento urbano sustentável.⁶¹³ A atuação repreensiva é outra forma de ação e reside, basicamente, no pedido de envio de ofício ao Ministério Público quando do ajuizamento das ações preventivas na esfera civil, pois a ação penal para os crimes previstos no artigo 50 da Lei 6.766/79 é de ação pública incondicionada, somente podendo ser titular o Ministério Público.⁶¹⁴

Por fim, há a atuação para a regularização propriamente dita, que pode ser antecedida pelas ações preventivas ou até mesmo acompanhada das ações repreensivas. O procedimento de regularização fundiária tem início a partir de denúncia formulada a respeito da existência de loteamento irregular ou clandestino, ou, então, pelo pedido de regularização por parte da

⁶¹¹ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007.p. 191.

⁶¹² Ibidem, p. 192.

⁶¹³ Ibidem, p. 195.

⁶¹⁴ Ibidem, pp. 197,198.

comunidade envolvida. Nesse sentido, a presença da comunidade é fundamental, pois são os moradores do loteamento que fornecerão os documentos firmados com o loteador irregular ou clandestino necessários para subsidiar a atuação da Gerência de Regularização Fundiária. A partir da correta identificação da gleba no mapa cadastral do município e de pesquisa junto aos cartórios de Registro de Imóveis, a fim de verificar se a área é pública ou privada, e se o proprietário que consta da matrícula foi quem efetivamente realizou o loteamento, avalia-se a época em que teve início o loteamento irregular ou clandestino, para determinar se a regularização se efetivará pela Lei Complementar n. 140/86, nos casos iniciados antes da Lei 6.766/79. Neste caso, se faz a regularização independentemente dos padrões urbanísticos definidos no Plano Diretor, exceto no que se refere àquelas áreas impróprias para a habitação, tais como terrenos alagadiços, terrenos que tenham sido aterrados com produtos nocivos à saúde pública, terrenos com declividade igual ou superior a 30 %. Além disso, os loteamentos devem apresentar vias de comunicação, lotes demarcados, equipamentos urbanos de abastecimento de água e energia elétrica e condições para escoar águas pluviais.⁶¹⁵

Nos demais casos, devem ser atendidos os padrões do PDDUA, ou, então, a área deve ser prevista para instituição de AEIS. Conforme o PDDUA, os loteamentos irregulares e clandestinos se enquadram como hipótese de AEIS tipo II, o que viabiliza a produção e a manutenção da habitação de interesse social mediante a adoção de padrões especiais de parcelamento e uso do solo, bem como de permissão de normas construtivas específicas para núcleos habitacionais consolidados. Nesse sentido, as AEIS poderão ser urbanizadas e regularizadas, levando, sempre que possível, a forma como o assentamento está organizado.

616

Feito o diagnóstico da situação de irregularidade para selecionar as medidas a serem tomadas para a regularização, por meio da fixação de diretrizes urbanísticas, que é justamente o trabalho do grupo técnico antes referido, se apresenta o projeto urbanístico para aprovação perante os órgãos técnicos. Uma vez aprovado, o loteamento está urbanisticamente inserido na cidade formal, e se dá início a fase jurídica da regularização do loteamento, com o assento no registro imobiliário da existência do loteamento e de seus proprietários, o que se faz normalmente com base no More Legal, Provimento n. 28/2004 da Corregedoria Geral da

⁶¹⁵ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007. pp. 201,202.

⁶¹⁶ Ibidem, pp. 202,203.

Justiça do Rio Grande do Sul, que flexibilizou sobremaneira as exigências da Lei 6.766/79⁶¹⁷, tornando possível o acesso das pessoas que habitam os loteamentos ao seu direito de propriedade devidamente reconhecido. É importante ressaltar que o diálogo com o Poder Judiciário é um caminho bastante frutífero no que se refere à transposição dos obstáculos para a realização da regularização plena. De fato, a interlocução com a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul permitiu a expedição do Projeto More Legal, que permitiu solucionar várias situações pendentes ligados à regularização dos loteamentos irregulares e clandestinos.⁶¹⁸

Uma das principais vantagens destacadas pela Gerência de Regularização Fundiária em se trabalhar nos moldes acima expostos é a possibilidade do município diagnosticar, de forma mais segura, a situação dos loteamentos irregulares ou clandestinos consolidados, e, por conseguinte, atuar sobre eles de forma mais efetiva. Outro ponto positivo realçado é a visão diferenciada que uma equipe multidisciplinar agrega ao trabalho, tornando-o mais célere e completo. Por fim, ressalta-se a atitude pró-ativa do município no combate à irregularidade, o que diminuiu consideravelmente as ações em que figurava como réu por omitir-se sobre a questão.⁶¹⁹

Análise de um caso prático: Vila das Placas (Condomínio dos Anjos).⁶²⁰

A regularização fundiária da Vila das Placas, hoje Condomínio Residencial dos Anjos, feita pelo DEMAHB chama a atenção pelo fato de ter sido realizada na região central da cidade, nas proximidades da Avenida Ipiranga, mantendo a população que começou a residir no local na década de 1970. A chamada Vila das Placas consistia num assentamento urbano

⁶¹⁷ MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007.p. 204.

⁶¹⁸ ALFONSIN, Betânia. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003. p. 260.

⁶¹⁹ MORETTO, op. cit., pp. 195-206, passim.

⁶²⁰ Análise feita a partir de dados obtidos nos seguintes meios: ALFONSIN, Betânia. Análise de experiências alternativas de habitação popular em municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre. In: *Coleção Habitar - Habitação Social nas Metrôpoles Brasileiras. Capítulo 07:- Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX*. 2002. pp. 267-273 Disponível em: www.habitar.org.br/pdf/publicacoes/arquivos/colecao7/capitulo_7.pdf . Acesso em 03 de outubro de 2008; Diário Oficial de Porto Alegre – Órgão de divulgação do Município – Ano IX – Edição 2.295 – Quinta-feira, 3 de junho de 2004; Departamento Municipal de Habitação – DEMHAB: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/demhab/default.php?p_secao=77. Acesso em 03 de outubro de 2008.

informal consolidado e de deficitárias condições, sem saneamento nem água potável, abastecimento de água, luz, sem vias de circulação, sem pavimentação, localizado em área pública municipal, com duzentos e cinquenta e cinco pessoas residindo em casas precariamente construídas, que possuíam entre dois e cinco cômodos. Esse local foi totalmente urbanificado e regularizado, com a construção de 60 apartamentos, redes de esgotos cloacal e pluvial; rede de água; rede de energia elétrica e iluminação pública; pavimentação, acessos e passeios, tendo sido outorgados títulos de concessão de direito real de uso.

Em 1986, os moradores fundaram uma associação e, em 1991, a comunidade se mobilizou para obter a concessão do direito real de uso a fim de assegurar a posse que já vinham exercendo. No ano de 1993, os moradores lograram incluir sua demanda para a realização de regularização fundiária no Orçamento Participativo, quando se deu início à elaboração do projeto que contemplava cinquenta e seis famílias residentes. Em face da ausência de recursos para dar seguimento àquele projeto, a comunidade obteve a inclusão no programa Pró-Moradia, financiado pela Caixa, quando se começou a elaborar um novo projeto, agora para sessenta famílias, chamado Condomínio Residencial dos Anjos.

Um dos aspectos importantes desse processo de regularização foi, por um lado, a postura participativa dos moradores que, além de opinar e colocar claramente suas necessidades, se recusaram a sair do local durante a execução das obras, com receio de não serem beneficiados com a nova estrutura; e, por outro, a compreensão da Administração com essas questões, o que deu início às chamadas casas de passagem, que permitiu que quarenta e cinco das sessenta famílias permanecessem na área, em um local provisoriamente destinado à sua residência. Com isso, os moradores foram assimilando as transformações e participando ativamente do processo levado a cabo, como, por exemplo, as mulheres, que exigiram a existência de um espaço entre os prédios para que as crianças pudessem brincar de forma segura, sob os olhos de suas mães.

Apesar da exigüidade das dimensões do terreno, foi possível, principalmente em virtude da intervenção da comunidade no processo, construir um conjunto com 12 blocos de três pavimentos, com unidades habitacionais de até três dormitórios, com área dotada de vias de circulação. Os apartamentos foram ocupados em setembro de 2000 pelas famílias que ficaram no local durante a execução do projeto, e as demais assumiram suas residências em abril de

2001, com a conclusão. O total do custo foi no valor de R\$ 1.078.000,71, sendo que 61,69% adveio do município e 38,40% do Pró-Moradia da Caixa Econômica Federal. As famílias pagam uma contribuição mensal de aproximadamente R\$ 17,00 (dezesse reais) pelo direito de morar, e a Prefeitura ofereceu o direito de aquisição das unidades pelo preço de custo, com prazo de até 20 anos para pagamento.

A realização do projeto que originou o Condomínio Residencial dos Anjos recebeu, em Houston, Texas (EUA), destaque na primeira edição do prêmio *Fiabci René Frank Habitat*, em 2004, tendo sido julgado por especialistas internacionais, que levaram em consideração diversos critérios, tais como a possibilidade de transferência do uso da terra e do seu título, qualidade da construção, financiamento, acessibilidade, além do impacto na comunidade e no ambiente.

A premiação busca reconhecer e recompensar os esforços empreendidos para a melhoria da qualidade de vida de moradores nos assentamentos urbanos informais em todo o mundo, tendo sido o evento patrocinado pelo programa *Habitat*, da ONU, cujo objetivo é que os projetos vencedores sirvam de modelos para cidades com necessidade de resolver questões similares.

O Condomínio Residencial dos Anjos foi destaque por suas características peculiares, notadamente pelo fato de estar situado na região central de Porto Alegre, permitindo à comunidade a inserção completa na cidade, além da qualidade das instalações e da efetiva participação da comunidade envolvida.

A experiência brevemente referida demonstra, de forma inequívoca, que uma política de regularização fundiária, inserta numa política urbana preocupada com o ser humano, é capaz de transformar a vida dos habitantes dos assentamentos urbanos informais. No caso relatado, é possível constatar o atendimento dos aspectos considerados importantes no que se refere à conquista de uma moradia condigna. Com efeito, conforme orienta a Cartilha Produção Social do *Habitat* – Conceito, princípios e diretrizes de implementação⁶²¹, a habitabilidade envolve questões objetivas e também subjetivas: as primeiras dizem respeito às dimensões físicas da moradia, infra-estrutura, salubridade e mobilidade; as segundas se referem à cultura, aos

⁶²¹ HABITAT PARA A HUMANIDADE. *Produção Social do Habitat*. Brasil: [s.n.], 2008. p. 8.

hábitos, necessidades e vontades de cada morador. No caso do Condomínio Residencial dos Anjos, se identifica, para além do cumprimento das condições físicas (objetivas), a importante dimensão subjetiva. De fato, a possibilidade de uma comunidade que vivia em precárias condições, alijada totalmente da chamada cidade formal, ter condições de determinar os rumos na melhoria de suas vidas, tal como foi relatado, significa o verdadeiro resgate da cidadania e da dignidade da pessoa humana, na medida em que lhe é possibilitado o exercício de seu direito de auto-determinação e de participação nas decisões que lhe afeta.

Por tais razões, foi escolhido o caso em tela como exemplo de resultado positivo de uma política de regularização fundiária includente, norteadas por uma política de desenvolvimento urbano voltada ao resgate da dignidade de seus habitantes.

Algumas anotações à guisa de fechamento

A forma como está estruturada administrativamente, em dois segmentos, sendo um deles uma autarquia – o DEMHAB, e outro um órgão vinculado à Procuradoria Geral, pode levar a um descompasso na política de regularização fundiária analisada no seu todo. Tanto os chamados assentamentos auto-produtos quanto os irregulares e clandestinos são assentamentos urbanos informais que, em sua maciça maioria, são desprovidos das condições mais básicas para o desenvolvimento de uma vida com dignidade.

Nesse sentido, tendo em vista a estrutura de autarquia do DEMHAB, o que, por si só, já pressupõe uma atuação mais apartada do restante da estrutura administrativa, pode comprometer uma integração mais efetiva e sinérgica com os demais órgãos que atuam para a política urbana e habitacional de Porto Alegre. Se, por um lado, a autonomia administrativa da autarquia lhe permite uma margem de ação mais ágil, por outro lado a eventual ausência de integração com os demais órgãos e departamentos envolvidos pode representar um entrave, comprometendo a celeridade do processo. De outra banda, a Gerência de Regularização Fundiária não possui a autonomia do DEMHAB, embora conte com uma estrutura multidisciplinar aparentemente bastante integrada. Em tal contexto, pode restar comprometida a coesão da política de regularização fundiária, o que poderia ser evitado com a centralização da política de regularização fundiária num órgão específico destinado para tal fim.

De outra banda, os empecilhos identificados no cartório dos Registros de Imóveis no que se refere à regularização da área em conformidade com a situação fática, bem como dos títulos dos novos proprietários ou concessionários, representam verdadeiro retrocesso na luta pelo reconhecimento e pela inclusão daqueles que sempre foram excluídos da vida com qualidade na cidade. É crucial que medidas sejam tomadas para combater essa situação.

Todavia, cumpre o registro de que, em Porto Alegre, a regularização fundiária está recebendo o devido tratamento de uma política pública. Com efeito, o início do seu desenvolvimento ocorreu com o Partido dos Trabalhadores, e, em que pese a mudança havida nas eleições de 2004, o governo que assumiu deu seguimento ao trabalho que vinha sendo realizado, demonstrando a seriedade na preocupação com a efetivação do direito humano fundamental social à moradia digna na cidade de Porto Alegre.

Em que pese os vários óbices a serem superados e ajustes a serem feitos, é possível afirmar que a política de regularização fundiária desenvolvida pelo município de Porto Alegre viabiliza o acesso à moradia minimamente digna àqueles que habitam os assentamentos urbanos informais, e, embora ainda não tenha logrado o alcance quantitativo desejado, vem atendendo aos parâmetros estabelecidos internacionalmente no que se refere a uma moradia adequada.

Por fim, cumpre destacar o caráter democrático dessa política de regularização fundiária, que a qualifica sobremaneira e a legitima, na medida em que o envolvimento e o respeito à participação daqueles que serão diretamente afetados pela intervenção demonstra o reconhecimento da cidade informal e aponta a determinação em integrá-la à cidade que é de todos, e atribui durabilidade às intervenções, já que os próprios beneficiados são responsáveis pelas decisões. Nesse sentido, logra-se realizar a dignidade da pessoa humana e a cidadania, com o fortalecimento inquestionável do Estado Democrático de Direito brasileiro.

CONCLUSÃO

O direito à moradia é um direito humano fundamental social, reconhecido na ordem internacional em diversos instrumentos dos quais o Brasil é signatário, e é consagrado, expressamente, no artigo 6º da Constituição de 1988. Esse direito impõe, por um lado, o dever de abstenção por parte do Estado, que está proibido de atuar de forma que dificulte ou inviabilize o seu exercício e, de outro, o compele a uma conduta positiva. Nesse sentido, o Estado tem o dever de elaborar e executar políticas públicas que visem à promoção e à proteção do direito à moradia, especialmente quando a dignidade do indivíduo encontra-se comprometida por não restarem satisfeitas as condições mínimas de habitabilidade para o desenvolvimento de uma vida condigna.

Contudo, na realidade brasileira, calcada numa situação de extrema exclusão social a partir de uma desigualdade aviltante na distribuição de rendas, do descaso do Poder Público, notadamente com a especulação imobiliária, de uma legislação por muito tempo elitista, de uma ausência de políticas públicas habitacional e urbana eficientes, os assentamentos urbanos informais aparecem como a alternativa de acesso à moradia para a população de baixa renda, que (sobre)vive em condições absolutamente indignas, em áreas insalubres e, muitas vezes, de risco. De tudo isso, se pode dizer que a especulação imobiliária é o fator mais difícil de erradicar, “que resiste e até hoje e molda a estrutura do espaço urbano”, evidenciando que ainda há uma submissão muito forte da terra ao capital⁶²².

De fato, o padrão de crescimento urbano brasileiro é pautado pela exclusão de uma parcela cada vez maior da sociedade no que diz respeito ao aproveitamento dos benefícios da cidade, o que é recrudescido com o incessante aumento da pobreza. Embora se verifique um declínio da industrialização tradicional que foi a mola propulsora da migração campo-cidade, a urbanização brasileira segue crescendo, ainda que em taxas menores àquelas da década de 1970. O resultado é que o “padrão intrínseco a esse processo de urbanização, a referida combinação de exclusão social e da segregação espacial, está se agravando”.⁶²³

⁶²² MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.p. 08

⁶²³ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 242.

Conforme sintetiza Manuel Castells a respeito do tema, o que há, no Brasil, em termos de urbanização, não é o reflexo de um processo de modernização, mas sim a expressão, no nível das relações sócio-espaciais, do agravamento das contradições sociais inerentes ao seu modo de desenvolvimento, que foi determinado por sua dependência específica dentro do sistema capitalista monopolista.⁶²⁴

A compreensão da problemática urbana abrange, assim, a pobreza; a exclusão social; a segregação espacial; a manipulação do espaço público da cidade, principalmente quanto à especulação imobiliária e aos investimentos públicos em infra-estrutura e serviços nas áreas economicamente valorizadas; a deterioração do meio ambiente. Todos esses aspectos são frutos do modelo de urbanização ocorrido no Brasil que, durante muito tempo, foram descurados e agora cobram soluções. Essas, todavia, não podem ser pensadas de forma compartimentada, segmentadas nas suas escolhas, pois todos esses aspectos estão integrados, demandando uma análise conjunta para que as medidas sejam coerentes.⁶²⁵

Apesar do evidente quadro urbano de informalidade e precariedade, os dados sobre a informalidade da ocupação urbana no Brasil não são precisos, e isso precisa ser melhorado. De fato, para que se possa, efetivamente, conceber uma política pública de regularização fundiária inclusiva, é imprescindível “um diagnóstico sério do tamanho do problema, de que cifras econômicas ele significa e a consciência do que representaria para o país a solução desse problema”⁶²⁶.

De qualquer sorte, a promulgação da Constituição de 1988 representa a guinada ética por meio da qual deve ser tratado o direito à moradia condigna nos assentamentos urbanos informais. Com efeito, a previsão expressa da dignidade da pessoa humana e da cidadania como fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, no artigo 1º, e os objetivos de erradicação da pobreza e da diminuição das desigualdades sociais, indiscriminadamente, para a construção de uma sociedade justa e solidária, no artigo 3º, permeiam o capítulo inédito da política urbana.

⁶²⁴ CASTELLS, Manuel. *La Cuestión Urbana*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997. p. 78.

⁶²⁵ GARDINI, André. *A demonização da habitação informal*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=25&id=281>. Acesso em 27 de julho de 2007.

⁶²⁶ SOTO, Hernando. Entrevista à Revista Veja, de 14 de março de 2007. “Um choque de ilegalidade”. p. 75.

A previsão de uma política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e de garantir o bem-estar de seus habitantes, demonstra, de forma irrefutável, a centralidade do ser humano na execução dessa política, que tem como finalidade precípua o respeito à sua dignidade. Nas precisas palavras de Rogério Gesta Leal,

é fácil concluir, destarte, que um dos componentes do desenvolvimento urbano é o princípio do desenvolvimento sustentável, por meio do qual as pessoas humanas se tornam o centro das preocupações, devendo as ações públicas serem norteadas pela noção do pleno direito à qualidade de vida, e não somente pelo direito de sobrevivência. Assim, o desenvolvimento na cidade somente poderá ser considerado sustentável se estiver voltado para a eliminação da pobreza e redução das desigualdades sociais, devendo, para tanto, adotarem-se políticas que priorizem os segmentos pobres da população. Do contrário, estará ela em pleno conflito com as normas constitucionais, com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável.⁶²⁷

Com a inclusão do direito à moradia na Constituição de 1988 como um direito fundamental social, em 2000, e com a edição do Estatuto da Cidade, em 2001, a promoção desse direito às pessoas carentes que vivem nos assentamentos urbanos informais passa a ser, definitivamente, um dos pontos centrais da política urbana, e a regularização fundiária surge como uma política de fundamental importância para a realização do projeto constitucional voltado à dignidade do ser humano.

Nesse sentido, o Estatuto da Cidade, ao absorver esses preceitos constitucionais, inaugura uma nova concepção sobre a política de regularização fundiária, consolidando o direito à moradia condigna como um dos elementos cruciais da política de desenvolvimento urbano, vinculando, definitivamente, o Poder Público à elaboração de uma política pública urbana que contemple a regularização fundiária como meio para a efetivação do direito à moradia condigna para aqueles que habitam os assentamentos urbanos informais.

Com efeito, à medida que o Estatuto da Cidade prevê o direito à moradia, à terra urbana, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura, ao serviço e aos transportes públicos, bem como a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais como diretrizes da política urbana, esse importantíssimo diploma legal passa a ser visto como o conjunto de disposições preme de valores jurídicos fundamentais expressos na Constituição. Assim, a política pública

⁶²⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 164.

de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, mais do que uma forma de reduzir as desigualdades sociais, busca garantir a dignidade da pessoa humana pela efetivação do direito humano fundamental social à moradia condigna, entendida em seu sentido amplo, na forma exposta no decorrer deste trabalho.

Destaca-se, contudo, que a regularização fundiária, como parte da política de desenvolvimento urbano com foco no direito à moradia condigna para uma cidade sustentável, é uma política de execução constante, com caráter curativo e preventivo, a fim de que seja estabelecido um ciclo virtuoso. Nessa quadra, a regularização fundiária, como subsistema da política de desenvolvimento urbano, atua tanto sobre o passivo sócio-ambiental decorrente do modelo de urbanização brasileiro, como também cria condições de acesso à terra urbanizada à população de baixa renda. Postura contrária a essa premissa compromete o restabelecimento de uma ordem urbanística inclusiva, pois se assim não for, à erradicação de um assentamento urbano informal sempre sucederá um novo foco de informalidade e, por conseguinte, o aviltamento da dignidade da pessoa humana seguirá ocorrendo.

A regularização fundiária como política pública de inclusão social cumpre, assim, um papel fundamental no planejamento e na política de desenvolvimento urbano. Seu caráter multifacetário exige que seja desenvolvida desde uma ótica de interdisciplinaridade, numa perspectiva de gestão integrada, conciliada com medidas preventivas para estancar o processo de informalidade urbana, e contando com uma participação popular efetiva em todas as suas etapas, para que se desenvolva de forma sustentável e o mais imune possível às contingências políticas. Tendo em vista que a produção da moradia informal na cidade é um processo estrutural e estruturante do espaço urbano,

é dessa forma que a questão do desenvolvimento urbano informal tem que ser tratada. Em outras palavras, não cabe tratar da informalidade urbana tão-somente com políticas setoriais ou com programas isolados. Ainda que se deva reconhecer a importância dessas políticas, deve-se buscar conceber uma política de enfrentamento da questão que formule programas de regularização de assentamentos informais consolidados em um contexto mais amplo de política urbana e política habitacional que visem à geração de opções de novas moradias para os setores mais pobres, tanto pelo Poder Público quanto pelo mercado formal⁶²⁸.

⁶²⁸ FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004. p. 242.

Embora a sua execução seja de competência municipal, a realização do projeto constitucional da concretização da dignidade do ser humano é de responsabilidade de todos os entes federados. Por isso que a Constituição reza que é de competência comum de todos eles a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Nesse contexto, se evidencia a coerência da Constituição de 1988 no tratamento do tema, que, de forma sistêmica, determina o cumprimento da função social da propriedade urbana em prol da coletividade, de forma a garantir o direito humano fundamental social à moradia digna indiscriminadamente, como projeto de responsabilidade de todos, com execução direta pelo município que, na realização de sua política de desenvolvimento urbano, deve concretizar os princípios fundantes da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

A criação do Ministério das Cidades e a política de apoio que vem sendo por ele desenvolvida no tocante à regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, aliados à conscientização a respeito do tema, principalmente na escala dos municípios, demonstram que a regularização fundiária urbana vem se estruturando cada vez mais como uma política pública voltada à solução do problema da ausência de efetividade do direito à moradia condigna.

Conforme se pode verificar, há um novo horizonte que se desvela em termos de política de desenvolvimento urbano, no qual, como referido, a regularização fundiária ganha destaque, pois é a política pública adequada para enfrentar e dar conta da situação de informalidade já consolidada nas cidades brasileiras, e capaz de auxiliar no freio de sua reprodução. Com efeito, as alternativas para se trabalhar com essa política pública são muitas, e seu êxito depende basicamente da habilidade do Poder Público em efetivar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade para transformar os tradicionais obstáculos e desafios em oportunidades, avançando na conquista de uma moradia minimamente digna para a população que vive em assentamentos urbanos informais.

Não se pode negar, contudo, que há muitos obstáculos a serem superados e medidas a serem tomadas, mas há que se perseverar, pois o cenário a ser transformado é resultado de séculos de um modelo de urbanização segregador e excludente. Embora haja um longo caminho a percorrer, o primeiro passo já foi dado.

REFERÊNCIAS

AGNES, Clarice; HELFER, Inácio. *Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia, e Jurisdição Constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, julho/setembro 1999.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia. Urbanizador Social: emergência de um novo paradigma para a democratização do acesso à terra em Porto Alegre. In: *Do urbanizador social: da informalidade à parceria*. _____ Porto Alegre: Livraria do Arquiteto, 2006.

_____. Análise de experiências alternativas de habitação popular em municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre. In: _____ *Coleção Habitare - Habitação Social nas Metrôpoles Brasileiras - Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX*. 2002. Disponível em: www.habitare.infohab.org.br/pdf/publicacoes/arquivos/colecao7/capitulo_7.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2008.

_____. *Direito à Moradia – Instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. RJ: Observatório de Políticas Urbanas- IPPUR: FASE, 1997.

_____. 1º Congresso de Direito Urbanístico. Belo Horizonte, 2000.

_____. *A experiência brasileira de Regularização Fundiária*, apresentação em Workshop de Estudos Urbanos. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=category&id=588>. Acesso em 21 de agosto de 2007.

_____. A regularização fundiária como parte da política urbana. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 55, julho/dezembro 2003.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

ANDRADE, Manuel Correia de. *Cidade e Campo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974.

ARANTES, Oflia; MARICATO, Ermínia; VAINER, Carlos. *A cidade do pensamento único: desmanchando conceitos*. Petrópolis: Vozes, 2000.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório Azul 2001-2002*. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH), 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 225, julho/setembro 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTIDE, Roger. *Brasil, terra de contrastes*. São Paulo: Difel, 1978.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. *Local y Global: la gestión de las ciudades en la era de la información*. Madrid: Grupo Santillana Ediciones S.A, 2000.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 6ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de HABITAÇÃO DE Interesse Social - SNHIS, Cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS (DOU 17/06/05). *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto-Lei n. 1.876, de 15 de julho de 1981. Dispensa do pagamento de foros e laudêmos os titulares do domínio útil dos bens imóveis da União, nos casos que especifica, e dá outras providências (DOU 16.07.81). Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1965-1988/De11876.htm. Acesso em 03 de outubro de 2008.

_____. Decreto-Lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. (DOU 28.02.67) *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública (DOU 18.07.41). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. (DOU 06.09.46). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade). Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (DOU 11.07.2001). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 6ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências (DOU 31.12.1973). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 6ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências (DOU 20.12.1979). *Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil*. 6ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências (DOU 22.06.93). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-leis 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências (DOU 18.05.98). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999. Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1.916). NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação (DOU 13.11.62). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Lei 11.481 de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-leis 9.760 de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; Prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. (DOU 31/05/07).

Disponível em:

www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=255699. Acesso em 1º de outubro de 2007.

_____. Medida Provisória n. 2.220, de 04 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 (DOU 05.09.01). *Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental*. 4ª ed. FILHO, Nylson Paim de Abreu (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 25 de novembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81319/GO, julgado em 24 de abril de 2002. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 07 de agosto de 2008.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2001

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARDOSO, Adauto Lucio. *Desigualdade e políticas habitacionais*. Disponível em: http://observatoriodasmegropoles.ufjf.br/download/adauto_desig_urb_polhab.pdf. Acesso em 21 de agosto de 2007.

CARLOS, Ana Fani A. *A Cidade*. São Paulo: Contexto, 2005.

CASTELLS, Manuel. *La Cuestión Urbana*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1997.

CHUEIRI, Vera Karam de. DWORKIN, Ronald, 1931 -. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, Julho/Dezembro 2003.

_____. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em maio de 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DHNET. *Moradia e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>. Acesso em 18 de julho de 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei 10.257*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DORNELAS, Henrique Lopes. *Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em 06 de abril de 2005.

EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à Luz do Novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004.

FERRAZ, Patrícia. Parcelamento do solo urbano, regularização e registro. In: *Boletim Eletrônico IRIB* # 2193, de 02/12/2005.

FILHO, Nestor Goulart Reis. *Contribuição ao Estudo da Evolução Urbana no Brasil (1500/1720)*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1968.

FREITAS, José Carlos de. *Plano Diretor como Instrumento da Política Urbana*. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/Orgaos/PromoJ?Prourb?pl_dir_instr_pol_urb_.htm. Acesso em 05 de abril de 2005.

GARDINI, André. *A demonização da habitação informal*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=25&id=281>. Acesso em 27 de julho de 2007.

HABITAT PARA A HUMANIDADE. *Produção Social do Habitat*. Brasil: [s.n.], 2008.

HECK, Luís Afonso. *Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil*. Porto Alegre: SAFE, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal. *Estudo de Avaliação de Experiência Brasileira sobre Urbanização de Favelas e Regularização Fundiária*. Rio de Janeiro, 2002.

INSTITUTO PÓLIS. *Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar*. São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.

JORNAL ZERO HORA, quarta-feira, dia 22 de outubro de 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: edições 70, 2005.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Manual de metodologia da pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *A função da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2006.

LEIVAS, Paulo Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. In: *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica, n. 02, 1993.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 3ª ed. Atualizada até 03.01.2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Tomás. *A política habitacional e fundiária no Brasil*. Seminário: Terra urbana para políticas sociais: aquisição e desapropriação. São Paulo: LabHab e Lincoln Institute of Land Policy, 2002.

MORETTO, Simone Santos; SOMENSI, Simone. Loteamentos irregulares e clandestinos: sua regularização no município de Porto Alegre. In: *Congresso de Direito Municipal: a federação e as políticas públicas em debate*. Porto Alegre: VT Propaganda, 2007.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de direitos humanos para juízes, magistrados do Ministério Público e advogados*. Série de Formação Profissional n. 09. Nova Iorque: Alto Comissariado das nações Unidas para os Direitos Humanos em cooperação com a International Bar Association, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008.

NAÇÕES UNIDAS. *Direitos Humanos: O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos n. 21 (ACNUDH). Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 18 de julho de 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OSORIO, Leticia Marques; SOSO, Patrícia Helena. *Direito de Preempção, Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OTERO, Paulo. A crise do “Estado de direitos fundamentais”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (org.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Potyara A. P. *Concepções e propostas de políticas sociais em curso: tendências, perspectivas e conseqüências*. Brasília: NEPPoS/CEAM/UnB, 1994.

_____. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTO ALEGRE. Diário Oficial de Porto Alegre – Órgão de divulgação do Município – Ano IX – Edição 2.295 – Quinta-feira, 3 de junho de 2004.

_____. Lei Orgânica do Município de Porto Alegre. Promulgada em 04 de abril de 1990. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/frames/setores/legilac/htm>.

_____. Lei Complementar n. 439, de 1º de dezembro de 1999 (Plano de Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental). Dispõe sobre o desenvolvimento urbano no Município de Porto Alegre, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portoalegre-rs-gov.br/planeja/spm>

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. *Plano Municipal de Habitação de Interesse Social – PMHIS-POA*. Porto Alegre: DEMHAB, 2007.

Revista REALIDADE. Rio de Janeiro: Editora Abril. Maio de 1972 – Ano VII – N. 74.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: promulgada aos 3 de outubro de 1989*. 9ª ed. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 40, de 12 de dezembro de 2003. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Poder Judiciário, Corregedoria Geral da Justiça – Projeto More Legal: Provimentos 39/1995, 01/1998, 17/1999, 28/04. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/legisla/publ_adm

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista de Interesse Público*, São Paulo: Notadez, n. 04, outubro/dezembro 1999.

ROCHA, Cristiano da Silva. *Regularização fundiária em Porto Alegre: um estudo da distribuição espacial*. Dissertação (mestrado): Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Geociências. Campinas, SP: [s.n.], 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária, Cinquentenário da Lei de Assistência Judiciária. In: *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 59, Junho 2000.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Mirandola, Giovanni Pico de la. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana – Parte I. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito do Consumidor* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, 1999.

_____. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 55, 2002.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

_____. *Nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano e as funções sociais da cidade*. Disponível em: http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=89. Acesso em 26 de maio de 2005.

_____. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista., In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Org). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos* - Tomo 7. Inédito.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 212, abril/junho 1998.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOTO, Hernando. *Revista Veja*, de 14 de março de 2007. “Um choque de ilegalidade”.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro 1989.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

TREISCH, Corinna. *Existenzminimum und Einkommensbesteuerung: Dogmengeschichte, Analyse der Besteuerungsprinzipien und Regelungsvorschlag*. Aachen: Shaker Verlag, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRUBEK, David. Economic, social and cultural rights the third world: human rights law and human needs programs. In: MERON, Theodor. *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho 2000.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

<http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=114>. Acesso em 14 de junho de 2005.

<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/progrmas/programa-urbanizacao-regularizacao-e-integracao-de-assentamentos-precarios/acao-de-apoio-a-programas-de-regularizacao-sustentavel-programa-papel-passado/apoio-a-projetos-de-regularizacao-fundiaria-sustentavel-de-assentamentos-informais-em-areas-urbanas-programa-papel-passado>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

http://www.polis.org.br/obras/arquivo_166.pdf Acesso em 06 de agosto de 2007.

<http://www.portoalegre.rs.gov.br/> Acessado em 02 de novembro de 2008.

<http://www2.portoalegre.rs.gov/cs>. Acessado em 15 de outubro de 2008.

http://www2.portoalegre.rs.gov.br/demhab/default.php?p_secao=77. Acesso em 03 de outubro de 2008.

<http://www.ibge.gov.br/cidades>. Acesso em 03 de outubro de 2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)