

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

**A Política Urbana e o Acesso à Moradia Adequada por meio da Regularização  
Fundiária**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Lígia Maria Silva Melo de Casimiro

**A Política Urbana e o Acesso à Moradia Adequada por meio da Regularização  
Fundiária**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado sob a orientação do Prof. Doutor Nelson Saule Júnior.

SÃO PAULO  
2010

Banca Examinadora

-----  
Prof. Dr. Nelson Saule Júnior

-----  
Profa. Dra. Daniela Libório

-----  
Profa. Dra. Betânia Alfósin

*“ A cidade é tanto do mendigo quanto do policial.  
Todo mundo tem direito à vida, todo mundo tem  
direito igual. Travesti, trabalhador, turista, solitário,  
família, casal. Todo mundo tem direito à vida, todo  
mundo tem direito igual.”*

*(Lenine/Arnaldo Antunes)*

*Ao Vitor e ao Gabriel (nosso amor em  
forma de gente), com vocês descubro  
diariamente novas razões para amar a vida  
e continuar lutando por um mundo melhor.*

*Aos meus pais, Fernando e Lourdes, pela forte presença em minha vida, apoiando meus projetos e as aventuras que me levaram para longe do seu convívio. Nenhuma conquista ocorreu afastada de suas bençãos e dos valores que imprimiram em meu espírito.*

*Às minhas queridas e dedicadas irmãs, Fernanda e Lívia, que nunca me negaram apoio e atenção. Por seu amor e generosidade ímpar, que Deus as abençoe em seus projetos.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço especialmente ao meu orientador Nelson Saule Júnior, profissional dedicado e brilhante, comprometido com a defesa da Justiça Social e do tratamento igualitário e sem discriminação para todos, que arrebatou discípulos por meio de seus escritos e ações positivas e corajosas, mas também pela generosidade e humildade com que lida com aqueles que dele se aproximam. O trabalho apresentado não seria possível sem seu apoio. Inicialmente por sua obra jurídica e suas palestras, depois pela sua atenção em me ouvir quando mal nos conhecíamos indicando os caminhos para o desenvolvimento das ideias. Por fim, porque, generosamente, aceitou orientar-me formalmente e, pacientemente, permitiu meu vôo e aterrissagem no universo do Direito Urbanístico quando ainda tinha a cabeça no Direito Administrativo. Após a experiência na produção desse trabalho dissertatório – realização de um sonho – o sentimento de admiração por tal área do Direito se transformou em paixão, e isso, em grande parte, devo ao Nelson.

Agradeço à cidade de Piraquara e aos seus habitantes, em especial aos moradores do bairro do Guarituba, que despertaram em mim um olhar mais crítico sobre as questões da cidade e me envolveram na luta pelo direito de morar dignamente, permitindo que eu descobrisse, na prática, que parte do (falso) conflito entre o direito de morar e o direito ao meio ambiente saudável é criado pelo desrespeito e descaso com a pessoa humana e com a coisa pública.

A Gabriel Samaha e a equipe de servidores da prefeitura de Piraquara, pela confiança em meu trabalho e por me fazer acreditar ser possível uma Administração Pública que busque a satisfação das necessidades de seus cidadãos, desde que haja vontade e compromisso com a justiça social.

Às professoras Daniela Libório e Betânia Alfonsin, membros da banca de avaliação da dissertação, por sua disposição fraterna em me auxiliar no processo de elaboração desse trabalho.

Ao professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, que muito contribuiu para o amadurecimento de minhas ideias e argumentos, a partir de suas pertinentes observações por ocasião da banca de qualificação de dissertação.



Com admiração, agradeço aos professores Willis Santiago Guerra Filho, Clóvis Beznos e Flávia Piovesan, pelas lições acadêmicas e de vida, propiciadas pelo convívio semanal permeado de debates que fomentaram muitas das ideias postas nesse trabalho.

À professora Maria Garcia, por sua vivacidade e empolgação com os temas árduos que envolvem o Direito e a sociedade, por sua visão sobre a cidade e por sua sensibilidade em receber minhas ideias e estimulá-las, minha gratidão.

Ao professor Márcio Cammarosano por sua especial contribuição.

Aos funcionários do programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Rui e Rafael, por sua atenção e gentileza quando a angústia tomava meu espírito.

Ao apoio da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que financiou meu trabalho de pesquisa e escrita permitindo que fosse feito em regime de dedicação exclusiva.

Aos amigos Henrique, Marina, Patricia Cardoso, Paulo Romeiro, Mariana Levy, Mariana Mencio, Cristiane Bittencourt e Júlia Plenamente, feitos durante o curso e que me fizeram crer que determinados encontros promovidos pela vida não são por acaso. A amizade firmada na solidariedade, no desprendimento e na crença por um mundo melhor não abandonará meu coração.

À Carin e Haroldo, pela presença amiga e carinhosa sempre estimulando o que há de melhor em mim.

Aos queridos amigos e admiráveis intelectuais Eneida Desiree e Emerson Gabardo, nenhuma palavra conseguiria retribuir e materializar meus sentimentos de gratidão pelas suas presenças em minha vida. Muito obrigado por me fazerem ver que o “importante é estarmos todos juntos”.

A Paulo Cezar Pedron e a tudo o que representa na minha vida e na de minha família.

Aos professores Valmir Pontes Filho, Philomeno de Moraes e Dimas Macêdo pela contribuição em minha formação acadêmica, fomentando desde cedo o interesse pelo Direito Público.

Ao ilustre professor Romeu Felipe Bacellar Filho pelas lições de Direito e pela

imensa generosidade com que sempre me acolheu, profissionalmente e pessoalmente.

Aos meus pilares caseiros, Creuza e Marisa. Sem elas não sei como teria conseguido chegar ao fim dessa caminhada, concretizando um sonho a tanto tempo gestado.

À professora Liana Maria da Frota Carleial, minha sogra, que não poupou esforços para me apoiar e estimular tanto no trabalho de pesquisa, quando me forneceu parte do material pesquisado e leu cuidadosamente meus escritos, quanto na presença física e emocional quando o cansaço e o desânimo tentavam me abater, muito obrigada!

Agradeço ao querido cunhado Ralph Fonseca e às famílias Carleial e Casimiro por personificarem tão fortemente o significado do termo família em minha vida.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que me auxiliaram contribuindo para o sucesso dessa empreitada que não é minha, mas de todos que lutam para que o mundo seja mais justo.

*“ E aprendi que se depende sempre, de tanta muita diferente gente.  
Toda pessoa sempre é a marca das lições diárias de outras  
tantas pessoas.”*

**(Gonzaguinha)**

## RESUMO

O Estado Democrático de Direito tem por base os direitos fundamentais em sua estrutura normativa, definidos de maneira destacada na Constituição de 1988. As diretrizes constitucionais para a política urbana têm como cerne o desenvolvimento e a promoção do direito social à moradia sempre em harmonia com o meio ambiente, em que a cidade deve cumprir sua função e permitir que todos dela usufruam. O Estatuto da Cidade descreve detalhadamente o traço de tal política conduzindo-a para a promoção do direito à moradia adequada, respeito e proteção ao meio ambiente natural, não descuidando, especialmente, das ocupações irregulares em todas as cidades do país. O instrumento para buscar o equilíbrio proposto pela nova política urbana é a regularização fundiária, que garante segurança e condições adequadas de moradia à população carente, conduzindo o administrador público a observar o tratamento dado pelas leis de conteúdo urbanístico, administrativo e ambiental, exercendo sua função administrativa à luz das previsões constitucionais e infraconstitucionais. A função administrativa deve agir de forma a promover o interesse público qualificado na promoção do direito à moradia adequada por meio da ação de regularizar, permitindo melhores condições de vida para a população de baixa renda.

**Palavras Chave:** Direitos fundamentais, moradia adequada, política urbana, função administrativa e regularização fundiária.

## ABSTRACT

The Democratic State of Law takes the fundamental rights as base in its normative structure, defined in a detached way in the Constitution of 1988. The constitutional routes for the landed regularization has as core the development and promotion of the social right of land, always in harmony with the environment, in which the city has to execute you function and allow that everyone use it. The Statute of the City describes in detail the aspect of such politics proposing the balance in the service of promotion the right of the adequate housing and the respect and protection to the natural environment, not neglecting, specially, the irregular dwellings in small and great cities of the country. The instrument to look for the balance proposed by the new urbane politics is the landed regularization, which will have to give security and worthy conditions of dwelling to the destitute population, driving the public administrator to observes the treatment given by the laws of town planning and environmental content, exercising his administrative function by the light of the constitutional and (infra)constitucional foresight. The administrative function needs to act as to provide the public interests in the promoting of the appropriate right of habitation trough the regularization action, allowing better conditions of life for the population of low revenue.

**Key words:** Fundamental rights, adequate housing, urbane politics administrative function and landed regularization.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>06</b>
1.1. Estado Democrático Social e Direitos Fundamentais.....	10
1.2. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.....	26
1.3.O debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	37
<b>CAPÍTULO 2 – AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA POLÍTICA URBANA PARA A MORADIA.....</b>	<b>47</b>
2.1. A política urbana na Constituição de 1988.....	47
2.2.Aspectos gerais do Estatuto da Cidade.....	67
2.3.Breve análise sobre a Regularização Fundiária e sua previsão normativa.....	86
<b>CAPÍTULO 3 - A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO E O DEVER DE VIABILIZAÇÃO DA MORADIA.....</b>	<b>103</b>
3.1. Administração Pública e políticas públicas.....	104
3.2. Noções sobre função administrativa, interesse público e discricionariedade.....	118
3.2.1. Sobre o Interesse Público.....	126
3.2.2. Sobre a competência discricionária .....	133
3.3.A atividade administrativa e o direito à moradia.....	139
<b>CAPÍTULO 4 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL.....</b>	<b>162</b>
4.1. Assentamentos informais e regularização fundiária.....	163
4.2. Específicos instrumentos para a ação de regularizar: zonas especiais de interesse social – zeis, usucapião especial urbano, concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.....	184
4.2.1. Zonas especiais de interesse social – ZEIS.....	185
4.2.2. Usucapião Especial Urbano.....	198
4.2.3. Concessão de uso especial para fins de moradia – CUEM.....	205
4.2.4. Concessão de direito real de uso – CDRU.....	212

4.3. Aspectos legais que transversalizam com o instituto da regularização fundiária.....	215
4.4. A atuação dos agentes públicos e sociais na regularização fundiária.....	232
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>243</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>250</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma reflexão sobre a postura do Estado diante da previsão constitucional do direito à moradia e o dever público em promover-lhe o acesso. Ainda, demonstrará que para os casos em que a população, por seus próprios meios, autopromoveu sua moradia ocupando irregularmente imóveis, privados ou públicos, a maneira devida para a promoção do acesso à moradia legal, digna e adequada é a regularização fundiária plena.

O direito fundamental social à moradia foi agasalhado, expressamente, pelo texto fundamental por meio da Emenda n.º 26\2000, ganhando maior dimensão e instrumentos para sua viabilização com as diretrizes para a implantação da política urbana, descritas de maneira inovadora na Constituição de 1988 e na Lei n.º 10.257\2001, o Estatuto da Cidade.

A análise não tem por objetivo exaurir o tema e elaborar novos conceitos em tal seara, mas firma compromisso com a problematização da questão apresentada, analisando transversalmente questões tratadas pelo Direito Urbanístico e pelo Direito Administrativo, demonstrando o conteúdo público de alguns institutos jurídicos, políticos e sociais que instrumentalizam a função pública de urbanizar e podem viabilizar o direito de morar dignamente desde que o Poder Público deles faça uso.

Na concepção atual do Estado brasileiro os direitos e as garantias fundamentais receberam uma dimensão constitucional que define concretamente sua feição jurídica e em que direção as atividades estatais serão exercidas, sejam elas administrativas, legislativas ou jurisdicionais.

A República Federativa do Brasil apresenta-se sob a égide do Princípio Democrático de Direito pautada em valores como dignidade da pessoa humana, cidadania, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça social. Contornos que o configuram também um Estado Social, ainda que não haja disposição expressa do termo.

Nessa perspectiva, a função estatal de promover a efetivação dos direitos fundamentais e assegurar-lhes o exercício é a principal responsável pela concretização do pleno desenvolvimento humano, a ser viabilizado especialmente por meio dos direitos sociais, ainda que os elementos políticos, sociais, históricos e econômicos que lhes circundam influenciem uma atuação estatal por vezes omissa, por vezes pouco eficiente, por vezes ativa e violadora de tais direitos.



A compreensão de como se deu a construção do Estado Democrático e Social de Direito, vinculado às lutas permanentes pelo reconhecimento e acesso aos direitos dos indivíduos e que receberam tratamento normativo ao longo da história, é de suma importância para defender uma postura estatal mais ativa e interventiva na sociedade, que além de proteger direitos, promova-lhes o acesso efetivo e pleno.

Os direitos fundamentais sociais, direitos identificados como de segunda dimensão, reconhecidos após grave crise social e econômica mundial, devem ser providos pelo Estado mediante prestações positivas que envolvem a elaboração de políticas públicas compromissadas e atentas à realidade. Tais direitos receberam assento constitucional em 1988 representando a base principiológica do Estado Democrático e Social de Direito, e vinculam a postura passiva e ativa do Estado quando do exercício da sua função.

Dentre tais direitos é o direito à moradia e sua viabilização, por ações do Estado, que recebe abordagem especial no trabalho apresentado. O destaque se dá atrelado ao formato que a Constituição de 1988 dá à política urbana nacional. Para além da positivação do direito de morar dignamente, o texto fundamental descreve diretrizes e metas para a questão urbana e o direito à moradia, vinculando o administrador ao dever de planejar e agir em prol da construção de cidades sustentáveis, firmando a centralidade do princípio da função social da propriedade como ferramenta para tal objetivo.

A política urbana brasileira tem sua mais estreita descrição na Lei n.º 10.257/2001, autodenominado Estatuto da Cidade, que contém em seu bojo diversos institutos e instrumentos compatibilizando direitos à luz da norma maior e dos textos legais, 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 as presentes e futuras gerações*. O Estatuto, portanto, acolhe ferramentas para adequar a cidade diante de situações futuras, presentes e pretéritas de ocupação do solo urbano.

A dimensão constitucional que ganha a cidade a partir de 1988, atrelada às normas constitucionais que propugnam pelo acesso ao exercício do direito à moradia adequada, merece detença tendo em vista o inusitado tratamento que concede à questão urbana e sua relação com a Administração Pública, braço executivo do Estado.

A mudança é estrutural e indica a ação de planejar envolvendo a regulação do uso e ocupação dos espaços territoriais, induzindo a dinâmica do mercado para que haja distribuição mais justa dos ônus e benefícios no processo de urbanização, indicando que cabe ao Poder Público assumir tal processo e estimular parcerias legítimas, promovendo a justiça social.

A assunção do direito social à moradia pela Constituição representou mais uma indicação positiva da participação do Estado no contexto das relações sociais e econômicas, pela elaboração de políticas públicas sociais e interventoras no domínio econômico, já que não seria possível atuar em uma área sem estar presente na outra.

As políticas públicas passaram a ter destaque no ordenamento jurídico como programas governamentais a serem gestados e implantados com o objetivo de tornar exequível o direito em questão, especialmente no tocante à regularização fundiária que ganha reforço com as previsões constitucionais no capítulo sobre política urbana, a serem destacadas no interior da pesquisa.

O poder econômico marca presença nos grandes, médios e pequenos centros urbanos por meio de indústrias, construção civil, mercado imobiliário e comércios, e, sob a promessa do desenvolvimento a todo custo, tem imposto, de forma clara ou não, um modelo de urbanização que se revelou, ao longo de décadas, o mais pernicioso possível.

A correlação de forças que faz da cidade o palco de vários conflitos sociais, causa e consequência da desigualdade social, também a torna desejável. A busca por melhores condições de vida, instigada pela promessa de desenvolvimento econômico e tecnológico alterou substancialmente o território urbano, gerando uma crise habitacional só piorada pelo descaso governamental.

A ausência de políticas públicas para a habitação exponenciou a procura da população pobre e desprovida de recursos materiais pelo acesso à habitação, sem a capacidade de atender ao exigido pelo mercado imobiliário. Tal conjuntura, provocada pela atuação especuladora e livre do mercado, com o apoio ativo ou omissivo do Poder Público, levou tais pessoas a ocupar irregularmente imóveis sem infraestrutura, situados, muitas vezes, em áreas ambientalmente frágeis, que só pioram a situação de exclusão social e degradação ambiental e humana.

Diante desse quadro e estando o texto fundamental comprometido com a busca por justiça social e superação das desigualdades sociais, o trabalho que ora se apresenta resgata ideias sobre a teoria do Estado e sua relação com os direitos fundamentais para demonstrar que o direito fundamental social à moradia representa o direito ao acesso à moradia. Tal direito, vinculado à dignidade da pessoa humana, que deve ter seu acesso promovido pelo Poder Público pela elaboração de políticas públicas direcionadas à população de baixa renda, cabe ser executado eficientemente pela função administrativa do Estado. O interesse público se identifica na promoção de tal direito, a ser viabilizado pela regularização fundiária.

Para tanto, em situações de ocupações irregulares, desde que não haja impedimento legal de nenhuma ordem, que não possa ser superado juridicamente, caberia a implantação da regularização fundiária.

A pesquisa realiza uma curta análise sobre os institutos do Direito Administrativo para embasar a defesa sobre o dever de regularizar que compete ao Poder Público, destacando que se trata de interesse público a ser promovido conforme ditam as normas constitucionais e infraconstitucionais.

O interesse específico no tema da regularização, demonstrando que se trata de exercício da atividade administrativa de resguardar o interesse público e promover o acesso a um direito consagrado, não é mera opção ideológica pela solução de problemas urbanos, unindo o ilegal com a proteção da lei, antes se trata de compreensão sobre o dever público de promover a igualdade material no acesso aos direitos, tal seja: o direito à moradia adequada às necessidades humanas.

O objetivo é esmiuçar, sem esgotar, o instituto trazido pelo Estatuto da Cidade, como e quando se dá o seu cabimento, como instrumento de viabilização do acesso à moradia adequada, que envolve também a proteção ao meio ambiente.

Aprofundando-se no tema, conforme declarado acima, busca-se verificar o tratamento dado pelas leis de natureza urbanística e ambiental ao direito à moradia, demonstrando o necessário diálogo entre tais áreas, que passou a ser positivado com a previsão da licença ambiental e urbanística na edição da Lei n.º 11.977/2009, que trata da regularização fundiária de assentamentos urbanos.

Com a edição da Lei n.º 11.977/2009<sup>1</sup> institucionalizando a Política Pública Habitacional para o país, a regularização fundiária qualifica-se definitivamente como um instrumento viabilizador do acesso à moradia, de dimensões definidas e vinculação específica, tendo em vista os requisitos que são apontados para que se implante a regularização fundiária de interesse social.

O instituto da regularização será observado como instrumento legal à luz da Constituição Federal, ou seja, da sua adequação aos princípios e regras constitucionais, do Estatuto da Cidade e também da Lei n.º 11.977/2009, que recebe uma análise de seu conteúdo no que se refere à Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos dividida pelo texto legal em Regularização Fundiária de Interesse social e de Interesse Específico. Tal lei ainda não recebeu análise concreta pela comunidade científica, dada a sua

---

<sup>1</sup> Sem prejuízo dos outros documentos legislativos que tratam do assunto, mas não especificamente sobre ocupações urbanas, e que foram indicados no bojo da pesquisa.

atualidade, embora seja reflexo dos debates ocorridos no Congresso Nacional em torno do Projeto de Lei sobre Responsabilidade Territorial.

O texto discorre ainda sobre os importantes atores envolvidos na questão da moradia e da sua viabilização oriundos dos mais diversos setores, demonstrando que a garantia de sua participação no processo de promoção da moradia pela regularização corresponde ao atendimento de uma das diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, a gestão democrática das cidades.

O trabalho propõe um olhar mais acurado sobre o instituto da regularização fundiária, embasado em argumentos jurídicos que incluem a nova lei, publicada quando este trabalho se encontrava em fase de desenvolvimento. Entende-se que deve ser reconhecido como instrumento à disposição do Poder Público, de grande valia para a ordenação do território urbano, dividido entre o legal e o ilegal, em que ambas as partes consomem recursos públicos e privados de toda ordem sem que com isso a adequação necessária à vida digna nas cidades seja provida.

## CAPÍTULO 1. ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora as manifestações sobre o entendimento e a formação do Estado de Direito sejam várias, tanto pela compreensão social que envolve a sua concepção como pela doutrina jurídica que, defendida primordialmente por Kelsen<sup>2</sup>, compreende o Estado como um sistema de normas, é possível localizar o núcleo substancial de tal ente na função de propiciar ao indivíduo a proteção, segurança e garantia de seus direitos: essa é a finalidade para o qual foi criado<sup>3</sup>.

A noção contemporânea sobre o Estado, sua função e finalidade resultam de um processo que envolveu a insurgência contra a presença de um poder soberano, ilimitado e autoritário, violador da integridade física e psicológica de seus súditos e os limites necessários para o controle do mesmo, atrelados à descrição formal nos textos Constitucionais da finalidade para o qual se constituiu o Estado de Direito<sup>4</sup>.

Para sua caracterização, várias são as discussões teóricas sobre seus elementos. Porém, o trabalho dissertatório não tem por objetivo desenvolvê-las, mas apenas embasar-se naquela que distingue e reconhece o Estado Moderno a partir de um pacto social, incluindo entre seus elementos, povo, soberania, território e finalidade<sup>5</sup>.

Para a compreensão da formatação conceitual e material do Estado de Direito Democrático e Social, é necessário um mínimo *excurso* por sua construção histórica, observando que seu fundamento sempre foi a tentativa de materializar a guarda e realização de direitos e garantias como a liberdade e a igualdade.

Sua função e sua finalidade, desde a designação como Estado Moderno, têm evoluído do reconhecimento jurídico dos direitos individuais por meio de conjuntos de leis que permitem intitulá-lo Estado Constitucional, primando pela proteção contra o arbítrio do poder sem limites, passando pelo reconhecimento da necessária participação do povo na elaboração das leis e decisões estatais, até uma atuação estatal mais ativa, superando a postura passiva de respeito aos direitos para ser, além de protetor, um promotor dos mesmos<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.273.

<sup>3</sup> A compreensão de tal finalidade parte das leituras dos filósofos do século XVIII, em especial a obra "Do Contrato Social", de Jean-Jacques Rousseau.

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 60

<sup>5</sup> GROPELLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1962. p. 103-104.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 41.

Historicamente, é possível entender a construção do Estado de Direito como a proposta de uma nova organização política<sup>7</sup> que, ao traçar os limites para o poder, reconheceu formalmente os direitos do indivíduo buscando eliminar o arbítrio no exercício dos poderes públicos<sup>8</sup>. No dizer de Paulo BONAVIDES<sup>9</sup>, fazendo “o direito de força ceder à força do Direito”.

O Estado Moderno, compreendido a partir da doutrina do contratualismo social aperfeiçoado por ROUSSEAU<sup>10</sup>, sofreu refreamentos no exercício do poder estatal quando da substituição da vontade individual do monarca pelo domínio da lei – materializada nos textos das Constituições<sup>11</sup> e dos Códigos – permitindo sua responsabilização quanto ao extravasamento que cause mácula aos direitos individuais.

Sobre a contenção do poder estatal, Weida ZANCANER<sup>12</sup> recorda a teoria de Montesquieu:

“Já o barão de Montesquieu pregava: *todo aquele que detém o poder tende a abusar dele. É necessário então que o Poder detenha o Poder.* Isto é, cumpre que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que aquele que executa as leis nem as faça ou julgue e que aquele que julga nem as faça ou execute. Havia, como há, nesta concepção, uma ideologia protetora dos indivíduos contra o uso indevido do Poder.”

Estruturou-se o Estado Moderno sob a égide dos princípios da legalidade, igualdade e da separação dos poderes ligando o poder soberano, a partir de determinado momento, ao valor supremo da lei que submetia a todos, refreando sua atuação por meio de uma estrutura que o fiscalizava, buscando equilibrar suas manifestações, blindando e protegendo a propriedade e a liberdade dos indivíduos<sup>13</sup>. A finalidade do Estado era, e é, a

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.200-201.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. 1ª ed. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda., 1999. p. 8-9

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007. p.40.

<sup>10</sup> “As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito: de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama – 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2206. p.22-23.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 40.

<sup>12</sup> ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n.º. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/01/2009.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. P. 20-22.

proteção dos direitos do homem.

Antonio Carlos WOLKMER<sup>14</sup> entende o Estado sob o prisma kelseniano, como organização de caráter político que objetiva a manutenção, coesão e regulamentação da força, dentro de uma formação social determinada.

A soberania, elemento caracterizador do Estado, de vinculado à pessoa do monarca inatingível, passou a ser compreendida na perspectiva do Estado submetido às leis que têm o dever de definir o ordenamento social e político. Com a transferência de sua titularidade, a soberania, indivisível e inalienável, passa a representar a vontade geral popular, legitimando o exercício do poder estatal<sup>15</sup>.

Pela ideia da separação dos poderes de Montesquieu, foram traçadas linhas limites para o governante, prevenindo a concentração de poderes e protegendo os direitos da liberdade<sup>16</sup>. O filósofo defendia a contenção do poder fundado em salvaguardar as liberdades da opressão impingida pelo próprio poder, balizando o pacto social<sup>17</sup>.

No Estado Constitucional, definidor de direitos e limitador, como já dito, da autoridade governante, a soberania, instrumento político do poder absoluto passou a submeter-se a um documento descritivo de direitos. Tal documento protegia a autonomia da vontade individual, organizava e limitava a concentração de poder, fixando balizas às autoridades. Trata-se, no dizer de Paulo BONAVIDES, do reconhecimento de Estado de Direito Constitucional, ente cunhado com a nomenclatura liberal e forjado nas ideias dos grandes pensadores do século XVIII<sup>18</sup>.

Da teoria que sustentava um Estado, segundo CANOTILHO, domesticado pelo Direito e submetido ao parlamento<sup>19</sup>, autodenominado liberal e atento à guarda da liberdade individual<sup>20</sup>, passa-se à necessidade não só de reconhecer a liberdade e a igualdade, mas também de concretizá-la. O Estado Constitucional da separação dos poderes, do poder das leis, é impulsionado a materializar os direitos que descreveu formalmente.

---

<sup>14</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 74.

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78-79.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.34 e 40-46

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brède e de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 42-45.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. 1ª ed. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda., 1999. p.16-17

<sup>20</sup> Afastado de maiores intervenções que pudessem ameaçar os direitos ou, quiçá, promover outros tantos.

Em virtude dos conflitos sociais que nunca se extinguíram, mas tão-só arrefeceram diante das conquistas formais resultantes da revolução, o Estado de Direito evolui compulsoriamente para um Estado de direitos fundamentais, superando a legalidade e a legitimidade desprovidas de valores sociais<sup>21</sup>.

A evolução é uma constante da vida e no que se refere às instituições e suas formas de comando não poderia se diferente. No Estado de Direito que primava pelos direitos fundamentais a democracia, que permitia a participação da classe burguesa nas decisões estatais, era a mesma que impedia a presença do povo afastando-o da formação da vontade estatal.

Porém, sob a perspectiva da teoria do pacto social o povo passou a clamar pela possibilidade de participação materializada na representação parlamentar e, de certa forma, foi atendido.

Para Pietro COSTA<sup>22</sup>, a acepção mais genérica do Estado de Direito vinculava-se à noção de um Estado submetido à lei, exprimindo sua vontade de acordo com o que dela provém, sem qualquer destinação funcional ou ligação a conteúdos específicos em suas ações. Trata-se da interpretação do Estado de Direito Constitucional Liberal em sua mais pura concepção, comprometido com a liberdade individual, porém descomprometido com a concretização de direitos para os menos favorecidos.

Sendo assim, a liberalidade do Estado regido pela lei não era suficiente para que este exercesse fielmente a função de promover a igualdade para garantir o bem comum – fundamento do contrato social. Para tanto, seria necessária uma sociedade de indivíduos autônomos perante o poder estatal, protegidos não só pela garantia de seus direitos, mas também pela promoção do acesso aos mesmos<sup>23</sup>.

Nessa perspectiva, destaca-se a relação do Estado Democrático Social com os Direitos Fundamentais, da sua construção atrelada à finalidade e às funções a serem exercidas, demonstrando a necessária promoção dos direitos, especialmente os de cunho social.

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 46-48.

<sup>22</sup> COSTA, Pietro. Estado de Direito e Direitos do Sujeito: O problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Marcelo (org.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p.58.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999, p. 9.



## 1.1. ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentre as diversas teorias sobre a origem e a formação do Estado, tem-se, de uma forma ou de outra, presente a ideia de poder e submissão entre fortes e fracos. Para KELSEN<sup>24</sup>, na leitura que faz sobre a teoria sociológica do Estado, as relações entre os indivíduos e tal ente podem ser vistas sob o conceito de dominação “como um relacionamento em que alguns comandam e governam, e outros obedecem e são governados”, demonstrando que entre as partes citadas há uma forte tensão a ser cuidada.

Embora reconhecendo tais condições, o jurista se mantém em rigorosa explicação sobre o Estado, omitindo-se de analisar os fins que lhe cabem<sup>25</sup>. Seguindo com e para além de tal linha de pensamento, traz-se a inteligência de CANOTILHO<sup>26</sup>, para quem o Estado de Direito é uma instituição juridicamente vinculada a princípios e regras jurídicas, exercendo o poder legítimo desde que pautado na soberania, marca característica do Estado Moderno.

Na perspectiva histórica da construção de tais ideias, não se pode prescindir de citar os conflitos entre o poder soberano e o indivíduo; a miséria, os privilégios de poucos diante do cenário de ruína de tantos, incitaram, na Europa ocidental, a consciência dos direitos identificados como inerentes à condição humana. O Estado de Direito se constrói pela busca de maior segurança na vida cotidiana dos indivíduos.

O Estado Moderno vai tomando corpo com ideias sobre liberdade e não intervenção do poder soberano, individualismo proprietário, diferenciações entre o que é público e o que é privado e a própria função do Estado: O Estado de Direito começava a existir<sup>27</sup>.

Fábio Konder COMPARATO explana sua compreensão sobre os fundamentos do Estado submetido ao Direito do ponto de vista das ideias de John Locke, que reconheceu a impossibilidade de desconsiderar o aspecto onipresente da tirania exercida pelos poderosos e passou a avaliar a necessidade de proteger a esfera individual da vida privada com a construção de uma proteção formada por direitos e garantias que impedissem a atuação arbitrária e opressora do soberano<sup>28</sup>.

Monopolizador de um poder irrepreensível, após a submissão ao Direito, o Estado

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 268

<sup>25</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. P. 45-46

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999. P. 26

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p.33.

<sup>28</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. cit. P. 204.

passou a ser visto pelos teóricos liberais como capaz de proteger a liberdade individual e a propriedade, além de garantir a igualdade perante a lei, definindo sua função a partir de ideais liberais, deixando para trás a característica do Estado Polícia<sup>29</sup>.

Ainda no século XVIII, John LOCKE<sup>30</sup> defendeu que cada homem guarda a propriedade de sua própria pessoa – a liberdade –, onde ninguém tem sobre ela qualquer direito. Essa liberdade que ele trata como propriedade sobre si poderia gerar frutos com seu trabalho.

Locke propugnava por um limite na acumulação de bens – o direito à propriedade – ao total daquilo que o homem poderia consumir. Mas esse limite logo foi superado com o surgimento da moeda, permitindo a compra da força de trabalho do homem livre, que poderia dispor de sua liberdade da forma como lhe aprouvesse.

O filósofo Jean Jacques ROUSSEAU insurge-se contra o sistema sustentado por Locke sobre a exploração do homem, defendendo sua liberdade<sup>31</sup> e demonstrando como ela depende de uma condição geral de igualdade ligada à questão econômica, já que em sua concepção, em uma sociedade livre todos vivem do sustento de seu próprio trabalho e não da acumulação de bens. Para ele, não há liberdade sem completa igualdade, contrapondo-se ao ideal burguês de que a liberdade geraria a igualdade<sup>32</sup>.

Todos são iguais e livres perante a lei, mas possuir a propriedade de bens outros é consequência de uma situação econômica e social que nem todos participavam. No dizer de Pietro COSTA<sup>33</sup>:

“Quem, porém, consegue ser também proprietário de bens externos demonstra dispor de dotes particulares: os dotes da industriiosidade, iniciativa, auto-controle, previdência, dos quais o não-proprietário é evidentemente desprovido.”

É preciso ressaltar que no pensamento de ROUSSEAU, a liberdade natural se distingue da liberdade civil, pois se aquela se submete a uma vontade individual, a outra deve se submeter a uma vontade geral, tendo em vista a presença do pacto social. A estabilidade do vínculo associativo – à luz do contrato social – e o seu sucesso dependem

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 2-3.

<sup>30</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo e outros escritos. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 96.

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

<sup>32</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. cit. P.249.

<sup>33</sup> *Estado de Direito e Direitos do Sujeito: O problema dessa relação na Europa moderna*. In: FONSECA, Marcelo (org.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p.68-69.

da subordinação do direito de propriedade ao direito que a comunidade tem sobre todos, para o bem de todos<sup>34</sup>.

Ainda na inteligência de Pietro COSTA<sup>35</sup>, liberdade e propriedade são reconhecidas como direitos invioláveis do indivíduo e também como estruturas de sustentação da ordem social a serem reconhecidas pelo poder soberano, protegidas de quaisquer interferências. Mas a igualdade, embora reconhecida como direito formal, não se realizava por refletir a ótica das relações entre proprietários e não-proprietários.

A defesa da igualdade e da liberdade era exercida, porém não impedia a situação real em que as diferenças econômicas e socioculturais limitavam o povo à condição de sujeitos discriminados quanto ao acesso material dos direitos, sofrendores dos abusos da relação desigual<sup>36</sup>.

A teoria contratualista do filósofo de Genebra defendia a liberdade com segurança, vinculada na alienação dos direitos de cada associado, que passariam a ser vistos como iguais sob o soberano comando da vontade geral, conformando-se em um corpo coletivo e unitário, em condições iguais para todos<sup>37</sup>. ROUSSEAU<sup>38</sup> descreveu a finalidade e a função de tal associação que se apresenta como uma reunião de vontades com um mesmo objetivo:

“[...] a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizassem, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada.”

Na teoria defendida por Rousseau, verifica-se um Estado cunhado em torno da vontade geral, única fonte da lei<sup>39</sup>, de interesses comuns que devem se harmonizar para

<sup>34</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2006. P. 25-29.

<sup>35</sup> *Estado de Direito e Direitos do Sujeito: O problema dessa relação na Europa moderna*. In: FONSECA, Marcelo (org.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. P. 58-59.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. *Estado de Direito e Direitos do Sujeito: O problema dessa relação na Europa moderna*. In: FONSECA, Marcelo (org.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. P.73.

<sup>37</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2006. P. 23-24

<sup>38</sup> Op. cit. P. 32.

<sup>39</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. P. 24.

garantir a sobrevivência do grupo social e de uma identidade que permita o reconhecimento de um para com os outros como iguais. Na prática o povo era mantido à distância dos direitos que havia conquistado formalmente.

Grotius, citado por Jean-Jacques CHEVALLIER<sup>40</sup>, entende o Estado como:

“um corpo perfeito de pessoas livres, que se juntaram no propósito de gozar tranquilamente de seus direitos, de olhos postos na sua utilidade comum.”

O filósofo parece entender que no pacto firmado todos eram livres e iguais, desconsiderando o desequilíbrio natural e o criado pela vida em grupo.

O Estado abraçava fundamentalmente o papel de defensor da liberdade individual com o dever de garantir que todos sejam regidos por uma mesma lei. À luz da teoria contratualista, a finalidade para o qual o Estado surge deve ser a de assegurar a segurança jurídica e política dos indivíduos<sup>41</sup>.

Ingo Wolfgang SARLET<sup>42</sup> recorda que a concepção liberal-burguesa do Estado firmou-se, ainda que transitória, pela positivação dos direitos fundamentais civis e políticos identificados como direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

A transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito, com enormes ganhos e avanços para a sociedade ocidental, não conseguiu cumprir a função de promoção da igualdade e, por conseguinte, da liberdade. A finalidade do Estado não é alcançada apenas com as garantias formais dos direitos pleiteados<sup>43</sup>, é preciso materializá-los permitindo o seu acesso.

A função de tutor da liberdade individual, expressão do ideal burguês de organização estatal, não conseguiu ser o instrumento condutor para a concretização do efetivo gozo dessa liberdade, pois a sua concepção para o alcance e a proteção dos direitos para todos desconsiderava a questão econômica, a (in)justiça social, tanto quanto a garantia concreta de liberdade e igualdade. Tal fragilidade imprimiu força para novos conflitos sociais personificados em reclamos por justiça social<sup>44</sup>, com a reivindicação popular pela

---

<sup>40</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político Tomo 1 Da Cidade-Estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico*. Trad. De Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. P.350.

<sup>41</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 70-71.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 53 e 56.

<sup>43</sup> GROPALLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1962. p. 103-104.

<sup>44</sup> ROSENFELD, Denis. *Introdução ao Pensamento Político de Hegel*. São Paulo: Editora Ática, 1993. pp. 42-45 e 73-74.

participação, igual e livre, nas esferas de poder.

Corroborando com tal interpretação utiliza-se o pensamento de Eduardo García de ENTERRÍA<sup>45</sup>, para quem “o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma”.

A consolidação do Estado Democrático de Direito, pela participação popular, surge da exigência cada vez maior de concretização da justiça social, mas sem perder de vista a coerência com o projeto inicial que objetiva o controle do poder estatal. Fala-se em consolidação, pois a democracia defendida pela burguesia não tinha por intenção a participação do povo, mas o amparo dos proprietários contra o governo tirânico e o alcance do regime de privilégios do qual não fazia parte<sup>46</sup>.

Se o Estado de Direito surge tendo como um dos objetivos a racionalização do exercício do poder, a legitimidade incontestada de tal atividade passa pela observância ao ordenamento jurídico-constitucional e pela possibilidade de que todo o grupo social seja destinatário de suas ações<sup>47</sup>.

A primeira grande referência à democracia foi feita na Constituição Francesa, de pensamento liberal, tendo como base a primazia do indivíduo. O maior teor democrático e social da Declaração Francesa caracterizou sua contribuição para o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais vinculados à democracia<sup>48</sup>. Para Arthur Machado PAUPÉRIO, a democracia baseia-se especialmente na ideia de que cada povo é senhor do seu próprio destino<sup>49</sup>.

Paulo BONAVIDES<sup>50</sup> estimula a reflexão sobre o fato de que o ideal de Estado, guardião das liberdades individuais e da igualdade perante a lei, exerceu seu *mister* sem estendê-lo ao povo, já que as conquistas provenientes das Revoluções ocidentais – com destaque para Francesa – refletiram, inicialmente, tão-somente na vida da classe formuladora das ideias que estimularam o levante: a burguesia.

Ao tornar-se classe dominante – com o auxílio do povo – fruidora da presença do Estado não-interventor, a burguesia absteve-se de sustentar os ideais antes bradados

<sup>45</sup> “ [...] el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre si misma, [...]” ENTERRÍA, Eduardo García. *La Lengua de los derechos. A formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Civitas, 2002. p. 124.

<sup>46</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 49

<sup>47</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 2ª tiragem, rev., aument. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 50.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.51-53.

<sup>49</sup> PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. P. 41.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. p.15-19.

para reconhecê-los apenas no campo formal. A democracia era, e é, uma das dimensões do Estado de Direito<sup>51</sup>, mas seu exercício não estava à disposição de todos. A simples adoção do termo, formalmente considerado por um modelo institucional, não substancializa a democracia<sup>52</sup>.

Segundo Paulo BONAVIDES, o Estado liberal-democrático foi pautado, inicialmente, pela ascendência do poder econômico burguês que passou rapidamente a dirigir o poder político até o rompimento causado pelas reivindicações populares de participação igualitária, trazendo para o rol de direitos substanciais, mas nem tanto, a igualdade<sup>53</sup>.

Da contradição entre os princípios defendidos formalmente e o que se verificava materialmente, eclode a crise que leva à superação do ideal burguês que não efetivava o ideal democrático.

Pietro COSTA recorda que a recusa da classe burguesa à democracia social, ao sufrágio universal, se dava com a defesa do direito ao voto censitário<sup>54</sup>. Em sua interpretação, a burguesia via no acesso ao voto, pelo povo, uma ameaça às conquistas auferidas com a luta revolucionária. O reconhecimento do direito à participação era tratado no campo da política e o entendimento de tal grupo social era o de que essa possibilidade resultaria no desmantelamento formal e legítimo do “ordenamento fundado na liberdade e na propriedade, cancelando o primado da qualidade sobre a quantidade, do número sobre a massa, de que dependem a civilização e o progresso ”<sup>55</sup>.

CANOTILHO aponta que o liberalismo político clássico, exercitado e defendido pela classe burguesa, compreendia a precedência da liberdade negativa sobre a participação popular. A liberdade de defesa contra intervenções do poder soberano era sua maior conquista e poderia ser abalada por um exercício positivo dessa liberdade, que seria a possibilidade de participação política nas esferas de poder<sup>56</sup>.

A igualdade material e, por conseguinte, a participação de todos como atores sociais passa a ser reconhecida como extensão do Estado de Direito mais pela necessidade contextual, política e social, do que pela rendição voluntária da burguesia. A dinâmica da sociedade solicita a evolução sem que se eliminem as conquistas já garantidas. O povo

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999, p. 27-29.

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

<sup>53</sup> Op. cit. p. 23.

<sup>54</sup> COSTA, Pietro. Estado de Direito e Direitos do Sujeito: O problema dessa relação na Europa moderna. In: FONSECA, Marcelo (org.). *História do Direito em Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p.60-61.

<sup>55</sup> Op. cit. p.61.

<sup>56</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999 p. 28-29.

foi mantido afastado das esferas de decisão até que passou a reivindicar fortemente pela sua participação. O povo passava a ser a questão fundamental da democracia, segundo os ensinamentos de Friedrich MULLER<sup>57</sup>.

Para KELSEN<sup>58</sup>, a ideia de liberdade leva à ideia de realização da democracia. Porém, é preciso ressaltar que democracia implica participação<sup>59</sup>, estando vinculada à liberdade e à igualdade, não existindo de fato se não é possível exercê-la plenamente, pois não cumpre o mandado de existir em proveito do próprio povo.

Não há dúvidas de que a Revolução Francesa foi significativa pela ruptura do Estado com características autoritárias e absolutas, firmando-se a defesa dos direitos do homem, mesmo que a concepção política autoritária ainda reverberasse entre os simpatizantes do antigo regime ou mesmo entre os burgueses.

O Estado tem como função realizar as aspirações que levaram à sua proclamação, sendo tarefa permanente, pois vinculada à sua própria essência<sup>60</sup>. No mundo ocidental, uma nova concepção de governar é reconhecida sob o lema revolucionário do respeito à liberdade e à igualdade, de universalidade incontestável<sup>61</sup>.

A garantia dos direitos fundamentais estava prevista legalmente, mas não se efetivava plenamente, ainda que o bem comum fosse o fundamento de tal concepção estatal. A liberdade, bem maior a ser protegido, era o valor máximo dos direitos civis e políticos e, à vista daqueles que a possuíam em detrimento daqueles que não conseguiam exercê-la, o Estado cumpria seu papel<sup>62</sup>.

Para que seja possível exercer a liberdade é necessário que haja condições para tanto. Tais condições quando pouco ou nada acessíveis tornam a liberdade um ideal desejado e não alcançado. O exercício dela, portanto, vincula-se a um conjunto de condições que nem sempre estão presentes na vida de cada cidadão, caracterizando a diferença entre as pessoas destinatárias do mesmo direito. Liberdade e igualdade andam de mãos dadas.

A par da querela sobre as diferenças inerentes à essência humana, que não

<sup>57</sup> MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998. p. 13-14.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.35.

<sup>59</sup> PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade: (os três caminhos)*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945. p.79-80.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.70.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 516-517.

<sup>62</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª edição, rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 138-139.

caberiam aqui por carecerem de extensa reflexão filosófica e sociológica, cabe falar do impedimento aos meios adequados para viver dignamente, que conduzem à ideia de liberdade e igualdade<sup>63</sup>.

A concretização dos direitos fundamentais somente se configura com a aproximação entre quem governa e quem é governado<sup>64</sup>. O próximo passo, após o reconhecimento da necessidade de um Estado submetido à ordem jurídica, era a materialização da autonomia e da igualdade, em que qualquer indivíduo pudesse manifestar sua opinião política sobre os direitos e deveres que lhe eram impostos, sendo também ator no controle do funcionamento estatal.

Para Arthur Machado PAUPÉRIO, seguindo o pensamento de Rousseau, a liberdade sem a igualdade é inócua e, ainda, “a democracia pressupõe a igualdade, através do que se pode chamar de *isonomia, isotomia e isogoria* (igualdade de direitos, igualdade de honras civis e igualdade do direito de falar)”<sup>65</sup>. Sendo possível falar em participação popular quando o povo pode exercer seus direitos e vê-los respeitados de forma igual, pois os direitos fundamentais consignados constitucionalmente são os fundamentos e a base do Estado Democrático<sup>66</sup>.

As reivindicações pela participação ativa do povo, pela via do parlamento, não aconteciam de forma isolada, mas concomitantes às convulsões sociais que tornaram tensos o debate sobre o acesso à cidadania e aos direitos descritos no instrumento constitucional da época.

Não se pode olvidar que o Estado liberal que respeitava os direitos civis, abstratamente, era também capitalista. Com a revolução industrial e o liberalismo econômico vieram o crescimento exponencial das desigualdades já existentes e a urbanização desenfreada com as migrações do campo para as cidades, aumentando as dificuldades socioeconômicas dos grupos sociais mais frágeis<sup>67</sup>. A igualdade jurídica não conseguiu eliminar as desigualdades construídas em anos de subjugo do fraco pelo mais forte<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: Direito Fundamental*. 2ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

<sup>64</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 128.

<sup>65</sup> PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976. p.44.

<sup>66</sup> MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998. p.63

<sup>67</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. P.51.

<sup>68</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P. 255.



A realização dos direitos fundamentais proclamados pela revolução e a necessidade de ajustamento sobre tais promessas legais ganham maior dimensão com a tentativa de consolidar o Estado Democrático, protegendo a liberdade individual atrelada ao bem comum e a princípios de justiça social. A efetivação dos direitos fundamentais proclamados na Declaração dos Direitos do Homem<sup>69</sup> precisava ser realizada pelo Estado com a participação do povo na ordem estatal<sup>70</sup>.

Se a liberdade é o núcleo central de todo o debate em torno da limitação do poder estatal nas lutas sociais do século XVIII, como referência de existência humana e convivência social<sup>71</sup>, a consolidação desse e dos demais direitos do homem carece de uma compreensão diferente e, também, de maior atuação interventiva do Estado. Diante de uma estrutura social cada vez mais contraditória e conflituosa, reflexo das relações de poder<sup>72</sup>, das relações comerciais sem limites e da acumulação de riquezas com a exploração da mão de obra barata pelos mais abastados, era preciso permitir ao povo participar não só do poder político, mas do econômico também.

O debate girava em torno da política e da economia. O desenvolvimento do capitalismo e o crescimento econômico não vieram desprovidos de grande custo social, atingindo uma parcela da população mais pobre que, despojada do acesso aos direitos, teve cada vez mais agravada a sua condição indigna de vida<sup>73</sup>.

Fábio Konder COMPARATO analisa tal questão com base na teoria defendida por Karl Marx sobre a classe burguesa e seu papel na transformação social operada após a revolução, destacando que a burguesia modificou a formação estrutural da nova sociedade, resultando no surgimento de classes sociais que, embora regidas pela mesma lei seguradora de direitos e deveres, estavam separadas pela desigualdade de condições e pelo direito de propriedade<sup>74</sup>.

Os conflitos sociais acirrados pela desigualdade econômica e social desnudaram o discurso da legalidade desprovida de valores e princípios cunhados na mais concreta acepção dos direitos fundamentais. A legitimidade da atuação estatal sob a égide da lei

---

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 55.

<sup>70</sup> PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade: (os três caminhos)*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945. P. 57.

<sup>71</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P.32-33.

<sup>72</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P.338.

<sup>73</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 16-17.

<sup>74</sup> Op. cit. P. 338-339

passava a ser cobrada pela realização de tais direitos<sup>75</sup>.

Os direitos civis e políticos inspirados e proclamados nas declarações de direitos inglesa, americana e francesa sob lema da liberdade, igualdade e fraternidade, foram reafirmados e reforçados no intuito de estabelecer garantias do cidadão contra os excessos do Estado<sup>76</sup>. A democracia moderna, reivindicada pelo povo, foi ganhando reforços pela função de tornar-se realizadora de um direito que cabia a todos: o da igualdade material. O abstencionismo estatal não dava conta de permitir o alcance material dos direitos positivados e prometidos.

A configuração dada aos direitos humanos granjeou reconhecimento formal pelo Direito como direitos fundamentais, expressão da expansão e aprofundamento da consciência coletiva sobre bens e valores inerentes ao ser humano<sup>77</sup>.

O reconhecimento formal dos direitos individuais pelas autoridades públicas competentes teve o grande êxito de comprometer as sociedades políticas com os valores éticos, buscando dar maior segurança às relações sociais. A autonomia individual do cidadão permite a viabilização da igualdade de condições para que se tenha acesso à vida humana digna.

Os direitos fundamentais da pessoa humana passavam não só a ser protegidos juridicamente, como também estavam imbricados com o princípio democrático que tem por essência a autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo. Desta feita, devem ser promovidos não só mediante seu reconhecimento, mas por meio de um conjunto de atividades materializadas na atividade administrativa do Estado, como bem sintetiza Rogério Gesta LEAL<sup>78</sup>. Para a proteção e promoção dos direitos fundamentais é necessário um agir preciso, vinculado juridicamente a valores que não permitam a omissão ou intervenção estatal lesiva e violadora da cidadania.

Paulo BONAVIDES destaca que a conquista do reconhecimento dos direitos civis e políticos, identificados como de 1ª dimensão, é o primeiro momento de aquisição formal realizada pelo Estado de Direito<sup>79</sup>. Tais direitos têm estreita ligação com o Estado

---

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. P.48.

<sup>76</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. P.47-48

<sup>77</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 57

<sup>78</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.74.

<sup>79</sup> A partir das ideias de Paulo BONAVIDES, opta-se por identificá-los como direitos em sua dimensão, por achar apropriado que a compreensão de sua unidade esteja mais explícita por meio dessa nomenclatura. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 524-525.

Democrático Social, já que buscam garantir a realização dos ideais que compõem sua formação e justificam sua existência. A participação política do cidadão, exercida livre e igualmente, legitima o Estado consagrando os valores democráticos e, portanto, devem estar ao alcance de todos, sem exceção.

Segundo Antônio Enrique Pérez LUÑO, o termo direitos fundamentais aparece no movimento político que conduziu, na França, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para depois obter destaque na Alemanha como fundamento de ordenamento jurídico-político, quanto ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado. Ainda sob sua inspiração, interessa ressaltar o entendimento de que os direitos fundamentais são configurações normativas dos direitos designados pela filosofia como humanos<sup>80</sup>.

Paulo BONAVIDES<sup>81</sup>, citando Carl Schmitt, entende que os direitos fundamentais são os direitos que o indivíduo possui em face do Estado, concretamente considerados. Por isso, escreve:

“Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.”

A interpretação e o reconhecimento da utilização do termo *direitos fundamentais* são aceitos neste trabalho como designativo dos direitos humanos incorporados à ordem constitucional do país, salientando que a escolha do termo não constitui desdém à existência e importância da nomenclatura direitos humanos. Embasa-se a escolha no comentário explicativo do mestre CANOTILHO:

“[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p.32-33.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.514-517.

<sup>82</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 391.

Ainda, complementa-se o raciocínio com o entendimento de Ingo Wolfgang SARLET<sup>83</sup> sobre a utilização diferenciada que identifica *direitos humanos* e *direitos fundamentais*:

“Tal distinção – em que pese outros possíveis fundamentos – já encontra sua razão de ser na existência de diversos planos ou esferas de posituação, notadamente na constatação – chancelada por expressiva doutrina – de que o termo “direitos fundamentais” aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje já reconhecendo-se a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.”

Ao longo da história percebe-se que da conquista da participação democrática, que nunca cumpriu todo o seu *mister*, um extenso caminho se trilha até o reconhecimento da falência do não-intervencionismo estatal – ainda que protetor formal da liberdade – passando pelos avanços tecnológicos e industriais que permitiram o desenvolvimento econômico de diversos países e a submissão à condição de pouco ou nenhum desenvolvimento de tantos outros. O passivo gerado por um conjunto de fatores que envolvem, inclusive, duas grandes guerras mundiais, conduz à necessidade de maior proteção aos direitos fundamentais do indivíduo e à sua promoção.

Para Celso BASTOS<sup>84</sup>, é o marxismo e suas ideias socialistas que desferem golpe fatal ao liberalismo clássico, conseguindo demonstrar sua face mais maléfica quando traz à balha o debate sobre o indivíduo e sua essência social, evidenciando a necessidade de condições materiais para a satisfação integral dos direitos prometidos pelo Estado Liberal.

A hegemonia do capital e a crise econômica dos pós-guerras conduziram o Estado a um novo papel, o de agente atuante e promotor de direitos, perquirindo uma mais justa distribuição dos bens. Não se deve esquecer que, no dizer de Eros Roberto GRAU, esse novo papel de agente ativo também preservaria o capitalismo – sob um novo regime – impedindo que o socialismo ganhasse força no ocidente<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (org.). *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 416.

<sup>84</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 178.

<sup>85</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo:

A crise dos ideais políticos por um Estado mínimo, agravada pela Primeira Guerra Mundial, permite que se conheça a proclamação de textos constitucionais de conteúdo social tal qual a Constituição mexicana, proclamada em 1917, após uma revolução que resulta em texto normativo comprometido com os direitos de natureza social, dando grande destaque para o balizamento da propriedade privada, cunhada positivamente sob um novo regime que lhe comandava ao exercício de uma função social<sup>86</sup>. Na Alemanha, com o final da Primeira Guerra, ocorre a promulgação da Constituição de Weimar<sup>87</sup>, documento marcante para o novo momento econômico, político e social, em que se busca equilibrar a luta pelo direito à igualdade material com os ideais capitalistas<sup>88</sup>.

Ambos os textos magnos inauguram um novo momento para o constitucionalismo ocidental, tornando-se uma referência no tocante aos direitos da pessoa humana, em especial os direitos designados como sociais, econômicos e culturais, trazidos ao mundo jurídico pelas lutas que definiram, mais uma vez, uma nova concepção de Estado, evoluindo para o reconhecimento de uma 2ª dimensão de direitos<sup>89</sup>.

A reivindicação de direitos como a proteção dos empregados diante dos contratos de trabalho a que se submetiam, intervenção na ordem econômica e definição da função social da propriedade – pontos nevrálgicos para o Estado Liberal – conduziu ao reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Tais direitos passaram do debate no cenário político a ser reconhecidos formalmente, em texto constitucional, por uma série de regras e princípios impregnados pelo clamor de justiça social, objetivando a construção de uma nova sociedade<sup>90</sup> que toma corpo após a Segunda Grande Guerra.

Carlos Frederico MARÉS ressalta que as condições de trabalho nos países industrializados eram as piores possíveis, e o debate sobre a propriedade – um dos direitos garantidos e blindados pelo discurso liberal – ganhava mais cor, a ser reivindicada como um direito a ser restringido para que todos pudessem ter-lhe acesso<sup>91</sup>. As lutas de ideias e de classes voltaram a permear a realidade dos grandes centros, conclamando a

---

Malheiros Editores, 2002. p.44-45.

<sup>86</sup> Op. cit. p. 92-93.

<sup>87</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 210-211.

<sup>88</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 162-163.

<sup>89</sup> Opta-se pela nomenclatura utilizada por Ingo Wolfgang SARLET, embasando-se nas justificativas que o jurista expõe. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 49

<sup>90</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.67-68

<sup>91</sup> MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 81-83.

novas mudanças por uma sociedade mais justa, que satisfizesse as necessidades vitais do indivíduo.

O Estado passa a ser demandado para dar atendimento às necessidades da sociedade que ressurge<sup>92</sup> e sua base fundamental está no reconhecimento, na proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o novel conjunto de direitos, intitulados sociais.

Ainda, o Estado de Direito, incapaz de evitar a ocorrência de grandes guerras mundiais, além da formação de ordens ditatoriais que tanto maltratam o ser humano, apresentou-se, também, inábil para evitar o flagelo da miséria. Os direitos fundamentais e tudo que os permeiam ultrapassaram as fronteiras de cada Estado, tornando-se questões de âmbito universal.

Com o advento de tantas mudanças sociais, o Estado passou a intervir direta e indiretamente no domínio econômico ensejando o desenvolvimento a partir da produção, circulação e distribuição de riquezas. No domínio social, foi convocado a empreender políticas públicas que promovessem a concretização dos direitos individuais e sociais, realizando a justiça social ao lado do regime capitalista. Público e privado se aproximam e a Administração Pública passa a exercer um importante papel na estrutura estatal.

O Estado Democrático e Social de Direito mesmo incapaz de responder a todas as demandas, é uma grande conquista da humanidade. Para Carlos Ari SUNDFELD<sup>93</sup>, é possível compreendê-lo como:

“Em termos sintéticos, o Estado Social e Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social.”

Os direitos fundamentais se constituem em exigência à consagração da autonomia dos cidadãos e de um Estado forte e soberano. Como medida do autêntico Estado democrático social, emitem comandos para que se viabilizem os direitos conquistados formalmente, por meio de condições materiais que incluem o acesso material à participação ativa nas decisões estatais e aos bens que geram condições ao exercício da cidadania<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 69-70.

<sup>93</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 2ª tiragem, rev., aument. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 54-57.

<sup>94</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade, Vol I*, Rio de Janeiro: Boitempo, 1997. p. 345

A mudança necessária para modificar o cenário de desigualdades e injustiças sociais não é feita somente pelo reconhecimento dos direitos, mas por meio do compromisso ético entre o Direito e do Estado deflagrando a proteção aos menos favorecidos contra a dominação socioeconômica da minoria rica e poderosa<sup>95</sup>. A solicitação de um papel mais ativo do Estado em diversos segmentos da sociedade busca garantir a efetividade dos direitos fundamentais e objetiva equilibrar as relações sociais, como bem comanda o texto constitucional que os reconhece.

Os direitos fundamentais foram sendo conquistados ao longo de toda uma história de luta, avanços e retrocessos, construídos sobre a ideia de direitos inerentes à natureza do homem, ainda que a busca por seu reconhecimento e respeito não tenha findado<sup>96</sup>.

Considerados em sua magnitude, os direitos fundamentais referem-se aos direitos individuais, políticos, sociais e institucionais<sup>97</sup>, prescrições que impedem não somente violações praticadas pelo Poder Público contra tais direitos, mas também comandam sua promoção, já que a igualdade é pressuposto para a liberdade, e o Estado assumiu o *mister* de garanti-las<sup>98</sup>.

Do ponto de vista histórico é possível dizer, segundo Norberto BOBBIO, que a afirmação dos direitos fundamentais evolui e coincide com uma nova concepção orgânica de sociedade que encara os membros que a compõem, individualmente, como sujeitos de direitos a serem reconhecidos pelo Estado que para com eles teria deveres. Dessa ideia decorre o entendimento sobre a finalidade do Estado e sua função de proporcionar ao indivíduo liberdade e condições para exercê-la, dando-lhe tratamento igualitário sob o escudo de valores como a justiça<sup>99</sup>.

A busca do bem comum, como finalidade do Estado, por si mesma não há de garantir que todos os cidadãos sejam capazes de alcançá-lo. Nessa perspectiva é que o Estado democrático e social republicano atuante deve agir a partir do reconhecimento das diferenças e contradições inerentes à vida social, equilibrando as condições para uma vida digna<sup>100</sup>. Afinal, o Estado não é e nem deve ser uma estrutura de funções e órgãos

<sup>95</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 279.

<sup>96</sup> GARCIA, Maria. *DESOBEDIÊNCIA CIVIL Direito Fundamental*. 2ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2004. p. 186.

<sup>97</sup> Maria GARCIA cita Meirelles Teixeira na identificação do que vem a ser os direitos políticos, que são os atribuíveis ao indivíduo na sua qualidade de cidadão, como parte do elemento pessoal do Estado (Nação) membro da comunidade política e participante ativo do poder político; os direitos sociais, direitos a prestações positivas do Estado, objetivando criar condições concretas para o efetivo exercício das liberdades e os direitos institucionais, que objetivam garantir a existência de instituições, institutos, princípios jurídicos dentro do Estado. *DESOBEDIÊNCIA CIVIL Direito Fundamental*. 2ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2004, p.189.

<sup>98</sup> Op. cit. p.188 - 189.

<sup>99</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 4-5.

<sup>100</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar

que acabam alocando-se de forma estanque e distanciada da realidade que o cerca<sup>101</sup>.

O Estado brasileiro manifesta seu compromisso com o pleno desenvolvimento humano, blindando os direitos fundamentais contra a atuação estatal omissa e (ou) violadora, gerando a possibilidade da garantia de tratamento igualitário material, tal qual prescreve teoricamente a norma constitucional<sup>102</sup>.

É sob tal perspectiva que a opção política do Estado brasileiro apresenta-se na Constituição de 1988 elencando os direitos fundamentais em um grande rol, descrevendo os direitos sociais protegidos pelo sistema normativo, como o direito à moradia<sup>103</sup>.

## 1.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Estado regido por um conjunto de leis não logra seus objetivos sem a concretização dos direitos do indivíduo, que passa pela efetivação dos direitos fundamentais e da democracia. É a garantia de eficácia desses direitos que afiança a legitimidade do agir estatal, definida no texto constitucional.

Não se olvida a existência de vários Estados opressores e violadores de direitos, protegidos sob a capa jurídica de uma democracia desnaturada. Ainda que existam, entende-se que a supressão e a negação textual dos direitos inerentes à condição humana não possuem mais espaço no mundo contemporâneo. A relação entre Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais é indissociável<sup>104</sup>.

De forma geral, os textos constitucionais ocidentais incorporaram valores de justiça social concretos, exigindo por meio de diversos comandos normativos (regras e princípios) sua materialização<sup>105</sup>.

A inclusão de valores e princípios no bojo do documento magno assinalou efetivamente o Estado Constitucional, desenvolvendo-se e ultrapassando o cerne dos

---

Editor, 2000. p. 169-171.

<sup>101</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro; Renovar, 2007, p.151 et seq.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*, in: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dir). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v.4 p.137-191.

<sup>103</sup> “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 69.

<sup>105</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.72-73.



direitos civis e políticos para buscar a afirmação de outras dimensões<sup>106</sup> de direitos, estabelecendo metas e diretrizes instrumentais para a concretização do valor supremo eleito: a dignidade humana<sup>107</sup>.

Os direitos fundamentais ocupam, hoje, significativa presença na pauta de debates da função estatal, com destaque para as exigências quanto à materialidade dos direitos consagrados formalmente, que não se realizam sem que se criem condições para tanto. Para além de tal exigência, tem-se a compreensão dos mesmos em dimensões<sup>108</sup> que se somam de maneira indivisível, levando ao entendimento de que sua efetividade é o maior objetivo a ser alcançado.

A realização de tais direitos está vinculada à previsão, à manutenção e ao acesso do direito à igualdade de oportunidades que a lei deve propiciar por meio de comandos que possibilitem o alcance e o exercício da cidadania para todos, em especial para as minorias desprovidas de condições de se autodeterminar sem a participação do poder público.

O debate sobre os direitos sociais é, na verdade, o debate sobre a promoção da igualdade material humana, em que o Estado deve dar relevância à garantia da igualdade<sup>109</sup> real de oportunidades no acesso aos recursos básicos para todos, ultrapassando o discurso jurídico-formal e viabilizando a aquisição desses direitos.

No Brasil, as questões sociais que desembocam no clamor por direitos sociais receberam alguma atenção a partir de 1930, o que na visão de Antônio Carlos WOLKMER<sup>110</sup> poderia ser encarado muito mais como uma manobra estatal autoritária do

<sup>106</sup> Cabe a Paulo Bonavides a referência à expressão *dimensões* ao invés de *gerações* de direitos. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 525. Grifo nosso.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p.50-53.

<sup>108</sup> Paulo Bonavides destaca, na 22ª edição de aclamado livro sobre Direito Constitucional, até a quinta geração de direitos fundamentais, defendendo o vocábulo *dimensão* para designá-los, passando pela 1ª dimensão/geração que prevê os direitos civis e políticos, a 2ª prevendo os direitos sociais, culturais e econômicos, vinculados umbilicalmente ao direito à igualdade, caminhando para a proteção do gênero humano como 3ª dimensão/geração, como o direito ao meio ambiente, direito de comunicação, direito ao desenvolvimento; reconhecendo a 4ª dimensão/geração na globalização dos direitos fundamentais como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, para enfim, definitivamente, aportar na 5ª dimensão/geração de direitos, o direito à paz. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 562-583.

<sup>109</sup> Iluminando a ideia traz-se a explanação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais.” O jurista nos fala da igualdade material a que objetiva a lei, quando prevê a condição de iguais a todos que se submetam ao seu comando, considerando as diferenças ou desigualdades existentes na pluralidade social. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. 3ª ed., atual., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.12.

<sup>110</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Editora

que mesmo o resultado de uma conquista histórica, em uma sociedade autônoma e sólida em seus valores.

As primeiras conquistas jurídicas ficaram restritas aos direitos trabalhistas e previdenciários com a demarcação dos direitos civis e políticos, até que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático comprometido com os direitos individuais e sociais, descrevendo um amplo rol de direitos fundamentais, sem prejuízo dos que possam vir a ser reconhecidos, diferenciando-se e aperfeiçoando os textos magnos anteriores<sup>111</sup>.

Para Jorge MIRANDA<sup>112</sup>, em sua acepção material, direitos fundamentais são:

“[...] direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade.”

No instrumento constitucional brasileiro, mesmo não sendo possível encontrar específica e textualmente a declaração constitucional da opção por um Estado Social de Direito, encontram-se definições jurídicas balizadas pelo valor da justiça social e pelo indicativo da realização dos direitos por meio de ações estatais que estruturam a dimensão prestacional de tais direitos<sup>113</sup>.

Os direitos fundamentais sociais são os direitos de segunda dimensão positivados na esfera constitucional ao lado dos direitos de primeira dimensão, caracterizados como direitos afirmadores da autonomia e da proteção à não interferência do Estado.

A promoção do acesso aos direitos fundamentais sociais e a presença de um Estado não-violador dos direitos da pessoa humana é o grande desafio que possuem os agentes públicos, não tão-somente à luz das normas legais e dos regulamentos administrativos, mas a partir do texto constitucional, que determinam sua atuação de maneira a preservar e proteger a dignidade da pessoa humana, promovendo a igualdade material.

O respeito à dignidade da pessoa humana, valor-fonte da ordem jurídica e fundamento da República Federativa do Brasil é finalidade e consequência do respeito aos direitos sociais, à cidadania, ao direito a ter direitos<sup>114</sup>.

Recepcionados por diversos textos constitucionais em vigor no Ocidente e, portanto,

---

Acadêmica, 1989, p.34.

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed., rev. e atual. até a emenda constitucional n.57, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 89.

<sup>112</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 7.

<sup>113</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 336-339.

<sup>114</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 146-152

não somente no Brasil, os valores correspondentes à concretização da justiça social e da proteção aos direitos fundamentais, representados pela proteção à cidadania e à dignidade da pessoa humana, passam a pautar a atuação do Estado, ainda que sua materialidade esteja distante, tendo em vista a dimensão que tomaram as mazelas sociais.

Dessa maneira, compreende-se que é íntima a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais como um todo, mas especialmente com os sociais, a qual se conceitua com as palavras de Ingo Wolfgang SARLET, que entende

“[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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”<sup>115</sup>.

O valor da dignidade passa a ser o sentido próprio do Estado, sendo sua atuação fundamental para garantir o acesso aos direitos por parte de todos e, especialmente, por parte de grupos de pessoas marginalizadas e miseráveis que ainda não conseguiram, sequer, materializar o *status* de cidadãos<sup>116</sup>.

O Estado brasileiro, conduzido por regras e princípios que traçam um perfil ativo das funções estatais, concebeu um novo formato para sua Administração Pública, que deve atuar como interventora e promotora do acesso aos direitos, definidos como fundamentais ao desenvolvimento e bem-estar do indivíduo.

Os princípios que caracterizam o Estado brasileiro refletem sua configuração, e a violação de quaisquer desses princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas também a todo o sistema de comandos, representando a insurgência contra todo o sistema<sup>117</sup>.

No dizer de CANOTILHO<sup>118</sup>, é preciso levar a sério o reconhecimento dos direitos

---

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62.

<sup>116</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. In: *Revista Interesse Público*, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999. p.23-48

<sup>117</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*, 2 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 300

<sup>118</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 64.

fundamentais sociais, independente das dificuldades que se apresentam para a sua materialização, haja vista inclusive a reconhecida crise por que passam a eficácia e a operatividade do Estado Social<sup>119</sup>.

A conjugação de ideais como a proteção aos direitos fundamentais sociais, a configuração de um Estado responsável por obrigações sociais e a autodeterminação democrática<sup>120</sup> caracteriza o Estado de Direito Democrático e Social. Pelo papel que desempenham os direitos sociais são habilitadores de toda a gama de direitos inerentes à condição humana, conduzindo ao desenvolvimento individual e coletivo e ao resguardo da dignidade humana<sup>121</sup>.

A positivação dos direitos sociais como fundamentais é uma resposta ao desamparo institucional que se encontram as classes sociais desprovidas do acesso material aos direitos e, conseqüentemente, desprovidas de dignidade<sup>122</sup>. Entende-se que tais direitos, objeto da luta dos movimentos sociais, seja nesse ou em outros séculos, deve ser encarado sob a perspectiva da dignidade, como exigência para a concretização dos fins do Estado<sup>123</sup>. Sendo, também, uma nova direção para o Estado de Direito que, ao influxo de comandos advindos do capital, não baliza as relações sociais e políticas – cada vez mais complexas –, atuando sem considerar os valores que justificam e fundamentam o pacto social e a criação do próprio Estado.

A viabilização dos fins do Estado passa pelo reconhecimento e pela consolidação dos direitos, não como ficção, mas como reais conquistas resultantes da busca pelo pleno desenvolvimento humano, pela consagração da convivência social democrática, em que as instituições públicas e as representações políticas possam a cumprir sua função em um Estado que se intitula Democrático Social de Direito<sup>124</sup>.

Ao Estado, por suas características democráticas, cabe respeitar e institucionalizar todos os direitos, tendo em vista o comando expedido pela Constituição e não atuar de forma distante e isolada dos fenômenos sociais e econômicos que caracterizam a

---

<sup>119</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.77.

<sup>120</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p.224.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p.86.

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 126.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.86.

<sup>124</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.85-87.

situação do país<sup>125</sup>.

Para Rogério Gesta LEAL<sup>126</sup>, citando Bobbio,

[...] se estes direitos têm tamanha força e significação jurídica e política, ainda o grande combate é fazê-los efetivos e operacionais junto ao cotidiano de uma cidadania cada vez mais violada e afastada deles. Para tanto, não podemos crer que o Estado Liberal ou Mínimo possa contribuir, mas, pelo contrário, entendemos que apenas com um modelo de Estado promovedor de tais direitos é que podemos vislumbrar uma mínima possibilidade de implementação daquelas *promessas*.

A cidadania plena não pode ser alcançada somente por sua garantia formal, inclusiva tão-somente dos direitos civis e políticos, é preciso que haja condições materiais para exercê-la, donde o papel do Estado para as camadas mais pobres da população é fundamental<sup>127</sup>.

Corroborando com tal raciocínio, Zigmunt BAUMAN aponta para o que seria o grande desafio do mundo contemporâneo, não mais o reconhecimento dos direitos individuais ou sociais, mas sim sua viabilização por meio do diálogo entre o Poder Público e a sociedade, conciliando a liberdade e a segurança coletiva, pela igualdade material de condições<sup>128</sup>.

Na visão de DWORKIN<sup>129</sup>, a característica fundamental do Estado de Direito estrutura-se na crença em um valor intrínseco de todos os seres humanos, o ideal de igualdade que, segundo Gisele CITADINO<sup>130</sup>, pressupõe indivíduos independentes, com seus direitos fundamentais garantidos para que tenha a oportunidade de influenciar a vida política, realizar seus projetos e assumir as responsabilidades pelas decisões tomadas em sua vida, na medida da autonomia que lhes foi garantida.

Os princípios e objetivos traçados pelo texto constitucional vinculam os órgãos estatais como um todo<sup>131</sup>, vinculando o Poder Executivo, que deverá respeitar os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, propor e realizar as políticas públicas necessárias à

<sup>125</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.91

<sup>126</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

<sup>127</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Cidadania. In.: GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 199-200.

<sup>128</sup> BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 169-170.

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.211

<sup>130</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p.156

<sup>131</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

satisfação de tais direitos por meio de sua função política/administrativa e prestacional.

Tais princípios também vinculam o Legislador, que deverá atuar propondo políticas que promovam e protejam os direitos fundamentais, assim como fiscalizar a atuação administrativa zelando pela sua promoção. Ainda, vinculam o Poder Judiciário que, ao exercer sua atividade decisória, deverá zelar pela promoção e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Fruto da luta social pela democratização no país, a Lei Maior de 1988 inaugurou uma nova fase do ordenamento jurídico brasileiro tornando os anseios sociais preceitos fundamentais constitucionais<sup>132</sup>. Os valores políticos e sociais da sociedade brasileira foram impressos no texto formal, descrevendo o compromisso com a dignidade da pessoa humana e a justiça social, impondo diretrizes à concretização dos direitos consagrados<sup>133</sup>.

Ao delimitar a opção política do Estado brasileiro, o texto constitucional marca-o com características que o configuram pelo compromisso com a proteção e promoção dos direitos, definindo o conteúdo social de suas normas, aderindo, no dizer de Ingo Wolfgang SARLET, às várias compreensões sobre os direitos fundamentais, não se limitando apenas à teoria liberal dos direitos<sup>134</sup>.

Os direitos fundamentais sociais estão descritos em capítulo próprio e pela historicidade de sua conquista demonstram a função identificadora do Estado Social e Democrático de Direito. Além desse capítulo, encontra-se na Constituição um título especial sobre a ordem econômica e a ordem social orientando o Estado no tocante ao seu desenvolvimento, vinculado a preceitos de justiça social, reafirmando o conteúdo social que a lei fundamental possui<sup>135</sup>.

Os objetivos fundamentais<sup>136</sup> da República brasileira desvendam o caráter teleológico e estruturante dos princípios constitucionais, definindo a orientação política do

<sup>132</sup> BINEBOMJ, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

<sup>133</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 93

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 77-78.

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.786-788.

<sup>136</sup> “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

Estado e seus objetivos. Pelo descrito, determina-se ao poder estatal o cumprimento de seus deveres para com a coletividade, que incluem a proteção dos direitos e a criação de condições favoráveis que assegurem uma existência humana digna. A realização da justiça social passa pela consecução do Estado Democrático e Social de Direito em toda a sua expressão<sup>137</sup>.

Os direitos fundamentais sociais estão objetivamente descritos a partir do artigo 6º da Constituição<sup>138</sup> da República quando diz:

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

Seguindo a linha do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais o texto magno passou a prever expressamente o direito à moradia, inserindo-o no rol de direitos fundamentais sociais a partir da emenda constitucional n.º 26, datada de 14 de fevereiro de 2000<sup>139</sup>.

A dimensão jurídica dada ao direito fundamental social à moradia dá conteúdo e acentua as situações subjetivas às quais todos devem ter acesso, individualmente ou em grupo, podendo ser encaradas sob a forma de prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente e, também, como possibilidade de concretização dos direitos de primeira dimensão, intitulados direitos de liberdade e igualdade<sup>140</sup>.

O não reconhecimento efetivo do direito fundamental social à moradia compromete inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade – no sentido de liberdade e igualdade material – atuando como meio propulsor e agravante do desrespeito aos demais direitos, envolvendo também o aumento no índice da exclusão social no país, o desrespeito aos demais bens juridicamente protegidos, para não falar no abalo da própria

<sup>137</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p. 291.

<sup>138</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>139</sup> Fala-se em reconhecimento expresso, mas o direito à moradia já era reconhecido constitucionalmente como direito no artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estabelecendo que o salário mínimo deve garantir condições de atendimento às necessidades vitais básicas suas e de suas famílias como a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, transporte e previdência social. SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 167.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 187

democracia<sup>141</sup>.

A descrição feita pela Constituição de 1988 revela a continuidade do que foi declarado pelos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, definido como Estado Democrático. Se os objetivos do Estado estão na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais, na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com a positivação dos direitos sociais como fundamentais não é possível desvincular-se do entendimento de que o rol descrito no artigo 6º tem a finalidade de possibilitar qualidade de vida àqueles que, desprovidos de condições materiais de acesso a determinados bens, possam alcançá-los e desses usufruir, na condição de cidadãos que são.

A concretização do direito à vida digna pode se dar com a igualdade perante a Lei, realizada pela atuação positiva do Poder Público e pela divisão do ônus social com todo o grupo<sup>142</sup>.

Para Ingo Wolfgang SARLET<sup>143</sup>, o caráter de fundamentalidade dos direitos se dá pela seguinte interpretação:

“Assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).”

Ao fazer citação sobre a compreensão do jurista gaúcho intenta-se destacar a função dos direitos fundamentais sociais. O indivíduo que não tem acesso à educação, à

---

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de março de 2009. p. 8.

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 286-287.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de março de 2009, p.11.



saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, está desprovido de condições para viver dignamente, não possui concretamente seus direitos senão teoricamente falando.

Adota-se a concepção defendida por parte da doutrina brasileira e até estrangeira que compreende os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações e às liberdades sociais, que colocam não só à disposição da pessoa humana, meios materiais para o real exercício dos direitos, garantindo autonomia para que se desenvolva pleno em capacidades, para agir como cidadão, como também garantem a defesa contra o ataque aos direitos fundamentais<sup>144</sup>.

Para o presente trabalho necessário delimitar que dentre os direitos fundamentais sociais<sup>145</sup>, é o direito à moradia que recebe toda atenção e destaque. Compreende-se que a previsão constitucional de tal direito é resposta e reconhecimento à real situação do indivíduo pós-revolução industrial, em que a tensão entre a previsão dos direitos e seu alcance, por todos os membros da sociedade, está distante da realização e por isso mesmo não pode mais ser ignorada.

A previsão do direito à moradia figura efetivamente nas ações prestacionais do Poder Público que, ao permitir a fruição de certos bens, produz a igualdade material pela compensação das desigualdades sociais, eliminando o desnivelamento que tem impedido o acesso à concretização daquilo que o Estado comprometeu-se a proteger<sup>146</sup>. Trata-se de dar cumprimento aos ditames da justiça social em toda sua amplitude.

É a igualdade substancial que é promovida pelos direitos fundamentais sociais, levando à ideia de superação das diferenças que impedem o alcance da dignidade humana. Mais do que o direito de ser tratado pela lei de forma igualitária, a pessoa

---

<sup>144</sup> Refere-se aqui às posições de José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet e Robert Alexy. Não se desconsideram as demais interpretações feitas por outros doutrinadores. Porém, como não se trata de objeto da pesquisa, entende-se não ser necessário maior aprofundamento sobre tal debate, optando-se pela reflexão sobre os direitos de natureza prestacional especialmente. Sobre os autores que defendem a classificação citada, eis a referência: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 e ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>145</sup> Verifica-se que há uma distinção entre os direitos sociais quando os que versam sobre os direitos dos trabalhadores tratam de categoria específica de pessoas, titulares de tais direitos por meio da relação de emprego que mantenham com seus empregadores. Tais direitos não configuram prestação positiva do Estado, mas a proteção e defesa daquele que é a parte mais fraca da relação contratual de trabalho. Não é objeto de interesse da presente pesquisa, que cuida de observar a participação ativa do Estado, promovendo a dignidade da pessoa humana quando permite ao indivíduo o acesso a determinados direitos que se encontram inalcançáveis. Referências em SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 145.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 232-233.

humana, seja ela quem for, alcançou o direito a ser diferente e a ser tratado na medida da sua diferença, com as mesmas oportunidades que os demais. Para Paulo BONAVIDES, citando Norberto Bobbio, os direitos fundamentais conquistados não se interpretam, concretizam-se<sup>147</sup>.

O desafio, porém, não reside somente na alusão aos direitos em texto normativo, em que o Estado os concede por meio da juridicidade, mas na sua materialização, que depende de planejamento, planos, ações e instrumentos que os possam tornar efetivos.

Tal raciocínio poderia sustentar a defesa de que os objetos dos direitos fundamentais sociais nada mais são do que políticas públicas a serem implementadas pela ação executiva do Estado<sup>148</sup>, mediante o planejamento e previsões orçamentárias que garantiriam seu caráter de progressividade.

Discorda-se do ponto de vista que os vê unicamente como políticas públicas a serem acionadas, por entender que a viabilização, proteção e promoção de quaisquer direitos importa também em medidas relativas a políticas públicas, ainda que alguns ensejem tão-somente a abstenção do Estado em não feri-los<sup>149</sup>.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais sociais, como o direito à moradia, induz à atuação do Poder Público pautada na busca pela proteção do bem-estar do indivíduo, condicionada ao mínimo essencial para o alcance da dignidade.

Sobre tal positivação e a eficácia das normas que os preveem, aduz Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente frágeis<sup>150</sup>.”

<sup>147</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 572.

<sup>148</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa do direitos econômicos, sociais e culturais, in.: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da. (coord.) *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 249.

<sup>149</sup> Além das situações que tratam dos direitos dos trabalhadores, em que os destinatários das previsões legais são entidades privadas. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.239-240.

<sup>150</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, 57/58, 1981.

A Constituição abriga o direito social à moradia acolhendo a orientação para uma postura ativa do Estado, mediante ações substantivas que protejam e concretizem tal direito em benefício do bem-estar social de toda a coletividade, a partir do respeito à dignidade humana.

Ainda assim, é fato que não se pode olvidar, sob pena de tratar o tema superficialmente, que o exercício dos poderes públicos passa pelo campo das disputas e decisões políticas, em que a promoção dos direitos fundamentais sociais, à luz do que define a Constituição, decorre também de uma visão mais evoluída da sociedade, já que envolve e envolverá sempre questões sobre distribuição e redistribuição de riquezas<sup>151</sup>.

Ao apontar os direitos fundamentais sociais e sua relação com o Estado intenta-se demonstrar sua contribuição para o pleno desenvolvimento humano, não desconectado do processo político, social e econômico de emancipação do indivíduo.

A discussão sobre o tema das políticas públicas como objeto dos direitos fundamentais sociais, tal seja o direito à moradia, resulta do debate maior sobre a eficácia e efetividade desse direito que, seja qual a teoria aceita, envolverá também a disponibilidade de recursos e o planejamento para a implantação de políticas públicas para os direitos fundamentais como um todo, dada a sua característica de interdependência e indivisibilidade.

### **1.3. O DEBATE SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

A ordem jurídica contemporânea, arduamente conquistada, não poderia admitir, no estágio atual da civilização, a existência de um grande grupo de pessoas sem condições materiais mínimas de subsistência, despidas do acesso a várias das necessidades humanas primárias, dentre elas a moradia. O direito fundamental social à moradia corresponde a um anseio que busca, por meio de padrões mínimos, a realização da dignidade humana.

Os direitos sociais representam uma mudança paradigmática para o direito, modificando a postura passiva do Estado para uma atuação de cunho prestacional, ensejando obrigações de fazer viabilizadoras do acesso aos direitos sociais.

Paulo BONAVIDES, citando Carl Schmitt, comenta que os direitos sociais configuram-se como garantias institucionais constitucionais que solicitam realização por

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.426-427.

meio de instrumentos, reconhecendo o Estado por sua função maior, a de promotor do desenvolvimento humano sadio<sup>152</sup>.

Na interpretação coerente e sistemática<sup>153</sup> do texto constitucional, o Estado há de proteger direitos, implantando serviços e atuando no sentido de não condenar à indignidade aqueles que se encontram impossibilitados de ter acesso a tais condições por mérito próprio.

O direito à moradia, à educação e à saúde, para que possa desenvolver-se e participar ativamente do Estado democrático, não podem ser assistidos ao longe pelo Poder Público. Como condição para a realização da dignidade humana, são instrumentos que viabilizam a justiça social almejada pelo Estado Democrático e Social, sendo, segundo Ingo Wolfgang SARLET, tarefas de distribuição, redistribuição e serviços de bens materiais, a serem exercidas pelo Estado<sup>154</sup>.

No dizer de Nelson SAULE JÚNIOR,

“O direito à moradia como integrante dos direitos sociais, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado por meio da execução de políticas públicas, no caso, em especial, da promoção da política urbana e habitacional<sup>155</sup>.”

O debate sobre a eficácia dos direitos sociais, garantias institucionais traçadas na Constituição Federal, passa não só pela obrigatoriedade de o Poder Público promover seu acesso, como também pela possibilidade de que o cidadão venha a exigir a execução concreta das políticas públicas e prestação de serviços públicos concernentes a tais direitos, protegendo-os, promovendo-os e implementando-os, sob pena de tornar literatura ficcional a previsão constitucional dos direitos civis e políticos, que não serão exercidos em sua plenitude sem o acesso aos direitos sociais.

Reafirma-se, a legitimidade do exercício do Poder estatal passa pela viabilização dos direitos fundamentais do qual faz parte o direito social à moradia. Não como concessão que o Poder Público poderá fazer, desde que entenda importante, mas como dever respaldado no texto constitucional por meio de vários dispositivos.

---

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. Atual. E ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 567.

<sup>153</sup> Referência à clássica obra sobre a interpretação do Direito do Professor Juarez Freitas. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.235-236.

<sup>155</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.152.

A questão sobre a eficácia vem sendo discutida no Brasil ao longo de pelo menos uma década, atrelada não somente à realidade político-social e econômica do país, mas também à interpretação político-ideológica que se tem feito da Constituição, conduzindo a uma série de escolhas governamentais que muitas vezes têm-se afastado do campo social.

Ainda que o texto magno seja claro quanto aos princípios fundamentais do Estado brasileiro<sup>156</sup>, direitos e garantias individuais de substrato social, a atuação do Poder Público oscila entre o reconhecimento e o desconhecimento, o atendimento e a desconsideração da realidade do país, caracterizada por tantas mazelas sociais, como o sem-número de pessoas desabrigadas ou habitando em condições insalubres e indignas.

Falar sobre eficácia dos direitos fundamentais sociais é tratar da eficácia das normas que os preveem e, também, sobre os valores plasmados no ordenamento fundamental, reconhecendo que se trata de um debate ideológico a ser superado, para reconhecer na Constituição a definição formal dos fins do Estado brasileiro.

Tal debate ideológico nunca deixou de existir. Porém, é com a nova compreensão sobre a atuação estatal, que passa da postura liberal para a busca do bem-estar social, que as funções do Poder Público se modificam, objetivando harmonizar social e economicamente o convívio em sociedade.

O resultado de anos de liberdade na economia e nas relações desiguais entre quem detém o poder e quem a ele se submete gerou uma grande distorção social, deixando claro que o Estado não é o único capaz de oprimir o indivíduo e o capitalismo sem freios impõe obstáculos ao pleno desenvolvimento humano. O objetivo da concepção de um Estado mais presente é tentar neutralizar as distorções sociais e econômicas geradas,

---

<sup>156</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

com ações que possam promover a igualdade material, indo além da previsão teórica da igualdade jurídica<sup>157</sup>.

A atividade estatal recebe ordens a partir de um conjunto de normas de conteúdo social que CANOTILHO, por influência do constitucionalismo alemão, cunhou de *Constituição dirigente*<sup>158</sup> e que refletiu na concepção do texto fundamental brasileiro de 1988, não somente por mera cópia legislativa, mas porque a situação solicitava maior abertura na visão dos nossos parlamentares, além das pressões provocadas pelos movimentos sociais.

Na compreensão de Celso Ribeiro BASTOS, a igualdade material que permitiria a fruição de bens para melhorar as condições de vida do povo estaria prevista na Constituição sob a forma de normas programáticas<sup>159</sup>.

A Constituição de 1988 define fins e comandos de ação para a concretização dos direitos fundamentais sociais que José Afonso da SILVA entende apresentarem-se de forma imprecisa, como simples instruções de esquemas genéricos carecedoras de atividade legislativa infraconstitucional, constituindo normas de princípio programático que não regulariam diretamente a ação dos órgãos estatais, mas traçariam os princípios a serem cumpridos, visando realizar os fins sociais do Estado<sup>160</sup>.

Se José Afonso da Silva descreveu doutrinariamente o entendimento sobre normas programáticas, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>161</sup> escreveu sobre a eficácia das normas constitucionais. Eros Roberto GRAU<sup>162</sup> contribuiu para o conceito de tais normas jurídicas e Paulo BONAVIDES<sup>163</sup> apoiou a eficácia dos direitos fundamentais sociais em sua obra sobre Direito Constitucional. Tal doutrina foi e é fundamental para a sustentação das ideias que defendem e reforçam sua efetividade.

Com o Estado de Bem-Estar Social em crise, iniciado ainda no final da década de 1970, início da década de 1980, passa-se a solicitar uma reforma estatal que leva parte dos estudiosos a tratar dos direitos sociais com um novo enfoque, sugerindo a

<sup>157</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.156-157.

<sup>158</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982, p.371.

<sup>159</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.179.

<sup>160</sup> José Afonso da Silva cita Meirelles Teixeira ao posicionar-se quanto à compreensão do conceito de normas programáticas, deixando claro que ainda há espaço para maiores esclarecimentos. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.138.

<sup>161</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, 57/58, 1981.

<sup>162</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.126.

<sup>163</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.374.

possibilidade da justiciabilidade limitada, da carência de eficácia plena, encarando-os apenas como diretivas para a atividade administrativa<sup>164</sup>.

Nesse período cresce o movimento por uma reforma do Estado que busca enfrentar a questão a partir do modelo social e econômico, tentando justificar a necessidade de uma reformulação administrativa superando o Estado prestador para se chegar ao Estado regulador, garantidor e gerente<sup>165</sup>.

Tal defesa acontece ao lado dos efeitos sinistros advindos da globalização econômica e da nova forma de defender o liberalismo, intitulado neoliberalismo, relacionados com o aumento das pressões socioeconômicas e da exclusão social. Somados ao enfraquecimento do Estado, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, está a incapacidade de o Poder Público assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais, permitindo que haja um reforço na dominação do Poder econômico sobre as massas de excluídos.

Entre os defensores da plena eficácia dos direitos sociais, a maior mudança de concepção encontra-se na postura do professor lusitano Canotilho que passou a defender os direitos sociais pelo viés da não-vinculação, caracterizando-os como de gradativa realização, dependentes do orçamento do Poder Público, dentre outras características, rendendo-se à concepção da carência de eficácia plena, que favorece a omissão da atuação estatal.

É a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais que substancia os direitos sociais, não permitindo fazer-lhe diferenças quanto aos demais direitos garantidos na Constituição brasileira.

Porém, para Ricardo Lobo TORRES<sup>166</sup>, tal tese sofre abalo quando trata de dar materialidade aos direitos, deparando-se com vários impasses dentre eles o da dependência do legislador infraconstitucional e da sua previsão no orçamento. Não se desconhece o limite orçamentário, nem a falta de previsão legal para que lhe garanta o investimento, porém não se compreende como impeditivo determinante para o não provimento do acesso aos direitos tendo em vista o dever de planejamento que cabe ao Poder Público.

---

<sup>164</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.72.

<sup>165</sup> PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 28.

<sup>166</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

O Estado é o promotor dos direitos fundamentais com a função de redistribuir a riqueza na sociedade por meio de políticas públicas e prestações de serviços. No entanto, assoberbado de tarefas não cumpridas, abre espaço para o entendimento de que os direitos fundamentais sociais sofrem com a ausência do caráter de eficácia.

Passou-se a defender uma distinção entre os direitos fundamentais, em que os direitos sociais necessitariam de ponderação para serem efetivados, ficando ao cargo do legislador e da Administração, comportando análise sobre sua essencialidade, que estaria atrelada à condição da reserva do possível.

A reserva do possível e o princípio da dignidade da pessoa humana passam a ser reconhecidos como condutores da prestação estatal “jus fundamental”, ainda que a dignidade da pessoa humana seja princípio fundamental da República Federativa do Brasil e a reserva do possível, interpretação importada de decisões judiciais dos tribunais alemães<sup>167</sup>.

Diferente daqueles que utilizam o argumento da reserva do possível para manter a inércia estatal, Alexy defende que tal argumento – no sentido do que o indivíduo pode exigir como prestação – não pode ter como consequência a ineficácia do direito<sup>168</sup>.

Na compreensão de Gustavo Amaral, citado por Ricardo Lobo TORRES, os direitos sociais são essenciais para definir a promoção e garantia de acesso a todos os direitos, sem exceção, defendendo que a ação prestacional de um direito sempre corresponde a um custo para o erário e, ainda, quanto maior for a essencialidade do direito para o indivíduo, maior deverá ser a excepcionalidade para que não seja provido<sup>169</sup>.

O Estado Constitucional ocidental trata as questões relativas aos direitos fundamentais respaldados em uma matriz básica que respeita os elementos democráticos e sociais como informadores da ordem jurídica, mesmo que afeito a variáveis que envolvem a condução de políticas públicas e as escolhas materiais feitas pelo governo, reflexos da conjuntura espacial e temporal que respira o país.

Ainda assim, não se pode olvidar que a definição dos direitos fundamentais em texto constitucional também foi uma escolha política que os fixou como pilares da nova ordem jurídica, positivando e protegendo os direitos e pondo-os a salvo das oscilações de humor,

---

<sup>167</sup> Os alemães também consideram ponto central dos direitos fundamentais a personalidade humana livre e dignamente desenvolvida dentro da comunidade. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.489.

<sup>168</sup> ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 498.

<sup>169</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.76.



superando o entendimento de que se trata de mera concessão estatal.

A dignidade da pessoa humana, qualidade intrínseca da pessoa humana, quando inserida no capítulo primeiro do texto fundamental não foi posta para o Estado como uma opção de escolha, mas como dever fundamental à sua proteção<sup>170</sup>.

O caráter social dos direitos fundamentais é essencial para promover e garantir a igualdade material, o acesso aos direitos civis e políticos, permitindo que a existência digna de cada indivíduo se concretize a partir da intervenção ativa e planejada do Estado.

Em verdade, o debate que ocorre em torno da teoria dos direitos fundamentais de cunho social tem como ponto-chave a discussão sobre as prestações materiais do Estado e sua obrigatoriedade, inegavelmente vinculada ao valor fundante da ordem jurídica estatal. A dignidade da pessoa humana, que não escolhe a quem acolher, pois inerente à condição humana. O direito à autonomia, consequência da liberdade individual, também se concretiza pela ação estatal e não pode ser visto somente sob o viés da individualidade, mas também sob o ponto de vista da comunidade<sup>171</sup>.

O acesso aos direitos fundamentais sociais passa, inegavelmente, pela postura ativa estatal, que não está desligada das escolhas políticas feitas por quem representa o Poder. Ainda que esteja evidente o cenário de disputas em que se encontram tais direitos, não cabe falar em eficácia limitada tendo em vista os instrumentos que o próprio texto constitucional colocou à disposição da Administração Pública, haja vista o dever de planejar, a obrigatoriedade da expedição de Plano Diretor Municipal, no que diz respeito à questão urbana e o direito à moradia<sup>172</sup>.

Robert ALEXY descreve critérios para a compreensão de tais direitos, buscando auxiliar na elucidação da questão jurídica, posta por quem nega a eficácia dos direitos sociais. São três critérios em que o primeiro divide as normas de direitos fundamentais naquelas que conferem direitos subjetivos à prestação e aquelas que obrigam o Estado objetivamente. O segundo critério as encara como vinculantes e não vinculantes, quando

<sup>170</sup> Corroborar-se com Ingo W. Sarlet sobre a ideia de que a dignidade da pessoa humana não deve ser tratada como um direito fundamental à dignidade, mas como um valor jurídico fundamental – norma-princípio - da comunidade, em que estariam inseridos os direitos à existência digna, à proteção, respeito à condição humana, de plena eficácia na ordem constitucional, merecedora de respeito e atuando, também, como mandado de otimização, ordenando sua observância (como tarefa do Estado) e a sua realização em diversos graus, não podendo ser sacrificada com o respaldo de tal justificativa já que sua natureza jurídica vincula a ação estatal. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.70-77.

<sup>171</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p.144.

<sup>172</sup> Ainda, importante citar o caso de instrumentos jurídicos como o Usucapião Urbano e a Concessão Especial de Uso que auxiliam no acesso à moradia segura, ambos citados pela Constituição Federal e que terão tratamento preciso nos próximos capítulos.

seriam consideradas normas programáticas, e o terceiro critério, aquele em que as normas fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, podendo ser vistos como princípios ou regras. Tais critérios, segundo o professor alemão, podem ser combinados entre si, produzindo uma variedade de normas *jusfundamentais* em que avalia o direito ao mínimo vital como um direito subjetivo definitivo e vinculante.

O autor expõe, ainda, opinião sobre o conteúdo mínimo e máximo dos direitos, em que o indivíduo teria direito a um espaço vital e a um *status* social mínimo extraído da dignidade inerente a todo ser humano, ou ainda quanto ao conteúdo máximo, quando se fala em realização plena dos direitos fundamentais como o direito à educação, caracterizado pelo direito à emancipação cultural-intelectual, a individualidade, a autonomia político-social, ao pleno desenvolvimento<sup>173</sup>.

O mestre alemão, ao apontar prós e contras das ideias que debatem os direitos fundamentais sociais, chega à questão das consequências de sua não realização, que afasta o indivíduo, especialmente o destituído de condições materiais, do acesso à cidadania. Faz a análise indicando a necessidade da ponderação entre princípios de ordem pública e social, balizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal identificação de sua anatomia estaria vinculada à dogmática jurídica individualizada dos diversos direitos fundamentais, o que leva ao entendimento da inevitável diferenciação entre cada um dos direitos sociais<sup>174</sup> garantidos na Constituição e que nunca poderiam ser tratados à maneira do tudo ou nada, tal seja a realização completa da prestação ou a absoluta inexistência da mesma.

Ensina-nos o jurista que para iniciar a análise sobre tais direitos e sua *jusfundamentalidade* é necessário considerar se há urgente exigência de levar-se em consideração o princípio da liberdade fática, o princípio da divisão dos poderes e da democracia e se princípios materiais opostos, como a liberdade dos demais. Sobre a liberdade material, o que não poderia ser diferente, defende a importância dela para o indivíduo e de como sua segurança está atrelada aos direitos sociais, prestados de forma a atribuir ou restituir condição mínima de satisfação pessoal que promova o pleno desenvolvimento humano, individual e em grupo.

Quanto à divisão dos poderes e à democracia – garantias institucionais – trata de considerar os direitos sociais como condição para sua viabilização e manutenção segura,

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.483-486.

<sup>174</sup> Embora reconheça a necessidade de uma resposta mais detalhada sobre cada direito consagrado como fundamental social, trata o tema de forma geral. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p.483-486.

já que atuam como pressuposto para os demais direitos fundamentais. É dizer que uma sociedade livre, justa e igualitária tem condições de comandar-se e participar do exercício legítimo do Poder democrático, elegendo seus reais representantes, deliberando sobre as questões públicas, controlando o exercício do Poder, desde que todos tenham condições materiais para exercer sua cidadania com dignidade<sup>175</sup>.

O desafio de promover direitos em um país em desenvolvimento como o Brasil é uma árdua tarefa. Sua efetivação somente tem condições de ocorrer mediante esforços conjugados por uma ordem jurídica comprometida com valores sociais fortes, vontade política atrelada e compromissada com o Estado Constitucional e participação da sociedade como parceira do Poder Público.

Para tanto, é necessário à sociedade evoluir o pensamento para além do acúmulo ilimitado de bens nas mãos de poucos, absorvendo a ideia de subordinação do sistema ao interesse coletivo<sup>176</sup> e limitando o Poder econômico que corrobora para a exploração do indivíduo e compromete a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é importante reproduzir as palavras de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“[...] é claro a todas as luzes que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados<sup>177</sup>.”

O Estado brasileiro optou por sagrar normas constitucionais de valores sociais que fixam o perfil do Estado, sua função e finalidade, finalizando uma ordem protetiva de valores que tem como substrato nuclear a dignidade da pessoa humana.

A descrição dos direitos fundamentais sociais na Constituição são determinações atreladas a tais valores que estão espalhados por todo o texto fundamental. Há uma clara opção política pelo dever de amparar o grupo social mais vulnerável, buscando

---

<sup>175</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

<sup>176</sup> CAVALCANTI, Themístocles B. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. 3. São Paulo: José Konfino Editor, 1949, p. 276.

<sup>177</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 781.

assegurar-lhe o mínimo vital, plasmado a partir dos princípios fundamentais para depois indicar sua forma de promoção. Em análise acurada e comprometida com o texto magno e a história política, social e econômica do país pode-se verificar o atrelamento da função estatal aos dispositivos contidos na Lei Maior.

A orientação que o Estado recebe encaminha-o, para além da orientação política de cada governo, à realização da cidadania brasileira e do acesso ao rol mínimo de condições para viver dignamente.

Tais disposições, que identificam a forma de viabilização dos direitos fundamentais sociais, nem sempre estão claramente definidas no texto constitucional, o que favorece a interpretação de sua eficácia limitada, o que não é o caso da moradia.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais tem a função de manter o mínimo vital ao alcance de todos, mesmo que fatores sociais e econômicos gerem grave perturbação à ordem social, sob pena de violar o que foi definido como fim do Estado de tal forma que seria atentatório à ordem pública.

Quanto à ideia de estarem submetidos a normas de configuração programática, lhes destituindo de eficácia plena, entende-se que seu reconhecimento como normas constitucionais não estaria atrelado tão-somente a essa interpretação.

Corroborando com nosso entendimento apresentam-se as ideias de Vidal Serrano NUNES JÚNIOR<sup>178</sup> que analisa a “gênese dos direitos sociais” constatando que eles têm como elementos caracterizadores a condição de direitos às prestações públicas por meio de serviços e ações efetuadas pelo Poder Público, sendo também destinatários da intervenção estatal que equilibra e protege as relações em sociedade. Defende que os direitos sociais devem ter seu acesso viabilizado como garantia contra as deformidades geradas dentro da própria sociedade, que podem ser promovidas por um desequilíbrio socioeconômico ou mesmo pela ação nefasta e poderosa de determinados grupos econômicos, o que não raro gera ônus para toda a sociedade.

A desigualdade natural que existe entre as pessoas da sociedade não deve impedir o acesso aos direitos que são garantidos a todos. Portanto, a participação do Estado além de promovê-los coíbe os abusos que podem ser perpetrados por quem tem mais poder.

Ao proceder leitura sobre os direitos fundamentais sociais verifica-se seu imbricamento com os demais direitos previstos no texto constitucional, todos carecedores de proteção social para que se mantenham preservados. Para sua consolidação, foram

---

<sup>178</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 - Estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p.68-69.

pautados diretrizes, metas e instrumentos jurídicos de toda ordem, indicando o caminho a ser seguido pela ação estatal.

É fato que nem todos os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição receberam a mesma gama de descrição, cabendo ao legislador infraconstitucional e ao administrador público a análise individualizada e especial, seja no tocante a tratamento mais específico por lei própria, seja quanto à definição prioritária da política pública a ser usada para sua realização. Porém, em nenhum momento é possível verificar a autorização para que os Poderes de Estado possam fazer análise valorativa sobre este ou aquele direito, se omitindo em dar-lhes a atenção necessária à sua consumação, principalmente quando a demanda bate à porta da Administração diariamente.

Mesmo que sob a perspectiva das normas programáticas instituidoras de direitos a prestações, José Afonso da SILVA declara o caráter vinculativo das normas programáticas:

“ (...) as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.”<sup>179</sup>

No caso específico da moradia, a Constituição impõe o dever de agir mediante políticas de planejamento urbano e execução de ações que assegurem o acesso a tal direito responsabilizando todos os entes da federação. Ainda, prevê instrumentos jurídicos como a declaração de inconstitucionalidade de normas e atos, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo ou individual, que podem coibir a restrição, discriminação ou redução do exercício desse direito fundamental.

---

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.164.

Não se trata de defender a provimento de habitação para todos os cidadãos<sup>180</sup>, mas de defender que a previsão constitucional do direito à moradia não pode ser entendida como de eficácia relativa sob pena de haver violação da ordem jurídica, com a negação do acesso a um direito que compõe o cabedal de direitos concretizadores da dignidade humana.

O Estado está obrigado a agir para a promoção do direito à moradia. As previsões constitucionais e as medidas indispensáveis para sua realização podem ser identificadas ao longo do texto, de forma clara e objetiva, até desembocarem no capítulo sobre política urbana, em que estão definidos as diretrizes e os instrumentos específicos que garantam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, dentre elas a moradia, e o bem-estar dos cidadãos. É o que se pretende demonstrar no próximo capítulo.

---

<sup>180</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 183.

## **CAPÍTULO 2- AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DA POLÍTICA URBANA PARA A MORADIA**

Os direitos do cidadão urbano alçaram um novo patamar com a descrição das diretrizes constitucionais sobre política urbana a partir de 1988. A implementação de modificações na realidade urbana brasileira passa pelo investimento nas funções sociais da cidade e no seu desenvolvimento, tendo como eixo a elaboração de um instrumento básico de política de desenvolvimento urbano a ser realizado obrigatoriamente por Municípios com mais de 20.000 habitantes, intitulado Plano Diretor.

Com a promulgação da Lei n.º 10.257/2001, intitulada Estatuto da Cidade, o dever de planejar ganhou substrato, pois o Plano Diretor, que já possuía o dever constitucional de definir a função social da propriedade urbana, recebe todas as instruções sobre o que deve conter para o cumprimento de sua missão.

O capítulo que se inicia tem por conteúdo abordar as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais que se referem ao desenvolvimento urbano, analisando também aspectos gerais do Estatuto da Cidade, para apontar, finalmente, o instituto da regularização fundiária como ferramenta fundamental à promoção do acesso à moradia para a população de baixa renda.

A questão do reconhecimento da cidade ilegal pelo Estatuto se clarifica nas diretrizes<sup>181</sup> e nos instrumentos por ele citados, em especial a regularização fundiária, indicada como diretriz geral da política urbana nacional e ainda como instrumento, reforçando sua função, que trata não só da segurança da posse, mas também das condições em que se dará a realização do acesso à moradia e o exercício do direito de morar dignamente para aqueles que habitam na ilegalidade.

### **2.1. A POLÍTICA URBANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ESTATUTO DA CIDADE**

A Constituição de 1988 é um marco na história brasileira, que, palco de instabilidades políticas e gestões autoritárias, foi capaz de produzir, após longo período ditatorial, um texto legal marcado essencialmente por fundamentos de proteção aos direitos da pessoa humana, positivando direitos e deveres *do* e *para* com o grupo social, além de apresentar premissas que conduzem à interpretação de que todo indivíduo tem

---

<sup>181</sup> Entendida como conjunto de instruções ou indicações para se tratar e levar a termo um plano, uma ação, um negócio; linha reguladora do traçado de um caminho, uma diretiva.

obrigação de cumprir uma função na sociedade em razão do lugar que nela ocupa<sup>182</sup>.

Na esteira desse raciocínio e sendo a Constituição, na teoria de Canotilho, o “estatuto jurídico do fenômeno político”<sup>183</sup>, destacam-se o processo pelo qual passou a sociedade brasileira e seu resultado. Em um cenário político pós-ditadura militar, a elaboração do novo texto constitucional foi balizada por ideais democráticos, sociais e republicanos, em que a dignidade da pessoa humana possui *status* de sustentáculo fundamental, mas não único, na República Federativa do Brasil.

Com a positivação dos direitos e garantias fundamentais em uma estrutura de texto que reforça a proteção aos direitos do indivíduo, definindo objetivamente o papel do Estado e sua finalidade, é que pela primeira vez na história nacional vê-se a determinação constitucional de diretrizes jurídicas e políticas para a condução de políticas públicas de desenvolvimento urbano voltadas à promoção e proteção do cidadão.

Em vários tópicos do texto constitucional é possível verificar os comandos que recomendam o planejamento urbano e as políticas para o seu desenvolvimento. Identificam-se mediante determinação de competências para os entes federativos que incluem os serviços a serem prestados, seu alcance, onde se inserem as ações públicas de interesse nacional, regional e local, cabendo ao Município<sup>184</sup> a responsabilidade em atuar sobre os assuntos de seu interesse e que, conseqüentemente, estão vinculados à questão urbana.

O novo momento histórico, político e jurídico que tomou conta do país solicitou a implementação de grandes transformações que resgatassem o tempo desperdiçado pelo descaso das autoridades e permitisse dar saneamento às grandes mazelas sociais, tais como a busca pela redução das desigualdades sociais, melhor distribuição de renda, acesso à educação, o direito de morar dignamente, e não poderia prescindir de tutelar, também, a questão urbana, consequência e causa de tantos problemas que maltratam a cidadania<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> DUGUIT, Leon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999.p.13.

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente vinculação do legislador*. Lisboa: Almedina, 2001.

<sup>184</sup> Outra inovação do texto magno é o delineamento e consagração da nova fisionomia do Município, que passa a integrar a federação de forma autônoma, de acordo com artigo 30 da Constituição, com capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.88/89

<sup>185</sup> Importante destacar que até a promulgação da Constituição Federal em 1988 não havia nenhum tratamento constitucional considerando adequadamente a questão urbana como fundamental ao crescimento sustentável do Estado, caracterizado pela busca de justiça social e promoção da cidadania. A intensa mobilização da sociedade civil gerou grandes debates sobre a necessidade de uma reforma urbana que passasse pela implantação de um marco legal projetado em acordo com o que solicitava a realidade. Os movimentos sociais têm papel relevante na construção do ordenamento jurídico urbanístico no Brasil, iniciando pela aprovação da lei 6.766 em 1979. Na Constituinte foi a Emenda



Para a concreção de tais metas e objetivos se fez necessário não somente a previsão dos direitos, mas a determinação no modo de agir estatal com a regulamentação e o dever de atendimento dos mesmos por meio de atividades prestacionais desenvolvidas pelo Poder Público, sempre em diálogo com a sociedade, na perspectiva dos fundamentos do Estado Social Democrático.

Dentro do conjunto de normas estruturais<sup>186</sup> que configurou o novo documento político do país em 1988, a função administrativa do Estado recebeu novo e amplo delineamento para suas atividades, imediatas e mediatas, a serem conduzidas por políticas públicas, se constituindo em principal mecanismo viabilizador da realização dos direitos fundamentais, em especial os sociais.

As políticas públicas estão pautadas no texto constitucional pelos direitos fundamentais ali descritos e são instrumentos de realização dos mesmos, compreendendo uma articulação entre os cidadãos, a política, a democracia, a Constituição, o legislativo e a atividade administrativa do Estado.<sup>187</sup>

Da ideia histórica do que representam as cidades aos dias de hoje, destaca-se o traço comum em que ela continua a representar peça fundamental na busca da felicidade do indivíduo. A partir da revolução industrial, a cidade é um espaço de crescente expansão em que os indivíduos buscam, seja mecanismos de subsistência ou de crescimento individual, o que ela pode ofertar. A cidade aumenta seu território a passos largos, resultado de um fenômeno de concentração urbana denominado *urbanização*<sup>188</sup>.

O crescimento populacional e o êxodo campo/cidade conhecido pela população brasileira a partir da década de 1930, ganhou dimensões geométricas dos anos 70 até os dias de hoje produzindo em um mesmo território urbano duas cidades: a legal e a ilegal.

A necessidade de agir para conter a urbanização desenfreada que gera má condição de vida na cidade, impulsionada pela falta de melhores condições no campo ou mesmo em regiões desprovidas de intervenções públicas eficientes e comprometidas com o desenvolvimento econômico e social, carecia da institucionalização de instrumentos

---

Popular da Reforma Urbana, apresentada pela sociedade civil, composta de movimentos sociais, organismos não-governamentais, associações civis e entidades, que desempenhou o importante papel de referenciar o capítulo da Política Urbana na Constituição de 1988. SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 25-28.

<sup>186</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.53- 59

<sup>187</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.63

<sup>188</sup> Usa-se o termo urbanização para designar o processo pelo qual a população cresce em proporção superior à população rural. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26

hábeis e eficientes.

O adensamento surgido com a migração impossibilitou a absorção do seu contingente pela cidade que, aliado ao aumento demográfico, provocou, ao mesmo tempo, a urbanização brasileira e a segregação espacial da população de baixa renda, sem prejuízo de considerar o papel do Estado como contributivo para a segregação e a informalidade urbana vivenciadas atualmente.

Segundo Rogério Gesta LEAL<sup>189</sup>,

“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.”

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não fosse carente de legislação de conteúdo urbanístico, foi necessária a construção jurídica de um conjunto de princípios, regras e instrumentos de forte cunho social para auxiliar o Poder Público e a sociedade a promover ações, públicas e privadas, que pudessem modificar a realidade das cidades, melhorando as condições de vida urbana<sup>190</sup>.

A importância de limitar o processo desorganizado de expansão das cidades, a degradação ambiental, o uso e a ocupação do solo movidos tão-somente pelo Poder econômico que ampliaram o espectro da inacessibilidade à terra urbana por grande parte da população gerando um enorme déficit habitacional mobilizou forças sociais que conseguiram incluir uma nova baliza jurídica para a questão urbana, a partir do texto constitucional promulgado em 1988.

Ainda que muitas das propostas apresentadas não tenham sido absorvidas no texto

<sup>189</sup> 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.

<sup>190</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. p.25.

final, positivou-se um novel delineamento do controle e da limitação do uso da propriedade urbana com base na ideia da função social da propriedade, entregando ao Município – até então mero ator coadjuvante das políticas destinadas às cidades – o poder de decisão sobre qual função social exerceria a terra urbana em seu território.

O papel do planejamento urbano, como já dito, recebeu grande destaque, e a responsabilidade do Município para a promoção da política urbana teve no Plano Diretor a sua sedimentação. Além disso, foram indicados os mecanismos jurídicos sancionatórios para os casos de descumprimento das determinações legais municipais quanto à função social da propriedade, que devem estar previstas em Plano Diretor Municipal.

O capítulo sobre política urbana, inserido no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, artigos 182 e 183, demonstra a preocupação do legislador em parametrizar a forma de desenvolvimento e crescimento das cidades. Encaminha o Administrador Municipal para o planejamento urbano, responsabiliza-o pela definição do uso da propriedade individual em conformidade com as necessidades que apresentam os aglomerados urbanos, indicando balizas para a urbanização e urbanificação<sup>191</sup> das cidades e, especialmente, aponta soluções jurídicas para a promoção do acesso à moradia por meio da segurança da posse.

Por política urbana entende-se que se trata de um conjunto de estratégias políticas, normas, diretrizes e ações que configuram procedimentos a serem realizados pelo Poder Público de maneira isolada ou em regime de cooperação com a iniciativa privada ou a sociedade de uma forma geral, mas sempre de forma articulada, objetivando ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana para que possa propiciar bem-estar aos seus habitantes e àqueles que nela circulam<sup>192</sup>.

O direito à moradia, embora já estivesse previsto no texto constitucional, indicado como direito a ser garantido ao trabalhador urbano e rural, recebeu grifo específico passando a figurar entre os direitos fundamentais sociais explicitamente, por meio da Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Ressalta Nelson SAULE JÚNIOR<sup>193</sup>,

“ Se havia alguma dúvida da comunidade jurídica quanto à questão de o sistema constitucional brasileiro reconhecer o direito à moradia como um direito social, a sua

<sup>191</sup> Processo deliberado de correção da urbanização segundo SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 27

<sup>192</sup> SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.16.

<sup>193</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.167.

previsão expressa no texto constitucional elimina tal dúvida e impõe a sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico.”

Os direitos econômicos, sociais e culturais se constituem em uma pretensão dos indivíduos e (ou) da coletividade perante o Estado, reconhecido pela Constituição. No entanto, sua positivação não tem significado sem sua efetivação e concretização para as milhares de pessoas que habitam nosso país nas condições mais degradantes possíveis.

As diretrizes firmadas pela Constituição compõem um conjunto de políticas públicas voltadas a impedir o crescimento da exclusão social, conter a desigualdade social, o desrespeito aos direitos sociais, a degradação do meio ambiente, permitir e promover o acesso à habitação, educação, ao lazer, ao trabalho, o direito à saúde, ao desenvolvimento econômico. O cenário onde aportam todas essas questões é a cidade e o acesso a tais bens se tornou um direito a ser usufruído por todos os que nela vivem.

A função social da cidade tem por substrato a consecução da promoção do desenvolvimento pleno do grupo social no espaço público urbano e também na relação que há entre cidade/campo, entendido como um direito difuso dos seus habitantes, de modo que sejam considerados em sua individualidade e ao mesmo tempo como componentes de uma sociedade.<sup>194</sup>

A *polis* representa o universo onde as dimensões públicas e privadas do viver se entrelaçam, onde jardim e praça<sup>195</sup> convivem e o indivíduo busca equilíbrio entre o bem-estar e o desenvolvimento, exercendo atividades que assegurem uma existência digna.

O balizamento das ações a serem desenvolvidas na *urbe* necessita ser concebido e promovido pela atuação pública integrada e global, propiciando a realização da função social da propriedade, do direito à terra urbana estruturada que garanta a sustentabilidade com o meio ambiente pelo saneamento, transporte adequado, programas de geração de renda enfrentando as causas da pobreza e da desigualdade social.

Para que a cidade consiga exercer suas funções, é preciso uma nova concepção baseada em pilares éticos de promoção da justiça social, reconhecendo a presença de

---

<sup>194</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

<sup>195</sup> A alusão aos termos *jardim* e *praça* refereciam a ideia do que representa a cidade para a vida do indivíduo e seu desenvolvimento. A cidade é o espaço que congrega a convivência do grupo social e o desenvolvimento individual, o espaço de liberdade onde também se dá a convivência entre o público e privado, devendo permitir que o indivíduo exerça as atividades que favoreçam sua existência digna. SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 13-18.

todos os seus habitantes incluindo-os como destinatários da justa distribuição de bens e serviços urbanos.

A política urbana descrita na Constituição tem como diretriz os princípios já mencionados, porém é necessário que sejam incorporados ao exercício da atividade pública definitivamente. O planejamento não é mais uma opção do administrador, que deve fazê-lo no exercício da sua função vinculada à execução de ações em prol do interesse público.

Sua prática tem a função de assegurar a produção de melhores condições de convivência nas cidades, tanto para o presente como para o futuro, removendo problemas institucionais, facilitando a gestão e corrigindo distorções administrativas com o objetivo de viabilizar a construção de espaços públicos e privados mais justos.

O exercício das forças políticas voltadas à questão urbana deve observância às previsões constitucionais, introduzidas pelos artigos 1º a 5º, passando pelos artigos 21 a 30, até os artigos 182 e 183. Tais dispositivos constitucionais descrevem fundamentos e objetivos da República brasileira, os sujeitos e seus direitos, as competências designadas para o exercício dos entes da federação em que estão inclusos assuntos que dizem respeito à questão urbana, aos transportes, serviços públicos, planejamento, proteção ao meio ambiente, para finalmente chegar ao formato de condução da política urbana para todo o país por meio da competência, por interesse local, do Município.

É preciso destacar que o tratamento constitucional dado à política urbana segue a coerência do pacto político positivado, para o qual a dignidade da pessoa humana é o maior fundamento. A leitura atenta leva à compreensão, na inteligência de Márcio CAMMAROSANO, da finalidade de natureza social dos dispositivos 182 e 183 do texto normativo, organizando a propriedade urbana e compatibilizando-a às demandas sociais, tendo o Município como ente competente para executar a política de desenvolvimento urbano, com instrumentos concretos à sua implementação.<sup>196</sup>

A política urbana descrita no texto constitucional foi composta da agremiação de princípios pulverizados em toda a Constituição, que unidos se formatam nos fundamentos e objetivos previstos nos artigos 1º e 3º<sup>197</sup>, ficando clara a importância de se balizar o

<sup>196</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p.22.

<sup>197</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

desenvolvimento econômico e social por princípios como a função social da propriedade e a função social da cidade, que refletem diretamente no acesso aos direitos sociais, como é o direito à moradia. Dessa forma, a determinação de conteúdo funcional para a propriedade, que observe adequação às necessidades coletivas, se estrutura no anseio de justiça social e na proteção à dignidade humana<sup>198</sup>.

Os artigos 182 e 183 da Constituição preveem como deverá ser conduzida a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Município<sup>199</sup> com o objetivo de garantir condição razoável de habitação, trabalho, circulação, recreação, incluindo a harmonia com o meio ambiente natural, que podem ser entendidos como conteúdo da função social da cidade.

Ao determinar que a política urbana objetiva o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes, indica que sua promoção se dará por meio de uma ordenação urbana democrática, razoável e justa, incluindo também os interesses da população de baixa renda situada irregularmente em assentamentos desprovidos de condições mínimas para habitação, pois habitantes da mesma cidade.

Para que o Município possa conduzir coerentemente sua política urbana, obrigatória a ação de planejar. Do planejamento resulta a elaboração do Plano Diretor ao qual coube a identificação constitucional de *instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*, obrigatório para as *idades com mais de 20.000 habitantes*. Cabe ressaltar que o dever de planejar alcança todos os Municípios da Federação, independente do número de habitantes. O que implica reconhecer a necessidade, ainda que não determinada, da elaboração de Plano Diretor ou mesmo de Lei específica de desenvolvimento urbano.

A abordagem constitucional sobre a política urbana definiu a juridicidade da planificação urbana e, ao indicar o Plano Diretor como seu instrumento jurídico básico, tornou-o indispensável à elaboração e adoção de políticas urbanas.

---

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>198</sup> O respeito à dignidade da pessoa humana, valor-fonte da ordem jurídica e fundamento da República Federativa do Brasil é finalidade e consequência do respeito aos direitos sociais, à cidadania, ao direito a ter direitos.

<sup>199</sup> Tal política, deixada sob a competência do Município, não exclui a União e o Estado de sua responsabilidade interventiva, sendo possível verificar o que lhes cabe no próprio texto constitucional.

O Plano Diretor não é um instituto novo para grande parte dos Municípios brasileiros, antes identificado como Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado – PDDI. Foi a partir da década de 1970 que o planejamento foi reconhecido como necessário e institucional, cabendo a sua referência, normalmente, nas Leis Orgânicas Municipais<sup>200</sup>, por imposição dos Estados para que lhes despendessem auxílio financeiro.

Diante de tal dependência o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado não conseguia cumprir a função de promover o desenvolvimento local, pois fora elaborado muito mais para a captação de recursos do que efetivamente para atender às necessidades locais de desenvolvimento e integração planejada<sup>201</sup>.

Sua incapacidade de dar respostas à população urbana daquela época residiu no distanciamento da realidade, com a reprodução de características políticas e institucionais centralizadoras, que resultaram na elaboração de um documento rígido, formal, tecnocrata e sem exigências de padrões mínimos que atuassem dentro das necessidades mais comuns das zonas urbanas. Com tais características era quase impossível fixar diretrizes que pudessem ser efetivamente atingidas, promover o desenvolvimento social e econômico dentro do território municipal e ainda integrá-lo à região à qual pertencesse por meio de programas de ação, já que não reconheciam as necessidades reais do Município<sup>202</sup>.

Tendo em vista o histórico de tal instrumento de planejamento é que a definição constitucional para o Plano Diretor foi determinante para que sua utilização tivesse formato diverso do anterior. Com o planejamento alçado à categoria de norma jurídica, sua configuração foi estabelecida a partir de premissas de conteúdo constitucional, firmando-o como ferramenta para a realização do Estado Democrático e Social de Direito mediante o dever de planejar.

Na compreensão de Nelson SAULE JÚNIOR<sup>203</sup>,

“ A previsão do plano diretor através de norma constitucional acarreta uma profunda distinção com o plano diretor de desenvolvimento integrado, no qual o plano deixa de ser uma peça basicamente técnica e se transforma numa instituição jurídica, uma vez que o

<sup>200</sup> Sob a regência da Constituição de 1967 e da ditadura militar, o país possuía Municípios com autonomia limitada, política e administrativamente, já que a competência para a elaboração da Lei Orgânica era dos Estados, sem contar com a concentração de tributos que os faziam dependentes da transferência de recursos por parte deste ente e também da União. SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p.34-36.

<sup>201</sup> Op. cit., p. 37.

<sup>202</sup> Op. cit., p. 38-39.

<sup>203</sup> Op. cit., p. 41.

planejamento é uma previsão constitucional onde a obrigação de elaborar o plano diretor se converte numa missão constitucional aos Municípios com mais de vinte mil habitantes.”

Por determinação constitucional, a democratização das funções da cidade se inicia pela elaboração do Plano Diretor, parte do processo de elaboração das políticas públicas municipais, qualificado como principal ferramenta de implementação da política de desenvolvimento urbano.

Seguindo o raciocínio do constituinte, para que o Município exerça seu *múnus* o Plano Diretor deve definir a condução das ações públicas no tocante ao funcionamento da cidade e à identificação da função social da propriedade urbana. Sobre o assunto, escreve Celso Bastos:

“ No que diz respeito à propriedade urbana a Lei maior não é tão rica. Diz tão somente que ela há de atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor. A primeira conseqüência que se extrai é que a propriedade urbana não está sujeita a uma modalidade qualquer de exigência feita em nome de uma teórica concepção do que seja função social do imóvel. Só são admitidas exigências que digam respeito à ordenação da cidade, e mais, é necessário ainda que se trate de exigência inserida no plano diretor. Conseqüentemente, há de se manter estreita consonância com a natureza deste, que, como o próprio parágrafo 1º explica, é um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”<sup>204</sup>

A política municipal ordena a propriedade urbana em consonância com ditames sociais que deverão estar impressos e positivados na lei do Plano Diretor, instrumento que desenha e fixa as diretrizes de uso, parcelamento e ocupação<sup>205</sup> do solo permitindo o encaminhamento de ações concretas no território da cidade. O Plano Diretor deverá vincular as funções da propriedade às diretrizes e aos objetivos da política urbana estabelecida democraticamente no Município.

Além de prever a quem cabe a definição sobre a função social da propriedade, a Constituição introduziu alguns instrumentos que garantissem o seu cumprimento e que são tratados com mais detalhamento pelo Estatuto da Cidade. A desapropriação, o parcelamento e edificação compulsórios e a aplicação de imposto predial e territorial

<sup>204</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. V. 7. P.21

<sup>205</sup> CORREA, Antonio Celso Di Munno. *Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios*. Revista de Direito Público, v. 24, n. 98, abri./jun., 1991. P.256-262



urbano - IPTU progressivo no tempo são instrumentos jurídicos à disposição do Município para compelir proprietários a promover o adequado aproveitamento de imóveis não-edificados, subutilizados ou não utilizados.

São instrumentos destinados a promover mudanças no território da cidade, já que incidem diretamente no uso e na ocupação do solo urbano. Sua aplicação depende do cumprimento de alguns requisitos vinculados diretamente ao planejamento urbano, porém a competência para sua utilização existe e, é bom grifar, tem origem na Constituição.

A política urbana constitucional busca garantir o desenvolvimento atrelado à observância das necessidades sociais, permitindo que o Município, por seu interesse local, conduza o processo de planejamento e execução de ações correspondentes às demandas de seus habitantes, especialmente as vinculadas à questão da moradia e condições para habitabilidade.

O direito à função social da cidade inclui a interação saudável com o meio ambiente natural e a promoção de qualidade de vida para todos os seus habitantes. Deve ser respeitado, promovido e protegido, conquanto os problemas sociais que envolvem a cidade sejam sanados e seus habitantes, independentes de características sociais, culturais e econômicas, possam dela usufruir.

A descrição constitucional para a política urbana traduz-se na busca pelo desenvolvimento sustentável que projeta a cidade podendo prever tanto o seu crescimento e expansão como a contenção do crescimento populacional no território. Deve observar as necessidades de seus habitantes em harmonia com meio ambiente, a qualidade de vida a ser alcançada ou mesmo mantida, sempre priorizando o olhar sobre a situação real e ilegal de ocupação do território urbano, onde habitam pessoas excluídas do acesso ao direito de morar dignamente.

O planejamento deve ser encaminhado sob a ótica da sustentabilidade e do adequado padrão de qualidade de vida, o que inclui reconhecer a cidade clandestina. Tal condição, existente em praticamente todas as cidades brasileiras, é resultado da segregação territorial e do abandono público sofrido por uma parcela da população que enfrenta seu dia a dia sem condições de prover suas necessidades mais básicas, dentre elas a moradia.

A população pobre não pode ser excluída do processo de desenvolvimento e expansão urbana, antes, por sua condição, deve ser o público eleito para ser atendido prioritariamente, de acordo com as necessidades que apresentam, sob pena de transgressão dos objetivos da política urbana constitucional, sem fala na violação dos

direitos fundamentais.

O direito à moradia é um direito social que exige a ação positiva do Estado mediante a execução de políticas públicas habitacionais que podem envolver novas construções ou a regularização dos locais ocupados para esse fim. Além disso, é dever do Estado impedir a regressividade do direito à moradia, tomando todas as medidas de promoção e proteção deste direito.

As relações travadas na *urbe* têm um caráter específico que carece de reconhecimento pelo Direito, já que conduzem ao surgimento de direitos e deveres para o indivíduo. O constituinte reconheceu tal situação indicando o objetivo da política pública urbana de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade<sup>206</sup>. Sem a garantia da ordem urbana pautada em princípios de justiça social, pode-se perder o controle sobre a *urbe* e o que ela produz, o que já se percebe em alguns grandes centros onde a cidade, como um organismo vivo e independente, comanda a rotina das pessoas.

A moradia está no âmago da questão urbana, objeto de desejo e necessidade de milhares de pessoas sem condições de acessá-la adequadamente. A Constituição a prevê como direito fundamental social e indica quais os objetivos da política urbana a serem desenvolvidos pelo Município, que em nenhum momento se afastam da promoção de tal direito, tendo em vista compor uma das funções da cidade.

Nos artigos que tratam sobre o formato que deve ter a política urbana brasileira é possível encontrar a diretriz e os instrumentos que garantem o dever de promoção do direito à moradia adequada<sup>207</sup>.

A definição da função social da propriedade será comandada pelo Plano Diretor Municipal e deve observar princípios de desenvolvimento sustentável, justiça social, democracia participativa, de cidadania, igualdade, soberania popular, conduzindo seu conteúdo a gerar instrumentos que fortaleçam e promovam direitos, bem como que identifiquem deveres para que a cidade possa funcionar para todos<sup>208</sup>.

O direito à cidade se configura nas funções que exerce na vida do cidadão urbano.

---

<sup>206</sup> “Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

<sup>207</sup> A moradia adequada, segundo a Agenda Habitat, se compõe de habitação saudável e segura, em locais de acesso a serviços básicos, privacidade, estabilidade estrutural, iluminação adequada, aquecimento e ventilação, infraestrutura básica que inclui abastecimento de água e saneamento. Deve ter espaço e acessibilidade física em relação ao trabalho, à educação e saúde, segurança, à qualidade ambiental, cabendo ao conjunto de pessoas destinatárias da ação a definição do que seria a adequação.

<sup>208</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p.230.

Utilizando-se das ideias de Maria GARCIA<sup>209</sup>, a cidade “é a casa, o País, o mundo: é o âmbito político de uma existência que se inicia, decorre e termina localmente; portanto, também em âmbito subjetivo, individual, pessoal”. A cidade pressupõe uma condição de vida coletiva, uma associação de pessoas que se relacionam em função de seus interesses difusos, coletivos, subjetivos, em busca incessante pela igualdade material e pelo direito de viver bem<sup>210</sup>.

As funções sociais da cidade são exercidas quando atendem aos ditames de ordenação urbana parametrizados nos direitos fundamentais do indivíduo. São interesses difusos que compreendem o acesso à cidade e ao que lhe cabe oferecer, tal seja o acesso à moradia adequada, ao transporte público eficiente e eficaz, à saúde, à educação, ao saneamento, à energia elétrica, ao lazer, à segurança, acesso à cultura e aos esportes, além de propiciar oportunidades de trabalho e melhora das condições econômicas e sociais.

Para a questão urbana, a propriedade imobiliária, seja ela privada ou pública, tem papel extremamente relevante na indução do bom funcionamento da cidade. O imóvel urbano deve se prestar a compor a cidade cumprindo uma função que compatibilize interesses individuais e coletivos, a serem previstos objetivamente em Plano Diretor. Verificado o seu descumprimento, cabe ao Poder Público agir no sentido de impingir observância ao que determina a Lei, sob pena da aplicação das penalidades previstas e já citadas.

A propriedade, seja ela pública<sup>211</sup> ou privada, deve submeter-se ao cumprimento de uma função que ultrapassa o atendimento das necessidades individuais de quem a detém. A função social da propriedade é um princípio constitucional que baliza o uso da coisa, definindo como deverá ser o formato de sua utilização, acompanhando racionalmente a concepção dada ao desenvolvimento das cidades, que inclui observar a função ambiental para a propriedade.

Embora haja críticas à designação de função socioambiental para a propriedade tendo em vista que a previsão da função social por si só abarcaria o dever de cumprimento da função ambiental, o debate é inócuo, sem nenhum ganho jurídico, pois a

<sup>209</sup> GARCIA, Maria. *A Cidade e o Estado. Políticas públicas e o espaço urbano*. In: GARCIA(org.). *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 27-28.

<sup>210</sup> A cidade reúne pessoas que necessitam estar em sociedade, agregando-se e humanizando-se, convivendo umas com as outras na busca segura pela tentativa da realização de seus anseios. ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (org.); RIBEIRO, Vera(trad.); Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. p.72-75

<sup>211</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p.124.

possível redundância do termo nenhum prejuízo acarreta à compreensão real do princípio balizador da coisa. Porém, não fugindo ao debate, entende-se que, embora nem sempre haja vinculação direta do uso da propriedade com questões ambientais, o fato de ser obrigatória a observância do uso e da ocupação do imóvel de maneira a contribuir para o bem-estar e a sadia qualidade de vida urbana, obliquamente tem-se contemplada a função ambiental do bem.

O adequado aproveitamento da propriedade deve produzir frutos, bens, serviços não só ao seu proprietário, mas a toda a sociedade. É a concepção inserida no texto constitucional e que recorda algumas das ideias de Léon DUGUIT<sup>212</sup>:

“ Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.”

Em nosso ordenamento a propriedade é um direito subjetivo, porém tem como baliza jurídica o dever de cumprir uma função no seio da sociedade, para seu desenvolvimento, a ser definido pela opção política que o Município indica a partir do seu Plano Diretor.

Cabe observar que não é suficiente ao seu cumprimento o uso da propriedade de acordo com o traçado urbano se não observar as finalidades de cunho social, devendo haver uma compatibilidade entre o uso e a ocupação do imóvel, os padrões urbanos definidos e o papel que ocupa no espaço urbano. É dizer que não basta a mera utilização do imóvel para que se configure o cumprimento da função exigida, mas é preciso que se observe objetivamente o que ela produz pela sua presença no traçado urbano.

A função social da propriedade depende da configuração que o Plano Diretor lhe concede tendo em vista a observância das características, potencialidades, vocações e necessidades locais, a serem indicadas com a participação ativa da população. No entanto, entende-se que a partir da leitura constitucional e do padrão urbano de ocupação do solo nas cidades brasileiras seria possível a prévia indicação de um mínimo de condições para que a propriedade imobiliária, pública ou privada, cumprisse a sua função

---

<sup>212</sup> DUGUIT, Léon. *Las transformaciones Generales del derecho privado, desde oel Código de Napoleón, 2a Ed.*, trad. de Carlos G. Posada, Livrería Espanola y Etranjera, 1920, p.37.

social de modo a atender aos padrões mínimos correspondentes ao pleno desenvolvimento urbano.

Indicar que a propriedade deve respeitar padrões ambientais de preservação, conservação do patrimônio histórico, natural e cultural, preencher o adequado aproveitamento do uso e ocupação do solo respeitando os limites de capacidade na prestação de serviços e utilidades públicas, servir de instrumento para o acesso à moradia de interesse social, são indicações que não comprometeriam em nada a autonomia dos Municípios.

É claro que é possível identificar tais diretrizes pulverizadas no Estatuto da Cidade e também como reflexos da República brasileira, democrática e social. Porém, melhor seria que a Constituição tivesse qualificado melhor a identificação sobre a função social da propriedade urbana.

Seguindo com a análise do capítulo, o artigo 183 prevê instrumentos jurídicos de acesso à propriedade, indicando duas maneiras de acesso à moradia segura. O primeiro, o usucapião urbano, a ser utilizado quando o indivíduo tem a posse de imóvel privado para fins de moradia e cumpre determinados requisitos e o segundo, a concessão que pode se dar tanto por meio da Concessão de Direito Real de Uso, quanto pela Concessão de Uso Especial para fins de moradia, que a Medida Provisória n.º 2.220/2001<sup>213</sup> definiu como instrumento a ser utilizado nos casos de ocupação de imóvel público que tenha ocorrido até 30 de junho de 2001, garantindo ao seu ocupante o direito de ficar no imóvel se o utiliza de acordo com o que determina a previsão normativa.

Por tais prescrições é possível reconhecer a efetividade do direito à moradia de duas maneiras. A primeira com a previsão do dever de planejar para que a cidade se desenvolva plenamente garantindo o bem-estar de seus habitantes, o que inclui garantir o exercício das funções sociais da cidade; e a segunda, quando são indicados os

---

<sup>213</sup> Art.1º-Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

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

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

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

*Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade.* In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01.* São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 450.

mecanismos para a garantia da segurança da posse, uma das características da moradia adequada que por sua vez é um bem que compõe a previsão do funcionamento da cidade.

Tais instrumentos regularizam juridicamente a situação da posse, primeiro momento da garantia de acesso à moradia, o que a torna exequível perante o Poder Público. Diante do dever de promoção da função social da cidade e do bem-estar de seus habitantes, tem-se outro momento referente à segunda etapa da regularização, em que cabe ao Poder Público propiciar condições razoáveis de habitação atuando na reordenação do solo urbano, organização da circulação, acesso a equipamentos e serviços públicos que inclui transporte, saneamento básico, escolas e postos de saúde, além de locais para o lazer e esportes.

A efetividade do acesso à moradia também está no dever de planejar a cidade de maneira que ela possa ser usufruída por todos, o que inclui a implantação de políticas habitacionais de interesse social, atendendo às necessidades da população desprovida de tal direito e garantindo o bem-estar de seus habitantes, sem nenhum tipo de discriminação.

Com a descrição constitucional do conteúdo da política urbana brasileira pode-se verificar a abordagem da questão urbana por dois vieses que envolvem, ambos, a promoção do acesso à moradia. Inicialmente fala do dever de planejar e ordenar o pleno desenvolvimento urbano, cabendo garantir o funcionamento da cidade fundado em premissas de justiça social, indicando qual o instrumento jurídico básico a ser utilizado pelo Município.

Tal instrumento, o Plano Diretor, dá solidez ao dever de planejar cabendo-lhe estreita observância aos princípios constitucionais, o que inclui promover a dignidade da pessoa humana. Dentro das questões urbanas, promover o acesso à moradia adequada é cumprir tal mandado. Sem moradia para um determinado segmento da sociedade não há exercício da função social da cidade, desenvolvimento pleno, garantia do bem-estar de seus habitantes e sequer pode-se pensar em promoção da dignidade, ainda que seja para apenas um grupo de pessoas, como alguns devem pensar. Se há desrespeito aos direitos de um indivíduo, há desrespeito aos direitos de todos os indivíduos<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> “[...] na abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” “[...] Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direitos a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2A ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p.12.

Trata-se de considerar a interface da função social da cidade com o direito à moradia. Com o dever de garantir as funções sociais da cidade há, claramente, a concepção de uma nova ética para que ela se desenvolva com a prevalência do interesse comum sobre o interesse individual, com o compromisso de promover a cidadania e a justiça social<sup>215</sup>.

Os espaços urbanos devem ser utilizados de maneira justa, com a democratização do uso e ocupação razoável e ordenada impedindo sua apropriação por determinados núcleos de poder, possibilitando, inevitavelmente, o acesso à terra urbana para todos que dela necessitem, observados o planejamento e os planos de urbanização e reurbanização para a cidade.

O planejamento inclui o desenvolvimento urbano em harmonia com o meio ambiente, a sustentabilidade funcional da cidade, não descuidando de pensar formas indutoras de desenvolvimento que tenha como parceiros a sociedade, a iniciativa privada, os organismos não-governamentais em programas de geração de renda e recursos, financeiro e materiais para investimento e reinvestimento dentro do seu território, incluindo a zona rural.

É importante destacar que a política urbana não se afasta da política para o meio ambiente, e o Estatuto da Cidade, conjunto de normas que trata de balizar a política pública de intervenção no meio urbano, não se furta a tratar do tema indicando que a sustentabilidade é meta a ser alcançada para que se possa falar em exercício da função social da cidade.

O direito à cidade deve ser sempre interpretado como direito à cidade sustentável. Significa sobretudo que o planejamento territorial de áreas urbanas e rurais deve contemplar o respeito ao meio ambiente, promoção do acesso a bens e prestações de serviços que auxiliem e promovam a cidadania e a justiça social. É dizer que o desenvolvimento, direito humano efetivamente reconhecido<sup>216</sup>, deve ocorrer balizado nos limites de proteção ao meio ambiente, de modo a satisfazer as necessidades humanas que possibilitam a existência digna do indivíduo.

Centrando na questão habitacional, o planejamento para essa área é fundamental ao funcionamento da cidade. A dificuldade de acesso à moradia não reflete somente nas condições individuais ou dos grupos economicamente frágeis, mas também na construção

---

<sup>215</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 239.

<sup>216</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed., rev., atual. e ampli. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.522-523.

do caos urbano que envolve a degradação ambiental, poluições hídricas, problemas na saúde pública, enchentes, desmoronamentos e violência urbana.

A cidade sustentável não existe sem a resolução dos problemas que envolvem as condições de moradia inadequada, refletindo na vida de todos os que habitam as cidades.

O dever de garantir a igualdade de condições do usufruto das funções da cidade tem a função social de impedir que os direitos fundamentais sejam desrespeitados, o que ocorre quando não há acesso à moradia adequada para grande parcela da população. Sem contar a desigualdade de condições para o acesso a tal direito entre as diversas regiões do país.

Os comandos constitucionais indicam a finalidade a ser alcançada pelo Administrador Público por meio do planejamento urbano. Cabe-lhe pensar o futuro e enfrentar<sup>217</sup> o presente de situações irregulares. Com a constitucionalização do Plano Diretor o dever público de agir na ordenação da cidade, a começar pela obrigatoriedade de elaborá-lo para os Municípios com mais de vinte mil habitantes, não permite desconsiderar a questão habitacional e seu déficit que inclui, segundo a Fundação João Pinheiro, o “*déficit por reposição do estoque*” e o “*déficit por incremento de estoque*”, que em 2007 foi estimado em 6,273 milhões de domicílios, dos quais 5,180 milhões ou 82,6%, estão localizados nas áreas urbanas<sup>218</sup>.

A política urbana, portanto, deve prever, a partir dos instrumentos constitucionais que se qualificaram com a promulgação da Lei n.º 10.257/2001, a provisão do acesso à moradia adequada para a população que se enquadre no perfil daquelas consideradas carentes de condições para empreender por si só o alcance de tal direito.

Além do Estatuto da Cidade, que receberá mais atenção no próximo item, não se

---

<sup>217</sup> No tocante à questão da habitação, ao falar-se em enfrentamento da situação, não cabem mais, embora ainda ocorram, soluções que vitimizam e excluem ainda mais pessoas que ocupam áreas irregularmente para fins de moradia. Além do compromisso internacional que o Brasil firmou com a proteção e a garantia dos direitos humanos, o que inclui o direito à moradia, nossa Constituição prevê direitos e garante instrumentos para a sua proteção, descabendo a velha prática da desocupação forçada arbitrária e violenta, ainda que por determinação judicial, sem garantir aos assentados um novo local para morarem.

<sup>218</sup> O *déficit por reposição do estoque* refere-se aos domicílios rústicos, aos quais deveria ser acrescida parcela devida à depreciação dos domicílios. Tradicionalmente, utilizando o conceito do IBGE, os domicílios rústicos são aqueles sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada. Em decorrência das suas condições de insalubridade, esses tipos de edificação proporcionam desconforto e trazem risco de contaminação por doenças aos seus moradores. A depreciação de domicílios se enquadra nessa rubrica de déficit por reposição, uma vez que há o pressuposto de um limite para a vida útil de um imóvel. A partir dele, e dependendo de sua conservação, sua substituição completa é inevitável.

Já o *déficit por incremento de estoque* contempla os domicílios improvisados, parte da coabitação familiar e dois tipos de domicílios alugados: os fortemente adensados e aqueles em que famílias pobres (renda familiar até três salários mínimos) pagam 30% ou mais da sua renda familiar para o locador. Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009, p.18-23.



pode deixar de destacar a publicação da Lei n.º 11.977/2009<sup>219</sup>, que dá continuidade às previsões constitucionais de promoção da cidadania, institucionalizando a política pública para habitação.

Por outro viés, somatório ao dever de planejar, cabem o reconhecimento e tratamento legal para as situações irregulares correspondentes à habitação dentro do território da cidade. Fala-se do reconhecimento da cidade ilegal, aquela que se desenvolve à margem da Lei e do Direito.

O direito fundamental social à moradia deve receber atenção por parte do Poder Público, tanto na provisão de unidades conforme o déficit habitacional detectado quanto no que diz respeito a regularizar os assentamentos irregulares que atendem à necessidade de moradia da população de baixa renda, fixados comumente em beira de córregos, encostas, beira de linha férrea, em morros, áreas de preservação ambiental, tais como mangues e mananciais, prejudicando e ameaçando sua própria existência tanto quanto maltratando o meio ambiente com impactos que chegam não só a ameaçar como também a extinguir áreas verdes<sup>220</sup>. Nesses locais é comum a falta de condições mínimas de higiene, gerando graves riscos à saúde de tais pessoas. Novamente, pensar a cidade sustentável é pensar a cidade habitável para todos, e isso só pode ser realizado por meio do planejamento e da intervenção objetiva que enfrente e reverta a irregularidade.

Para além da Constituição está a Lei n.º 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, desdobrando a previsão constitucional sobre a Política Urbana com a descrição das diretrizes e indicação dos instrumentos jurídicos e urbanísticos a serem aplicados diretamente na sua execução.

O Estatuto da Cidade possibilita concretizar a nova concepção de planejamento urbano. As ferramentas indicadas são excelentes auxiliares para o exercício da função pública de urbanizar e administrar, reforçando o dever de planejar a cidade e o de garantir que ela cumpra suas funções sociais. São meios para que o ente municipal possa atingir

<sup>219</sup> A Lei n. 11.977/2009 Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Art. 2o O PMCMV tem como finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos, que residam em qualquer dos Municípios brasileiros.

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

<sup>220</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 340-341.

a finalidade de promover uma cidade mais equitativa e sustentável, tendo a proteção da pessoa humana e seus direitos como balizas, sempre em harmonia com o meio ambiente.

Sobre o direito à moradia, embora a obrigação de promovê-lo seja competência comum a todos os entes da federação, cabe especialmente ao Município o desenvolvimento de políticas públicas para sua concretização<sup>221</sup>.

No dizer de José Afonso da Silva<sup>222</sup>, o Estatuto assume contorno de uma lei geral do direito urbanístico cumprindo sua função ao instituir princípios, disciplinar institutos e fornecer todos os instrumentos para auxiliar a função pública de ordenação dos espaços urbanos, sem olvidar a questão ambiental.

Sem elevar demasiadamente os poderes do Estatuto, mas, também, reconhecendo sua vital importância à nova era do planejamento das cidades, tal Lei tem por pressuposto conduzir o Poder Público à ordenação e ao controle do solo urbano, auxiliando na concepção da função social a ser exercida pela cidade e pela propriedade.

O planejamento urbano abandonou o caderno de receitas possivelmente realizáveis de acordo com a vontade política, para firmar-se como dever de elaboração de um conjunto de políticas públicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, finalisticamente vinculadas e justiciáveis para a realização do direito à cidade sustentável.

## 2.2. ASPECTOS GERAIS DO ESTATUTO DA CIDADE

A Lei n.º 10.257/2001, intitulada de Estatuto da Cidade, surgiu mais de dez anos depois da promulgação do texto constitucional de 1988, resultado de debates e negociações entre os mais diversos grupos, envolvendo setores públicos e privados, interesses coletivos, sociais e individuais, com destaque para o Fórum Nacional de Reforma Urbana que participou das discussões sobre o delineamento da política urbana desde a Constituinte, quando apresentou a emenda popular da reforma urbana<sup>223</sup>.

Pela primeira vez na história pública do país tem-se a regulação federal da política urbana no Brasil, embasada em princípios como o da função social da propriedade, do

---

<sup>221</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 25 a 33

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed.rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. P.69.

<sup>223</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 208.

planejamento urbano, da função social da cidade, da dignidade da pessoa humana, estabelecendo diretrizes gerais e objetivando o pleno desenvolvimento da função social da cidade.

Aduz Elida SÉGUIN<sup>224</sup>,

“ O Estatuto da Cidade (EC), instituído pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, disciplinando os artigos 182 e 183 da CF, municiou a comunidade e o Poder Público de mecanismos que lhe permitem desmistificar o caráter absoluto do direito de propriedade, subjugando o interesse particular ao público e dando efetividade à sua função social em prol de uma verdadeira política de urbanismo. Esta lei é produto da Constituição de 1988 que inovou ao destinar um capítulo à política urbana, estabelecendo a necessidade de um Plano Diretor para todas as cidades com mais de vinte mil habitantes (art.182, §1º), a introdução de usucapião especial urbano (art.183), como forma de regularização fundiária urbana, a possibilidade de desapropriação (sanção) quando o proprietário descumpre as exigências de aproveitamento e utilização do solo não edificado, de parcelamento ou edificação.”

O Estatuto da cidade é a viga mestra do ordenamento urbanístico e foi construído em um esforço coletivo promovido pela ação de movimentos sociais unidos a agentes públicos e estudiosos do assunto dentre advogados, arquitetos, engenheiros, que se mobilizaram para aprovar a regulação do direito à cidade sustentável a partir de princípios que promovem a democracia, a cidadania e a participação popular, expressando uma nova concepção de cidade e gestão urbana por meio de uma série de instrumentos complementando o que previu a Constituição.

Trata-se de Lei federal que versa sobre o desenvolvimento urbano saudável, em harmonia com o meio ambiente. Estabelece normas de interesse público, disciplinando o exercício da propriedade para que atenda às necessidades dos cidadãos e ao seu bem-estar, o que envolve promover o acesso à *terra urbana*, à *moradia*, ao *saneamento ambiental*, à *infra-estrutura urbana*, ao *transporte* e aos *serviços públicos*, ao *trabalho* e ao *lazer*, para as presentes e futuras gerações. Para Nelson SAULE JÚNIOR<sup>225</sup>: “é uma ferramenta que pode ser usada diariamente para melhorar as condições de vida em nossas cidades, o que implica ser usada para melhorar as condições de moradia das pessoas que as habitam.”

Não há como falar em ordenação das cidades, função social da propriedade e direito

<sup>224</sup> SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 4.

<sup>225</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p.211.

à cidade sem falar em moradia adequada. A desordem urbana, a inacessibilidade à terra urbanizada, o estoque de imóveis nas mãos de poucos e que gera escassez de oferta para moradia, a falta de saneamento, infraestrutura urbana, são situações que impedem o exercício do direito à cidade, o equilíbrio entre cidade e meio ambiente natural, não sendo possível se falar em qualidade de vida.

O Estatuto descreve e regula um rol, não exaustivo, de instrumentos e institutos dispostos de forma a dar ao Poder Público condições para planejar, implantar e implementar ações e modificações urbanísticas permitindo a promoção da justiça social, organizando os espaços habitáveis na busca pela concretização da função social da cidade. Estabelece normas gerais de direito urbanístico possibilitando que as normas constitucionais de política urbana alcancem o máximo grau de efetividade.

Os princípios e as diretrizes nela dispostos expressam uma nova concepção dos processos de uso, desenvolvimento e ocupação do solo, especialmente o território urbano. Orienta a ação dos agentes públicos responsáveis pelo planejamento e pela administração do Município, bem como dos setores privados envolvidos no crescimento das cidades e sua relação com meio ambiente, conduzindo a novas posturas embasadas em valores democráticos de sustentabilidade e justiça social, que refletem o direito à cidade.

O Município é o real promotor da política urbana nas cidades, cabendo-lhe promover o adequado ordenamento territorial e o correto uso da propriedade urbana. Na questão habitacional as medidas incluem a provisão de unidades habitacionais que correspondam às necessidades reclamadas, formas de acesso financeiro a elas e, também, a regularização jurídica, física e urbanística das regiões habitadas por população de baixa renda, que, sem acesso à moradia, busca solução em locais impróprios e de maneira informal, à margem da lei.

É preciso reconhecer que a ilegalidade urbanística para fins de moradia tem sua origem, também, nas normas de padrão inflexível, que desconhecem a situação real da ocupação das cidades e de seus habitantes, impedindo-os de cumprirem tais determinações tendo em vista sua condição econômica e financeira. Pode-se dizer que “a ilegalidade é subproduto da regulação tradicional”<sup>226</sup>, além de ter, também, no descumprimento da função social da propriedade um mobilizador. Esta dualidade entre a legalidade e a ilegalidade nas cidades tem sido cada vez mais intensa, tornando a

---

<sup>226</sup> ROLNIK, Raquel. Regulação Urbanística e Exclusão Territorial. *Revista Polis* 32. São Paulo: Instituto Polis, 1999, p. 78.

questão da moradia uma urgência para o Poder Público.

O principal responsável pela execução da função social da cidade é o Município, e o Estatuto da Cidade dirige-se com atenção especial a esse ente federativo, definindo os instrumentos jurídicos e urbanísticos que permitem o enfrentamento das questões urbanas. Assim, sua competência para desenvolver programas habitacionais no âmbito local está totalmente amparada, cabendo-lhe adotar, por meio do Plano Diretor, leis e instrumentos específicos de habitação de interesse social, ações de regularização fundiária e planos de urbanização de assentamentos informais, bem como mecanismos de participação e gestão popular da política habitacional.

O Estatuto está estruturado de maneira que auxilia o administrador público na busca em viabilizar o equilíbrio necessário das várias funções que a cidade exerce, demonstrando que a ordem é indispensável ao pleno desenvolvimento e à saudável convivência social nas cidades<sup>227</sup>. Retrata um modelo urbano incluyente que observa a cidade de forma uníssona, considerando formalidade e clandestinidade sem desrespeitar as diferenças que podem marcar o tecido urbano.

Seu objetivo é instruir a implementação da política urbana traçada pela Constituição, conduzindo a um conjunto de estratégias e ações públicas, que em parte podem ser desenvolvidas em cooperação com a iniciativa privada, com a sociedade civil organizada ou não, sempre atendendo ao interesse social para o alcance do desenvolvimento da cidade de forma que ela cumpra suas funções, especialmente a de promover a moradia adequada. As parcerias são necessárias para que se promova uma política urbana adequada aos reclamos sociais. Sem a união de forças advindas dos mais diversos setores não teria sido possível construir um instrumento legal tão rico em conteúdo como a Lei n.º 10.257/2000.

Em seu bojo depara-se com a enumeração de diversos instrumentos e institutos de direito público e de direito privado que auxiliam na ação pública de urbanizar e reurbanizar, permitindo especialmente que as situações que se encontram à margem da lei possam por ela ser absorvidas.

Os capítulos iniciais da Lei n.º 10.257/2000 tratam das diretrizes gerais e dos princípios que renovam os ideais republicanos, democráticos e sociais, dando-lhe sustentação e legitimação. Logo depois, trata dos instrumentos que podem ser aplicados pelo Município, viabilizando a construção de uma política urbana articulada e

---

<sup>227</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.p.54.

sistemizada a partir do que foi definida com a principal ferramenta desse processo: o Plano Diretor<sup>228</sup>.

São princípios fundamentais do Estatuto, sinteticamente apontados, o *Direito à Cidade* compreendendo o acesso universal aos serviços e equipamentos urbanos, à terra urbana, à moradia, ao meio ambiente sadio, ao lazer, transporte, saneamento, à participação no planejamento da cidade, à educação e saúde, trata-se de garantir o Direito à Cidadania; *Gestão Democrática da Cidade*, que pode ser entendida como a forma de planejar, tomar decisões, legislar e governar as cidades com participação e controle da sociedade, de forma a dar, como já dito, legitimidade e sustentabilidade à nova ordem jurídica-urbanística brasileira; a *Função Social da Propriedade*, que objetiva conter a retenção especulativa do solo urbano ou a sua utilização evitando a sua subutilização ou não utilização e garantindo o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço urbano<sup>229</sup>.

O direito à cidade tem no direito à moradia adequada grande parte da sua configuração, sendo fundamental para sua realização que o acesso à moradia esteja à disposição de quem dela necessite. Ou seja, não há que se falar em direito à cidade quando um Município possui grande número de pessoas sem ter onde morar, sem moradia adequada.

É a explicação de Nelson SAULE JÚNIOR<sup>230</sup>,

“ A partir desta noção com a qual foi sendo construído, o Direito à Cidade tem como elementos os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades em ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania e os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável.”

O Município disciplinará e controlará o espaço urbano e o uso conferido à propriedade, buscando alternativas para os graves problemas que envolvem a área ambiental e social, atingindo enormes parcelas da população assentada nas cidades. Seu papel é fundamental na formulação e condução do processo de gestão das cidades,

---

<sup>228</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p.52.

<sup>229</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 212.

<sup>230</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 240.

agindo ao lado da sociedade na elaboração de políticas públicas urbanas. Não é sem razão que o Estatuto da Cidade consolida e amplia a competência das ações municipais definidas na Constituição Federal de 1988.

Localiza-se no Estatuto a ideia de se estabelecer uma política de desenvolvimento que envolva o planejamento como etapa inicial, relacionado a planos físicos, diretrizes orçamentárias, planos plurianuais, instrumentos de ordem econômica pelos quais os investimentos públicos possam chegar à equidade e universalidade no atendimento das demandas sociais<sup>231</sup>.

Não se pode deixar de apontar, portanto, que a recomendação quanto às diretrizes centra-se na garantia do direito às cidades sustentáveis, na gestão democrática e cooperação entre os mais diversos setores e o Poder Público; planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município, na forma do Plano Diretor; maior oferta de serviços, equipamentos urbanos e comunitários; na ordenação e controle do uso do solo que reflète a função social da propriedade prevenindo inclusive a degradação ambiental; a integração entre as atividades urbanísticas e rurais; adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica; a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos, proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; na audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; especialmente, 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, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a

---

<sup>231</sup> DALLARI, Adilson. *Instrumentos da Política Urbana*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais e isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

A lei consolida o novo marco jurídico-político relativo à propriedade urbana, instituindo e regulamentando instrumentos que garantem a sustentação da nova ordem urbana, socialmente justa e incluyente, centrado em três grandes eixos.

No caso de dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade, garantindo o seu exercício, pode-se apontar o Plano Diretor, o parcelamento e a edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana – IPTU, progressivo no tempo, a desapropriação com títulos da dívida pública, o direito de preempção e a outorga onerosa do direito de construir, que também pode ser chamado de solo criado.

No que se refere à regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas municipais, as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, o Usucapião Urbano, a concessão especial para fins de moradia, a concessão do direito real de uso e para a realização do princípio da gestão das cidades, a implantação de conselhos de política urbana, a realização de conferências da cidade e audiências públicas, a elaboração de orçamento participativo, projetos de lei de iniciativa popular e o uso do estudo de impacto de vizinhança, são instrumentos previstos normativamente que podem garantir sua efetividade.

O Plano Diretor é o instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana que definirá a função social da propriedade em cada localidade<sup>232</sup>. Esse instrumento é parte de um processo de planejamento municipal que deve ocorrer com a máxima participação dos cidadãos, atrelando as diretrizes do Estatuto da Cidade à realidade do Município a que pertence.

Sua elaboração deve harmonizar todos os documentos de planejamento, advindos das várias esferas administrativas, às propostas apresentadas pela população formando um instrumento representativo da cidade e seus habitantes. O Plano Diretor deverá refletir as reais condições do Município, o que deve incluir zona urbana e rural, e as ações interventivas cabíveis por meio dos instrumentos correspondentes, definindo especialmente a política habitacional que garantirá o acesso à moradia digna.

A proposta para a cidade que se quer está sintetizada no plano urbanístico, espacializando os resultados que se pretende alcançar, as ações propostas e os

---

<sup>232</sup> GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.



instrumentos cabíveis. No caso da política habitacional deverá prever instrumentos próprios para lidar com a ocupação irregular do solo urbano para fins de moradia, destacando as áreas onde caberá intervenção pública e como ela se dará, utilizando o que recomenda o Estatuto.

Todos os princípios se materializam no respeito às diretrizes gerais apontadas, que por sua vez ganham corpo por meio dos instrumentos supracitados. A elaboração do Plano representa a opção política e jurídica por determinada configuração que envolve não só a cidade, mas também a zona rural, devendo prever tudo o que recomenda o Estatuto em conformidade com as necessidades e características locais.

Segundo Daniela Campos Libório DI SARNO<sup>233</sup>,

“ Ao Poder Público caberá o papel de educador para a cidadania, dentro do qual não deverá contentar-se com a pouca receptividade da comunidade em eventos públicos coletivos. Informar adequadamente a população que possa ser afetada pela decisão vindoura é de fundamental importância para o desenvolvimento da democracia participativa. Em casos nos quais a população possui baixa escolaridade, por exemplo, a simples liberação à consulta de projetos a serem debatidos não é suficiente para informá-la. Caberá ao Poder Público competente para a decisão o dever em simplificar a linguagem sem, entretanto, comprometer o conteúdo, de forma que a população entenda o que se passa e possa proceder a uma análise crítica compatível com seus interesses diretos.”

Sendo assim, para sua elaboração é preciso fugir da condição hermética de isolamento autoritário, bem como do preconceito e da discriminação presentes na mentalidade dos que compõem o corpo administrativo do Município e que compreendem o Poder Público como autossuficiente e poderoso, muitas vezes desconsiderando a configuração republicana, democrática e social que possui o Estado brasileiro.

A materialização do processo de planejamento deve interligar as discussões sobre o Plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, às previsões sobre a ordenação do Município, cabendo assegurar a participação de toda a população<sup>234</sup>.

O planejamento para o desenvolvimento das cidades de maneira sustentável, o exercício das atividades econômicas que geram trabalho, renda e infraestrutura para a

---

<sup>233</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. Audiência Pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 52.

<sup>234</sup> VICHI, Bruno de Souza. *Política Urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.181.

cidade, a distribuição espacial e o uso da propriedade pela população, permeados pela participação popular, representam pilares estruturantes que permitem ao ente municipal executar o que está recomendado na Constituição, de maneira a equilibrar as funções da cidade com os limites da sustentabilidade.

A gestão democrática, que inclui a gestão orçamentária participativa, se firma como uma vertente essencial ao desenvolvimento sustentável das cidades, não podendo mais ser desconsiderado pelos agentes públicos ou detentores de poder econômico, que em alguns casos tentam impedir a participação popular efetiva na aprovação de grandes empreendimentos.

O Estatuto assim dispõe, pretendendo a garantia de que o processo de elaboração de uma nova ordem jurídica nas cidades não se afaste do cidadão, pois a ideia é a de permitir um novo pacto social para os territórios urbanos, em que a participação popular, tão importante para a própria elaboração e o surgimento da Lei n.º 10.257/01, seja o balizamento de um novo conceito urbano amparado pela convivência de todos os seus habitantes promovendo justiça social.

Pela sua amplitude em questões urbanas, que envolvem direta e indiretamente a rotina das cidades, é que a participação popular é fundamental à elaboração do Plano Diretor, bem como às demais formas de planejamento. Ao garantir o acesso às informações e ao direito de participar, com reuniões e audiências em que é possível compreender, discutir e opinar sobre a situação do Município é que se legitima a ação pública, permitindo que atinja os objetivos traçados na Constituição.

Segundo Mariana MENCIO<sup>235</sup>,

“ A gestão democrática na elaboração e aprovação do Plano Diretor demonstra que o processo é coletivo e não obra ou trabalho exclusivo dos órgãos técnicos ou da consultoria contratada para auxiliar nesse processo.”

O Plano Diretor é, na sua origem, um instrumento para a viabilização do Estado Democrático e Social de Direito. Sendo assim, deve respeitar os princípios que norteiam a política urbana constitucional, destinando-se a auxiliar na promoção de direitos como a moradia, à cidade, ao meio ambiente saudável.

Sua base está nos princípios e ideais democráticos que são fundamento do nosso

---

<sup>235</sup> MENCIO, Mariana. *Regime Jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 95.

Estado Constitucional, reafirmando a disposição inaugural da Constituição Federal.<sup>236</sup> A cidadania participativa legitima a atuação do Poder Público, compromete aquele que participa, potencializando o exercício dos direitos políticos, permite que a cidade seja realmente construída à luz das características de seus moradores e, especialmente, garante que os grupos excluídos possam ter voz ativa.

É no Plano Diretor que se encontra o regime jurídico da política urbana municipal, devendo revelar a vontade do munícipe balizada pela vontade do grupo social e pela vocação daquele território, relacionado com a região onde está sediado. Como instrumento jurídico, personifica-se em um conjunto de textos legais que agregam todas as diretrizes indicadas pelo Estatuto da Cidade, além de qualificar o imbricamento entre a política urbana e a questão ambiental.

Sobre a obrigatoriedade para sua elaboração, o Estatuto indica que, além dos Municípios com mais de vinte mil habitantes, estão obrigados aqueles que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, aqueles nos quais o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos descritos no artigo 182, parágrafo 4º da Constituição Federal, os integrantes de áreas de especial interesse turístico e, ainda, aqueles que estão inseridos em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Em todos os locais apontados e marcados com a obrigatoriedade para elaborar Plano Diretor pode-se verificar a forte presença da questão habitacional. Nos casos de Municípios componentes de região metropolitana e aglomerações urbanas, a densidade populacional é uma característica que exige atenção dobrada no que se refere ao planejamento para atender às demandas e também para contê-las, tendo em vista situações de uso da cidade como dormitório por se tratar de local mais acessível à moradia, regular ou irregular. Ainda pode-se verificar a transversalidade da questão urbana e ambiental em regiões metropolitanas, contribuindo para a necessidade de se promover o planejamento articulado com o objetivo de integrar as cidades<sup>237</sup>.

No caso das cidades integrantes de área de especial interesse turístico, o planejamento tem de ser feito e o plano de ação deve ter a dimensão das intervenções feitas no Município, tendo em vista o uso dado ao território, seu adensamento sazonal, os impactos que podem causar a presença de muitas pessoas na região. Noutro caso, para

---

<sup>236</sup> DALLARI, Maria Paula. *Gestão Democrática da Cidade*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01. São Paulo: Ed Malheiros, 2005. p. 336.

<sup>237</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.262.

Municípios que tenham interesse em instituir os instrumentos jurídicos previstos pela Constituição, como já dito, será necessária a elaboração de Plano Diretor, tendo em vista a necessidade de implantação de plano urbanístico que preveja a forma do uso da propriedade e as sanções no caso de descumprimento. Por fim, nos casos de cidades inseridas em área de influência de empreendimentos ou atividades de significativo impacto, é preciso que o Município condicione a aprovação destes empreendimentos a uma série de exigências que prevê o Estatuto da Cidade, mas que devem estar declaradas em sede de Plano Diretor Municipal, de acordo com o que pensa a comunidade local, ainda que o Município tenha menos de vinte mil habitantes<sup>238</sup>.

A relação do Plano Diretor com a promoção do direito à moradia pode ser verificada objetivamente com a definição da função que exerce para a política urbana municipal. Ao definir qual a função social da propriedade o Plano define também quais as áreas que não a cumprem. E como conteúdo obrigatório do Plano Diretor, por definição tal instrumento está visceralmente vinculado à questão da moradia.

Sua tarefa é o estabelecimento de normas imperativas que balizem a ação de agentes públicos e privados, as diretrizes e metas a serem alcançadas pelo Município, como também os critérios para verificar se a propriedade, pública ou privada, está atendendo à sua função social. Para a questão habitacional, cabe ao Plano Diretor indicar a política a ser seguida, que deve incluir tanto a construção de novas habitações como a regularização das situações de ocupação irregular em assentamentos informais.

A partir daí, deve conter todo o delineamento jurídico e urbanístico capacitador de uma política habitacional eficiente e eficaz, que envolve os instrumentos para lidar com os problemas de falta de habitação ou habitação inadequada.

É preciso que preveja os objetivos e as diretrizes para essa política, suas metas e as ações a serem estrategicamente implantadas, os instrumentos de gestão que devem definir a participação democrática da população, a previsão do programa habitacional popular com especificação dos procedimentos, que incluem critérios e instrumentos para as situações que se apresentem, previsão do perfil da população a ser atendida, formas de regulação do mercado imobiliário para garantir o sucesso do investimento público e evitar que haja processo de expulsão da população de baixa renda, a definição das políticas próprias para os loteamentos populares e, ainda, critérios para uma política fundiária e de regularização, indicando quais os instrumentos específicos para implantá-la, incluindo a aplicação de zonas especiais de interesse social e como serão utilizados os

---

<sup>238</sup> Op. cit., p. 263.

instrumentos jurídicos próprios a essa política.<sup>239</sup>

A regularização fundiária é uma diretriz geral do Estatuto da Cidade com o objetivo de promover o acesso à moradia legal e urbanizada para população de baixa renda. Sendo assim, o planejamento urbano municipal tem o dever de abordar tal questão, avaliando a demanda existente e projetando a que está por vir, não sem antes tomar medidas que contenham o adensamento desequilibrado. Tais medidas não podem nunca ser encaradas como política higienista e discriminatória, que exclui territorialmente apenas os que não têm poder aquisitivo para movimentar o mercado imobiliário.

Como diretriz para a promoção do direito de morar adequadamente, as medidas públicas para a habitação devem ser conduzidas de maneira que não desrespeitem e nem violem tal direito. Nos casos em que não for possível regularizar, a remoção de grupos populacionais ou indivíduos que estejam assentados irregularmente deve estar prevista no Plano Diretor com a indicação da forma de retirada e quais as áreas disponíveis para o estabelecimento dessas pessoas, assegurando que o direito fundamental seja respeitado<sup>240</sup>. Para esse fim, a demarcação de áreas como zonas especiais é indispensável, o que demonstra a grande importância do instituto para garantir o acesso à moradia adequada.

A política urbana é um sistema de ações integradas que disciplinam a ordenação do território municipal, definindo-lhe o uso e a forma de ocupação, garantindo que a cidade forneça condições adequadas para nela se possa viver. Por isso fala-se em qualidade de vida, bem-estar geral, direito à cidade e acesso às funções sociais da cidade. No tocante à questão da moradia, ela ocupa uma posição de destaque dentro desse sistema de ações por representar a primeira função social da cidade, o espaço onde a pessoa humana habita.

Para assegurar o alcance social desse direito é que o Plano Diretor deve obedecer ao conteúdo mínimo previsto no Estatuto da Cidade e, a partir dele, descrever as condições para que a utilização do solo urbano continuamente, compatibilizando políticas setoriais que enfrentem o problema do déficit habitacional a partir da ausência de unidades e da realidade dos assentamentos irregulares. No caso dos assentamentos irregulares deve estipular formas de promover a regularização fundiária plena e sustentável, abrangendo os aspectos econômicos, sociais, urbanísticos e jurídicos, bem como a definição da forma de gestão para tal intervenção, que ocorrerá com a definição

<sup>239</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.267-268.

<sup>240</sup> Op. cit., p. 268-269.

das áreas como zonas especiais de interesse social.

A definição do território como zona especial de interesse social autoriza a definição de regras específicas para a intervenção, em que cabem a regularização fundiária, a urbanização e recuperação das áreas degradadas, tudo a ser resolvido mediante previsão feita pelo Plano Diretor Municipal.

Para apoiar o controle do uso da propriedade com observância da função social a ser exercida, o Estatuto prevê institutos tributários e financeiros, tais como o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, a contribuição de melhoria, além dos incentivos e benefícios fiscais e financeiros, dando seguimento aos contornos traçados pelo texto magno, no que diz respeito aos instrumentos arrecadatórios que auxiliam na atuação pública de função urbanística e na indução do desenvolvimento urbano. São institutos vinculados à questão urbanística a serem definidos no Plano Diretor para que a política urbana municipal cumpra sua função.

No que diz respeito aos institutos jurídicos e políticos descritos no Estatuto, segundo Adilson Dallari<sup>241</sup>, parte mais rica e substancial do artigo 4<sup>o</sup><sup>242</sup>, tratam de reafirmar e também discriminar o arsenal de instrumentos à disposição da nova política urbana nacional.

Alguns de natureza pública, outros originários do direito privado, alguns introduzidos diretamente pela Constituição de 1988, inovações com complexa possibilidade de aplicação, outros comumente ou pouco utilizados, todos representam a possibilidade não restrita a esse rol, de promoção e realização dos princípios constitucionais para uma sociedade menos desigual.

O rol de instrumentos corresponde à ideia de política urbana traçada pela Constituição em vigor, especialmente nos artigos 182 e 183, refletindo a noção consciente do legislador no que diz respeito à situação urbanística do país. A este trabalho não caberia a explicação detalhada de cada instituto, pois induziria à fuga do tema principal. A proposta é tão-somente demonstrar o rol específico dos institutos jurídicos e políticos para

---

<sup>241</sup> DALLARI, Adilson. *Instrumentos da Política Urbana*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01. São Paulo: Ed Malheiros, 2005. p. 80.

<sup>242</sup> São eles, em especial, pelo que mais interfere no tema abordado:

- e) instituição de unidades de conservação;
- f) instituição de zonas especiais de interesse social;
- h) concessão de uso especial para fins de moradia;
- j) usucapião especial de imóvel urbano;
- q) regularização fundiária;
- r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
- t) demarcação urbanística
- u) legitimação da posse. Op. cit., p. 432.

apresentar a regularização fundiária, alvo do interesse desta pesquisa.

Rapidamente, é possível analisar o importante papel a ser desenvolvido pelos instrumentos de indução ao desenvolvimento urbano e também quanto ao direito à moradia, no caso do parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana.

Tais instrumentos são aplicados em ocasiões de desrespeito à definição da função social da propriedade urbana com a destinação da propriedade para outros fins que não aqueles impostos pelo Plano Diretor Municipal. Sua função é forçar o comportamento ativo do proprietário, compatibilizado com o seu direito de propriedade, inibindo comportamentos que não produzam para a coletividade, antes desrespeitem-na com posturas especulativas de contenção de áreas, tornando-as cada vez mais inacessíveis a determinada faixa da população e impedindo o desenvolvimento e a expansão urbana de maneira justa.

No caso específico de atendimento à política habitacional de interesse social, o Poder Público, por meio de lei municipal que institui a área como zona especial, poderá destiná-las a essa finalidade, ampliando o acesso ao direito com a promoção da função social da propriedade<sup>243</sup>.

Os instrumentos de política urbana definidos no rol de institutos jurídicos e políticos têm a função de dar efetividade às diretrizes gerais, sendo pontos de apoio a serem utilizados cada um em uma situação específica, objetivando um processo de urbanização mais eficiente.

A relação de instrumentos é bem abrangente, não exaustiva e de naturezas jurídicas diversas, todos em função do bom funcionamento da cidade por meio do planejamento urbano, como no caso do direito de preempção, inaugurado pelo Estatuto da Cidade, que se trata de um direito de preferência dado a determinada pessoa para que tenha a oportunidade de adquirir um imóvel que está posto à venda, 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.

Pode ser utilizado como reserva de imobiliário urbano com a função de assegurar

---

<sup>243</sup> Para que caiba a intervenção nas áreas, com o devido parcelamento, edificação ou utilização compulsória para fins de moradia, é necessário conjugar tais instrumentos com o zoneamento especial de interesse social que permite o uso dessas áreas de forma adequada, além da possibilidade de exigir que o próprio proprietário promova a implantação do projeto, desde que definido em Lei específica. SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 277-278.

moradia adequada a quem dela necessite, por meio de programas habitacionais, projetos de regularização fundiária, devendo estar previsto em lei municipal com base no Plano Diretor. Tal instrumento viabiliza a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais garantindo a permanência de seus habitantes, já que antes de ser alienado a outro particular, o imóvel passa pela avaliação do Poder Público. O que se verifica a primazia da função social na regulação do direito de propriedade privada.

O direito de superfície é a possibilidade de aproveitamento de imóveis urbanos em que é permitido construir ou plantar em solo alheio, sem afetar o domínio de quem o possui. Tal instrumento de natureza civilista, pois se trata de direito real, pode ser utilizado para aproveitamento de imóveis que não estão sendo utilizados, são subutilizados ou não estão edificadas com o fim de atender à política urbana de natureza habitacional<sup>244</sup>. Como o Estatuto prevê os instrumentos e possibilita a sua combinação para que possam efetivamente contribuir no funcionamento da política urbana, tal direito pode ser utilizado para fins de moradia no âmbito da transferência do direito de construir, de acordo com previsão feita no Plano Diretor.

Tal situação se daria com a possibilidade de o Poder Público transferir ao particular uma outra área onde ele possa construir, respeitando o potencial construtivo do novo local, havendo uma troca em que o direito de superfície seria utilizado por população de baixa renda para fins de moradia, de acordo com previsão do Plano Diretor e intermediado pelo Poder Público com base em lei específica que estabeleça os requisitos para tanto<sup>245</sup>.

O texto legal aborda a outorga onerosa do direito de construir, também chamada de solo criado. É o instrumento que concretiza a função social da propriedade, vinculado a um potencial construtivo definido em Plano Diretor, que permite o máximo aproveitamento do imóvel pela possibilidade de edificar para além do coeficiente básico de aproveitamento do solo, que poderá ser feita mediante 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 está a regularização fundiária.

Tal instituto, sinteticamente, estabelece que o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação

---

<sup>244</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01. São Paulo: Ed Malheiros, 2005, p. 173.

<sup>245</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 521.



de solo adicional, concretizando a justa distribuição de ônus e bônus sociais.

Há, ainda, o instrumento da operação urbana consorciada, que deverá estar prevista em Plano Diretor com o objetivo de instituir parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, moradores, usuários da área, coordenadas pelo Poder Público, promovendo modificações urbanísticas de ordem estrutural, melhorais sociais e de valorização ambiental. Pode ser utilizado para promover o acesso à moradia de interesse social, potencializando atividades imobiliárias em áreas ocupadas por loteamentos e conjuntos habitacionais populares, favelas, de maneira que os recursos advindos de tais operações revertam em favor da regularização fundiária dos assentamentos irregulares<sup>246</sup>. Sua aplicação se dá pela sua instituição por meio de lei municipal específica, como decorrência da política estabelecida no Plano Diretor, devendo indicar, dentre outros pontos, as áreas atingidas e a contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados.

A transferência do direito de construir é um instituto novo a ser definido em Plano Diretor Municipal para que o proprietário de imóvel urbano considerado necessário ao atendimento das necessidades de interesse social possa alienar ou exercer em outro local o mesmo direito que exerceria em sua propriedade. Tal instrumento deve ter por base lei específica, tendo no Plano os parâmetros específicos para sua utilização. No caso de ser utilizado para promoção de política habitacional, cabe sua aplicação de maneira conjugada com a instituição de zonas especiais de interesse social servindo aos programas de regularização fundiária de assentamentos irregulares.

A previsão da assistência técnica e jurídica gratuita é mais uma forma de promover o acesso ao direito à cidade, à moradia e à cidadania, já que a inacessibilidade à justiça é um grande entrave para o alcance da justiça social. Não se pode olvidar que os serviços de assistência jurídica gratuita à população carente de recursos para contratá-la estão previstos no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o dever do Poder Público em prestá-la àqueles que comprovem insuficiência de recursos. O Estatuto reforça seu papel como instrumento de acesso à moradia adequada.

A Defensoria Pública é órgão que tem como função prestar o serviço de assistência jurídica gratuita, segundo o artigo 134 do texto magno, cabendo-lhe promover a defesa e orientação jurídicas em todas as instâncias, garantindo-lhes o acesso à Justiça.

Para fins de promoção do acesso à moradia, tal serviço auxilia nas ações que

---

<sup>246</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p. 522.

garantirão a segurança da posse como a ação de usucapião urbano, inclusive com o benefício da justiça gratuita que implica o não pagamento de custos processuais. Para fins de regularização fundiária cabe não só para a ação de usucapião, mas também para as interposições administrativas nos casos de concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso.

Tanto de maneira individual como coletiva, a assistência jurídica auxilia no acesso à moradia, inclusive nos casos em que seja necessário impetrar ações coletivas de mandado de segurança, ação civil pública para evitar violação ao exercício do direito à moradia, como nos casos de despejos sem que haja remoção dos assentados para novo local, adequado às suas necessidades<sup>247</sup>.

Cabe ao Município implantar um serviço próprio de assistência jurídica para os casos de atendimento dentro da política habitacional prevista em Plano Diretor. Para tanto, cabe à municipalidade empreender ações que podem envolver a celebração de convênios com a Defensoria Pública Estadual, escritórios jurídicos de faculdades e universidades, organismos não-governamentais ou até o deslocamento de servidores da área jurídica para tal tarefa, podendo inclusive promover concurso público para tal fim. Nos casos em que a assistência ultrapasse a área jurídica, cabe também ao Município colocar à disposição da população conjunto de técnicos que auxiliem na compreensão e identificação das áreas a serem regularizadas, urbanística e ambientalmente falando.

No caso da previsão do plebiscito e do referendo, são instrumentos constitucionais que corroboram com o direito à gestão democrática da cidade.

Tem-se ainda a previsão da Concessão de Direito Real de Uso – CDRU, que é um direito real a ser aplicado tanto em imóveis de propriedade particular como pública, de caráter gratuito ou oneroso, a ser utilizado para fins de urbanização, edificação, cultivo ou interesse social. A CDRU pode ser aplicada em terrenos públicos ou particulares para o assentamento da população de baixa renda ou para legalizar aquelas situações já consolidadas nesses terrenos, em ações de regularização fundiária, sendo utilizada pelos Municípios por meio de lei municipal específica.

Pelo Estatuto da Cidade é instrumento a ser utilizado no âmbito da regularização fundiária, podendo inclusive ser contratado de forma coletiva, nas situações que envolvem programas e projetos habitacionais de interesse social, criando a possibilidade de transferência de gestão de conjuntos habitacionais em sistema de mutirão<sup>248</sup>.

<sup>247</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004., p.433-434.

<sup>248</sup> Op. cit., p. 423.

A Zona Especial de Interesse Social – ZEIS é outro instrumento previsto pelo Estatuto com a função primordial de permitir a viabilização da regularização fundiária. Sua criação corresponde à definição de áreas, por meio do zoneamento aplicado pelo Plano Diretor, urbanas destinadas especialmente a habitações de interesse social, normalmente ocupadas por favelas, cortiços, loteamentos populares e até áreas urbanas vazias que possam ser destinadas à moradia de grupos sociais economicamente frágeis.

Segundo Tomás MOREIRA<sup>249</sup>,

“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.”

A marcação da área como ZEIS previne os despejos forçados e garante a permanência da população assentada até que receba a intervenção devida, com a utilização dos institutos jurídicos próprios que promovam a segurança da posse<sup>250</sup>. Tal instrumento urbanístico recebe o aprofundamento que lhe cabe no capítulo quatro deste trabalho dissertatório.

Há ainda a previsão da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia que recebe citação no Estatuto, mas é tratada pela Medida Provisória n.º 2.220/2001 e versa somente sobre bens públicos ocupados até 30 de junho de 2001, diferente do que cuida a CDRU.

Sua finalidade é fazer funcionar socialmente a propriedade, diante das definições indicadas pelo Plano Diretor Municipal, mantendo a área ocupada para fins de moradia. Quando utilizados em programas e projetos de habitação social desenvolvidos pela Administração Pública, o contrato de concessão firmado terá natureza de escritura pública.

Dentro da política habitacional do Município, definida no Plano Diretor, a concessão

---

<sup>249</sup> 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. 10-11.

<sup>250</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 122-123.

de direito real de uso pode ser utilizada para transferir unidades habitacionais implantadas pelo Poder Público aos seus beneficiários ou ainda para regularizar a situação jurídica da população assentada irregularmente em imóveis públicos. Para tanto, necessária a definição das áreas como zonas de interesse social, que autorizará a outorga da concessão, bem como permitirá a intervenção urbanística na área.

O contrato de concessão pode ser individual ou coletivo, gratuito ou oneroso, e a lei que permite sua outorga deve estabelecer critérios sobre os beneficiários, indicando a preferência para quem deve assumir a concessão. No caso de ser onerosa, cabe ao contrato definir os prazos e a forma de pagamento, que deverão prever os custos relativos ao projeto de urbanização ou do projeto habitacional de interesse social. É preciso ressaltar que é transferível por ato *intervivos* ou *causa mortis*.

O consórcio imobiliário é outra maneira de ver realizada a função social da propriedade, pois pode ocorrer em consequência da verificação de seu descumprimento. É uma possibilidade de parceria quando o proprietário de um imóvel declarado pelo Poder Público como subutilizado, não utilizado ou não edificado optar, quando do cumprimento da obrigação imposta pelo Município, por realizar um consórcio com este. Por meio do consórcio, após a realização das obras de urbanização e a entrega de uma quantidade de lotes, correspondente ao valor total das áreas antes da execução das obras, o Poder Público poderá, com aqueles que ficaram em sua posse, utilizá-los para atender à população efetivando o direito à moradia adequada.

Os institutos positivados têm a função de promover a política urbana municipal, de vedar comportamentos perniciosos que possam atingir o direito à cidade, obrigando ações positivas de realização da função social da propriedade, promovendo a função social da cidade e, também, resgatando a cidade ilegal. Não é possível pensar o futuro apagando o passado ou simplesmente fazendo de conta que ele não existe, tendo em vista o cenário urbano que se apresenta diante de todos, resultado de anos de descomprometimento e descaso.

A aprovação da Lei n.º 11.977/2009 incluiu mais dois instrumentos urbanísticos identificados como legitimação da posse e a demarcação urbanística. A demarcação urbanística é um procedimento administrativo em que o Poder Público, no âmbito da regularização fundiária, demarca o imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes, a natureza e o tempo das respectivas posses, resultando no auto de demarcação urbanística. É auxiliar da ação de regularizar, pela sua própria natureza e também por ter

sido criado no âmbito da Lei n.º 11.977/2009, que regulamenta a regularização fundiária.

No mesmo texto legal foi criada a legitimidade da posse, que é um ato do Poder Público conferindo um título de reconhecimento da posse do imóvel que está sendo objeto de demarcação urbanística para fins de regularização fundiária, identificando seu ocupante, o tempo da ocupação e a natureza da posse.

Em uma leitura acurada, percebe-se que a previsão de alguns institutos resgata a formalidade, instrumentalizando ações que viabilizem soluções razoáveis – com resultados coletivos e sociais – para situações que reproduzem diariamente o desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. O estudo caso a caso deve ser a tônica da ação pública, respaldado pela Constituição e pelos institutos jurídicos e políticos descritos no artigo 4º e em todo o Estatuto, sem descuidar de reconhecer a regularização fundiária como forma de promover a moradia adequada.

Tais institutos são base e instrumento para a formulação das políticas públicas de cada Município, de acordo com suas peculiaridades. São definições jurídicas com base constitucional, de natureza social<sup>251</sup>, auxiliando o Poder Público Municipal na garantia do bem-estar dos habitantes, bem como no ordenamento e pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade plenamente.

Dentre os institutos jurídicos e políticos encontra-se o da regularização fundiária, bem como o usucapião urbano, a concessão de uso especial, a concessão de direito real de uso e as zonas especiais de interesse social. Recebe maior atenção desse trabalho a regularização fundiária e os instrumentos que com ela dialogam, tendo em vista sua capacidade de modificar a realidade informal da moradia, desde que envolvida em uma política comprometida com valores sociais e voltados para o dever público de modificar a realidade violadora dos direitos fundamentais.

No próximo item cabe a análise sobre a regularização fundiária, apontando o histórico de sua origem e também as previsões normativas que foram aos poucos dando forma à política urbana até chegar à configuração normativa de atividade administrativa. Sobre os instrumentos que lhe auxiliam na intervenção dos locais ocupados irregularmente sua abordagem acontecerá no capítulo quatro, ao tratar da regularização à luz da Lei n.º 11.977/2009, que dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares.

---

<sup>251</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade*. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed Malheiros, 2005. p. 22.

## **2.3.BREVE ANÁLISE SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SUA PREVISÃO NORMATIVA**

A ordem urbanística descrita na Constituição e especificada pelo Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257/2000 – não somente determina o exercício dos direitos e deveres para os cidadãos urbanos, como também cuida em equilibrar as funções a serem exercidas na cidade de forma a permitir que todos lhe tenham acesso, buscando de maneira inusitada dar respostas jurídicas à irregularidade que compõem o tecido urbano e que não pode mais ser ignorado.

O planejamento urbano, a moradia digna, a função social da propriedade e a cidade sustentável são grandes vertentes que conduzem às normas descritas no Estatuto. São reflexos do princípio da função social da cidade que se materializam nos institutos e instrumentos auxiliares para a transformação do espaço urbano, fugindo da visão de matriz individualista e elitista que se tem da cidade, para promover uma nova ordem popular modificadora da realidade, que permita a promoção do acesso ao direito de morar dignamente, ainda que, inicialmente, o local de morada tenha origem na informalidade.

A ordem jurídica brasileira obteve enorme avanço ao recepcionar um ordenamento urbanístico com forte característica social, preocupado em modificar o quadro de segregação experimentado pelas populações que habitam de forma precária em regiões de risco. São favelas, loteamentos populares irregulares e clandestinos sediados em periferias urbanas, conjuntos habitacionais em condições precárias, cortiços e habitações coletivas, alternativas que a população pobre encontrou para exercer a moradia diante da escassez de imóveis que lhes sejam acessíveis e da ausência de políticas públicas para o setor habitacional.

Historicamente, foi o modelo de cidade segregadora, reflexo de interesses capitalistas promotores de injustiça e desigualdade social, que favoreceu o surgimento e crescimento de regiões ocupadas irregularmente para fins de moradia.

O surgimento da regularização fundiária está intimamente ligado à questão da urbanização brasileira e às deficitárias políticas urbanas que incluíssem a questão habitacional. A industrialização, além do crescimento urbano, teve como uma de suas principais consequências os processos informais de ocupação do solo, ocorridos durante muito tempo sob o olhar inerte do Poder Público. Aduz Rogério Gesta LEAL,

“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 cidade<sup>252</sup>.”

A ocupação do solo urbano em busca da moradia é uma ação legítima que encontra uma série de obstáculos impostos pela inacessibilidade à terra urbana formal, provocados pela especulação imobiliária, pela localização física e territorial amparada por serviços e infraestrutura urbana, oferta de serviços, dentre outros que elevam o valor do imóvel impedindo o acesso àqueles que possuem baixa renda. Ainda, pode-se citar a ausência de políticas habitacionais e de investimento, dificuldades de acesso ao emprego e toda ordem de questões sociais e econômicas. Seja em terrenos públicos ou privados, em condições precárias ou tão-somente sem estrutura, as ocupações ocorrem como solução para a demanda habitacional reprimida, construindo a cidade ilegal.

Os investimentos feitos pelo Poder Público têm um histórico de concentração em áreas “nobres” sem que haja planejamento urbano justo que permita absorver mais de uma camada da população, a não ser aquelas que podem pagar o alto custo imposto pelo mercado.

Para que se possam produzir alterações na realidade social das cidades urge a necessidade de novas políticas públicas, notadamente de planejamento urbano e habitacionais, controle do uso e ocupação da propriedade, especialmente, para que não só respondam às novas/velhas demandas, mas também deem solução à situação da moradia irregular, por meio de ações efetivas.

No âmago dos debates que cercam a situação dos assentamentos precários aglomerados no território das cidades brasileiras, motivados por toda ordem de questões políticas, econômicas, culturais e sociais, surge a possibilidade da regularização fundiária.

Assim, a regularização fundiária tem origem recente, e seu objetivo é, pontualmente, contornar as consequências havidas com a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano, gerando assentamentos urbanos desprovidos de quaisquer condições para moradia.

A previsão legal da regularização fundiária, como política pública vinculante,

---

<sup>252</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 40-41.

destinada à inclusão social e territorial daqueles que habitam os assentamentos urbanos informais é recente, embora os programas de regularização fundiária sejam um instrumento de política habitacional extremamente importante na luta dos moradores de favelas e loteamentos irregulares ou clandestinos em busca da integração espacial e socioeconômica, garantindo-lhes minimamente a segurança da posse.

A defesa da manutenção dessa população resultou em um grande debate sobre a questão habitacional, envolvendo a urbanização e a legalização da moradia, chamando o Poder Público à responsabilidade para que cumprisse sua função de protetor e promotor dos direitos fundamentais por meio da atividade administrativa. Diante desse contexto, percebe-se que a construção de uma legislação que balizasse e desse respaldo ao tema foi ocorrendo, envolvendo desde o Código Civil, de 1916, até chegar à Lei n.º 11.977/2009, passando pelo Estatuto da Cidade, novo marco regulatório da questão urbana.

Foi com a aprovação do capítulo sobre política urbana na Constituição de 1988 que a regularização fundiária de assentamentos informais passou a ganhar dimensão. A nova política de desenvolvimento urbano voltada à redução das desigualdades sociais e do fortalecimento do direito à moradia, reconheceu o direito individual e (ou) coletivo de manutenção em áreas ocupadas para fins de moradia, com a previsão de institutos como o usucapião urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia, desde que preenchidos determinados requisitos.

Dentre os instrumentos constitucionais sancionatórios a serem aplicados quando não fosse verificado o cumprimento da função social da propriedade está a Desapropriação, que por muito tempo foi também utilizada para fins de regularização fundiária. Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 3.365/1941, regulando a desapropriação por utilidade pública, e a Lei n.º 4.132/1962, que estabelece a desapropriação por interesse social, foram o respaldo legal para desapropriação de áreas destinadas à realização da regularização fundiária para fins de moradia.

Seguindo linearmente, ainda tem-se o Decreto-Lei n.º 9.760/1946, que trata dos imóveis da União, exerceu importante papel delimitatório para o instituto com a inserção da Seção III-A – Da Demarcação de Terrenos para Regularização Fundiária de Interesse Social – ficando estabelecido no *caput* do artigo 18-A a possibilidade da 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 parágrafo 1º do referido dispositivo diz que considera regularização fundiária de interesse social aquela que se



destina a atender as famílias com renda familiar não superior a cinco salários mínimos.

Mais tarde, com a Emenda Constitucional n.º 26, de 14.02.2000, o direito à moradia passa a ser previsto explicitamente como um direito fundamental social e com a publicação do Estatuto da Cidade, em 2001, são emitidas todas as diretrizes para a viabilização de uma política urbana que promova o direito à moradia digna, o direito à cidade pelo cumprimento das funções sociais da propriedade e também da cidade por meio, dentre outros instrumentos, da regularização fundiária.

Garantir a moradia adequada<sup>253</sup> é o grande objetivo da regularização fundiária. A moradia adequada se compõe das seguintes condições: segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços, materiais, benefícios e infraestrutura, gastos suportáveis, habitabilidade, acessibilidade, localização, adequação cultural, a ser garantida por medidas que envolvem a proteção contra a regressividade do direito, o estabelecimento prioritário de uma política habitacional para grupos vulneráveis que vise à integração plena e sua manutenção à cidade formal.

A agremiação desses componentes permite a viabilização do direito à cidade, além do cumprimento da função social da mesma. Para além da previsão do direito, é preciso que, ao ser materializado, cumpra a função de reverter o quadro de precariedade e informalidade, permitindo que as populações que habitam nas periferias sejam reconhecidas como destinatárias do direito à cidade também.

Sendo a moradia um direito humano, componente essencial para que o indivíduo exerça sua dignidade, a regularização fundiária é fundamental para que o Poder Público possa promovê-la. Não se trata de uma faculdade, mas de um dever, tal qual o faz quando garante que outros direitos inerentes ao indivíduo não sejam violados e nem tenham seu acesso negado.

A regularização fundiária indica a solução para os casos de irregularidade ligados à habitação, disseminados em quase todos os centros urbanos do território nacional. Sua ação promove a inclusão legal e urbanística de assentamentos informais na cidade formal, garantindo que as pessoas exerçam o direito de ter um local para habitar.

A garantia plena do exercício de morar pode ser reconhecida com a implantação total de ações para a regularização, envolvendo inclusive o combate às causas da

---

<sup>253</sup> A compreensão sobre o direito à moradia adequada foi adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos – Habitat II, tendo como tema a Adequada Habitação para todos e o desenvolvimento de Assentamentos Humanos Sustentáveis em um Mundo em Urbanização, realizada em Istambul em junho de 1996 e resultando em uma agenda – Agenda Habitat – que estabeleceu um conjunto de princípios, metas, compromissos e um plano geral de ação para orientar a melhoria das condições dos assentamentos humanos.

pobreza e os fatores que levaram à marginalização do acesso à moradia. Ainda que empreendida por etapas, a regularização deve compreender planejamento e planos de ação, de conteúdo não só jurídico e urbanístico, mas também socioeconômico e ambiental que possam auxiliar na fixação daquela população. Configura-se em um processo. Se assim não o for, não há como garantir a moradia adequada e o seu exercício pleno, já que as condições para a manutenção da habitação são essenciais para que ela se viabilize.

Para o pleno desenvolvimento das cidades necessário dar solução às situações de irregularidade que envolvem grupos sociais vulneráveis, com ações destinadas a combater as causas da pobreza, buscando eliminá-las. A redução da desigualdade territorial pela criação de condições para o acesso à moradia digna envolve a redução da desigualdade social, garantindo a realização da função social da propriedade e da cidade.

A previsão constitucional da regularização fundiária pode ser compreendida com a prescrição da política urbana que objetiva a garantia do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes. A moradia, componente do conjunto de funções a ser exercida na cidade, deve ser entendida como adequada às necessidades da população que a solicite, e sua viabilização tem apoio nos instrumentos jurídicos do artigo 182, parágrafo 4º e 183, caput e parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988.

Cabendo a aquisição da posse para fins de moradia, o respeito à moradia adequada não se completa sem as intervenções que modifiquem sua condição irregular, o que conduz à ação de regularizar plenamente a ocupação. Sendo assim, com a previsão dos instrumentos para regularizar juridicamente a situação habitacional, compete ao Poder Público investir no processo de regularização plena, que envolve a questão jurídica, urbanística e ambiental.

Ainda, é preciso ressaltar, sob pena de mal entendido, que a previsão do dever de regularizar tem sede constitucional, porém é necessário o investimento em planejamento urbano que envolva a elaboração do Plano Diretor, desdobrando-se em observar o disposto no Estatuto da Cidade. O instrumento básico para a política urbana municipal deve prever as ações promotoras da regularização, seus destinatários e os locais onde se dará a intervenção, bem como as políticas de geração de renda, proteção e preservação ambiental, sociais, empoderando a população a ser protagonista da sua vida.

Seguindo a ideia da previsão normativa, tem-se sua indicação como diretriz geral de ação urbanística. O Estatuto, que tem como função ordenar o uso da propriedade urbana

visando garantir o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos, incluindo a manutenção e promoção do equilíbrio ambiental, prevê como uma de suas diretrizes gerais<sup>254</sup> o uso da *regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais*.

Direciona a ação pública no sentido de garantir o acesso à moradia também em situações de irregularidade fundiária e urbanística, indicando que sua promoção deve se dar por meio de tratamento jurídico diferenciado, tendo em vista a situação especial que se apresenta e os fatores que a deflagraram, sem desrespeitar a proteção ao meio ambiente. Verifica-se a coerência da Lei, de conteúdo social emanante das normas constitucionais e da natureza das propostas apresentadas pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana, não se afastando de atender prioritariamente à população economicamente frágil e desprovida de recursos que lhe permitam exercer uma vida digna.

Para Betânia ALFONSIN, a regularização fundiária é

“o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária<sup>255</sup>.”

Sua definição sobre o instituto corrobora com o objetivo descrito no Estatuto da Cidade. Pode-se verificar que a regularização se apresenta como uma política pública setorial dentro da nova concepção de política espacial urbana do Estado brasileiro, bem como diretriz e instrumento, jurídico e político, indicando o cabimento de enfrentamento de situações de insegurança da posse e habitação irregular, que impedem o acesso à moradia adequada, permitindo larga amplitude de atividades na busca por resultados que conduzam a viver dignamente, em conformidade com o ordenamento constitucional. É uma expressão do direito à moradia digna.

<sup>254</sup> O artigo 2º da Lei n.º 10.257/2000 identifica a regularização como diretriz geral da política urbana brasileira e no artigo 4º, inciso V, ela é tratada como um dos institutos jurídicos e políticos para a aplicação de tal política.

<sup>255</sup> 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. 24

De tal forma que sua compreensão sempre envolveu um conjunto de ações que incluíam, também, o investimento em políticas de desenvolvimento social e econômico para a população destinatária de tal atividade, na tentativa de tornar as cidades mais justas, diante do cenário fragmentado, social, econômico e culturalmente que promove cada vez mais desigualdade<sup>256</sup>.

A integração das áreas irregulares à cidade formal deve ocorrer com a implantação de programas de regularização contextualizados com políticas fundiárias, tributárias e urbanísticas que impeçam a produção informal no espaço urbano<sup>257</sup>.

A função da regularização, embora de natureza essencialmente curativa<sup>258</sup>, reverte a informalidade e a precariedade da ocupação e uso do solo urbano. Isso ocorre por meio da legalização da posse, melhoria do ambiente urbano e proteção de áreas ambientais. Exatamente pela função que exerce – reverter a informalidade nociva que atinge aqueles que habitam em situação de risco – é que tal ação não pode ocorrer de forma dissociada de um conjunto mais amplo de políticas públicas e estratégias de gestão urbana, destinadas objetivamente a reverter o quadro excludente, sempre atrelado ao crescimento urbano<sup>259</sup>.

A necessidade de intervenções públicas mais objetivas na questão habitacional, a continuidade de pressão por parte dos setores comprometidos com as necessidades de se promover o acesso à moradia para a população de baixa renda, o que inclui os movimentos populares pela moradia, bem como o crescimento urbano marcado pela produção de moradias à margem da legalidade, conduziu um processo de incorporação da regularização fundiária nas agendas municipais, solicitando contornos jurídicos mais precisos para sua implantação.

A ampliação das ações de regularização, portanto, passou a depender tanto da transferência de recursos financeiros para os Municípios quanto da remoção de óbices legais promovidos pela legislação urbanística e ambiental, dificultando ou até impossibilitando o exercício do direito à moradia, o que contribui para a produção de habitações ilegais.

---

<sup>256</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.204.

<sup>257</sup> GONDIM, Linda Maria de Pontes. Crescimento Urbano, direito à Habitação e Regularização Fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico em homenagem à Professora Magnólia Guerra*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 322.

<sup>258</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 344

<sup>259</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.p.344

O estabelecimento de normas excessivamente rigorosas, desconectadas da realidade socioeconômica predominante, exigências técnicas e parâmetros elevados para áreas mínimas dos lotes conduziram ao encarecimento dos imóveis, tornando a moradia inacessível para uma significativa parcela da população, a ser entendida como uma postura pública discriminatória, em que o Direito é obstáculo ao alcance do direito à moradia.

Diante da legislação confusa e descompromissada com princípios como o da igualdade e da justiça social, as dificuldades para a utilização dos instrumentos de regularização passaram a ser significativas e, embora houvesse sempre grande resistência ao implemento de tal ação, com as previsões do Estatuto da Cidade e a obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor, ficou mais difícil desprezar o instituto da regularização fundiária como parte da solução para os casos de ocupações irregulares.

A lei de parcelamento do solo, Lei n.º 6.766/1979 em especial, apresenta uma série de contradições que merecem ser extirpadas dadas as dificuldades criadas para sua aplicação. Em 1999, recebeu alterações caracterizando a possibilidade de se empreender regularização fundiária em situações irregulares de ocupação para fins de moradia. Inicialmente, abriu espaço para a criação das zonas especiais, instrumento urbanístico fundamental à ação de regularizar, quando trata de zonas de urbanização específica, para depois autorizar o Poder Público a regularizar *loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado, evitando lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos adquirentes dos lotes*<sup>260</sup>.

Tal previsão alcança somente os casos de loteamentos ou desmembramentos produzidos, ignorando a situação das ocupações irregulares, ainda que já representassem um enorme passivo urbano. A contribuição que trouxe tal alteração legal não implicou mudança significativa do padrão legal de balizamento do território urbano.

Os avanços foram ocorrendo no campo legislativo e uma série de normativas passaram, paulatinamente, a amparar a ação de regularizar, ampliando cada vez mais a sua força como instituto de promoção da moradia adequada.

---

<sup>260</sup> Art. 3º - Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Art.40º - A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Lei 6766/79 após alterações impostas pela Lei 9785/99, *dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.*

Tem-se a aprovação da Lei n.º 10.931/2004 que instituiu a gratuidade do registro público do primeiro título da regularização fundiária, vista por Betânia ALFONSIN<sup>261</sup> como grande ganho na luta pelo acesso à terra urbana legal, por entender que os comandos da Lei n.º 6.015/1973 contribuíam para obstaculizar a realização da regularização fundiária quanto à legalização da posse.

A publicação da Resolução n.º 369/2006 pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA que reconheceu a regularização fundiária como uma atividade de interesse social para fins de intervenção em áreas de preservação permanente. Um grande avanço no diálogo entre a questão urbana e a ambiental, carregado de tensões e conflitos que maltratam tanto o ser humano quanto o meio ambiente como se um não fizesse parte do outro.

Ainda, ganhou-se com a Lei n.º 9.636/98, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União e com a alteração feita pela Lei n.º 11.481/07, que passou a autorizar, expressamente, no artigo 1º, que o Poder Executivo poderá, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União, executar regularização das ocupações nos seus imóveis, inclusive de assentamentos urbanos informais de baixa renda, inclusive pela realização de 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.

Seguindo tais iniciativas tem-se a aprovação da Lei n.º 11.952, de 25.06.2009, dispondo sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal.

Logo depois, após longo debate no âmbito do Projeto de Lei n.º 3.057/2000, que propõe alterações na Lei n.º 6.766/1979, com destaque para as definições sobre o processo de regularização fundiária, foi aprovada a Lei n.º 11.977, de 7.07.2009, que trata de investimentos públicos na área da habitação de interesse social, dispondo sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e também sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, institucionalizando uma política pública de cunho habitacional para moradores de baixa renda em que a regularização se firma um ação obrigatória para o Poder Público.

Tal legislação responde aos reclamos pela adoção de políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, prevendo ações de planejamento e

---

<sup>261</sup> 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. 56.

constituindo programas habitacionais com a adoção de instrumentos financeiros, legais e administrativos, com recursos público e privados reunidos para promover e assegurar a efetividade desse direito aos diversos grupos sociais que não lhe têm acesso e vivem em completa precariedade. Ainda, sem olvidar a informalidade e ilegalidade que caracteriza um sem-número de habitações no território brasileiro, a Lei n.º 11.977/2009 prevê a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, classificando-a em regularização de interesse social e de interesse específico, e determinando que sem planejamento não há como promover o acesso à moradia.

A lei instrui os agentes que dela se valerão para investir na ação de regularizar, fazendo considerações sobre os elementos que envolvem tal ação. Dessa forma, declara que a área urbana destinatária da intervenção deverá estar prevista em Plano Diretor, cabendo ainda quando tiver preenchido os requisitos para usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia, está situada Zonas Especiais de Interesse Social ou em áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Durante muitos anos a proposta de urbanizar e reurbanizar as regiões habitadas irregularmente enfrentou a resistência de setores públicos e privados, grupos de pessoas mais conservadoras, além da própria legislação que, de tão ampla e confusa, devido à gama de assuntos, apresentava o tema sem a necessária coerência<sup>262</sup>.

Ainda que alguns grupos continuem a levantar a bandeira da remoção e do despejo como medidas saneadoras para tais situações de ocupações coletivas irregulares, como é o caso das ações empreendidas pelo atual governo municipal de São Paulo, a regularização fundiária se firma como uma política habitacional inserida no planejamento urbano das cidades, tornando-se solução viável para a diminuição da injustiça no território urbano.

A previsão legal da regularização fundiária como política pública<sup>263</sup> viabilizadora da moradia segura, dessa forma, responde aos apelos em dar soluções reais e efetivas à questão dos assentamentos irregulares autoproduzidos que assoberbam as cidades, ocupando áreas públicas ou privadas, muitas das vezes ambientalmente inadequadas à

<sup>262</sup> MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades. Alternativas para a crise urbana*. 2º edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 135.

<sup>263</sup> Política Pública entendida como “ programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saravia, 2006, p. 39.

presença humana.

A regularização é um direito à intervenção transformadora da realidade excludente e segregacionista. Com a previsão dada pela Lei n.º 11.977/2009, consiste em um rol de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tal conjunto de medidas públicas e de natureza social deve incluir políticas econômicas de incentivo ao desenvolvimento sustentável, ou seja, uma gama de ações a serem implantadas pelo Poder Público, sem as quais não há redução das desigualdades sociais, econômicas e acesso à moradia adequada para populações de baixa renda. Sem o comprometimento social do Estado, não será o mercado financeiro a contribuir para soluções adequadas às necessidades sociais e que podem diminuir a pobreza urbana.

A ação de regularizar deve ocorrer sempre que não haja risco para a população assentada em se manter naquele local, bem como não haja impedimento legal, especialmente de ordem ambiental, já que grande parte dos assentamentos informais das grandes, médias e pequenas cidades se encontra em áreas ambientalmente frágeis, de grave risco para o meio ambiente e para quem as ocupa. A regularização tem em sua essência a proteção jurídica do meio ambiente urbano, superando o falso conflito bradado para impedir a implantação da ação de regularizar. Não há moradia adequada se não houver preservação ambiental.

A política pública para regularização fundiária não deve ocorrer de maneira isolada, desassociada de ações que envolvam a transformação e recuperação do espaço urbano, já que promove a integração socioespacial das comunidades assentadas. Reconhecida como uma diretriz geral da política urbana, a atividade de regularizar realiza uma promessa constitucional descrita como objetivo da República brasileira: erradicar a marginalização e reduzir a desigualdade social, causas da pobreza urbana<sup>264</sup>.

Com a promulgação do Estatuto, ainda que leis específicas não tivessem sido

---

<sup>264</sup> Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.



promulgadas, a regularização já se apresentava como uma diretriz política de ação pública, indutora das modificações sociais que propõe o texto da Constituição de 1988. Sua positivação informa o reconhecimento do direito à segurança da posse pelos moradores em assentamentos informais que não estejam violando normas ambientais, seja em áreas públicas ou privadas, a serem incluídos na ordem urbanística, impondo ao Poder Público o dever de “elevar a qualidade urbanística das situações existentes”<sup>265</sup>.

O dever de agir é inerente ao exercício da função pública, cabendo-lhe garantir que a cidade exerça o papel que lhe compete, o de permitir que todos tenham condições de dela usufruir na medida de suas necessidades.

Para o exercício da função social da cidade, faz-se necessária a presença ativa do Estado, conduzindo um novo tratamento para o direito de propriedade, o uso e a ocupação do solo urbano. Há tempos, os Poderes Públicos locais observam passivamente, seja por descompromisso, seja por falta de recursos, a formação de um modelo perverso de urbanização das cidades brasileiras, permitindo que a ocupação ocorra combinada a um formato de desigualdade territorial, hierarquizado conforme as condições socioeconômicas da população ocupante.

De acordo com Linda Maria de Pontes GONDIM<sup>266</sup>,

“ a alocação do espaço urbano, especialmente para o uso residencial, é similar à ocupação sequencial dos lugares de um teatro, sendo a ordem de entrada determinada pelo poder de barganha. Depois que os “ espectadores” que dispõem de mais dinheiro escolhem seus lugares, os mais pobres têm que se contentar com o que sobra.”

A busca dos grupos de baixa renda por uma moradia digna é um processo que avança desproporcionalmente à atuação pública para promoção do acesso a tal direito. Para enfrentar essa demanda, é preciso planejamento e ações que levem em conta a realidade de cada local, sua configuração territorial e o que a influencia, como os fatores sociais, culturais, econômicos e políticos, incluindo a revisão e a elaboração de legislação que atenda às necessidades de hoje, promovendo o desenvolvimento ordenado das cidades no futuro.

Por essa perspectiva é que a ação de regularizar vinha sendo entendida de diversas

---

<sup>265</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In: DALLARI; FERRAZ(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p. 60.

<sup>266</sup> GONDIM, Linda Maria de Pontes. Crescimento Urbano, direito à Habitação e Regularização Fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico em homenagem à Professora Magnólia Guerra*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 310-311.

maneiras, dada a gama de intervenções que podem ser empreendidas com o objetivo de promover a moradia digna e que devem estar conciliadas em prol de um único objetivo, o que fazem dela uma política pública para habitação.

Betânia de Moraes ALFONSIN descreve algumas das ações que cabem na regularização fundiária, tais sejam: a regularização jurídica de lotes, regularização fundiária como urbanização de assentamentos autoproduzidos e a chamada regularização urbanística. As três formas apontadas são três tipos de ações que podem e devem ser desenvolvidas em assentamentos irregulares de forma concomitante. Com a aprovação da Lei n.º 11.977/2009, tem-se a previsão da regularização fundiária de assentamentos urbanos ocupados, predominantemente por população de baixa renda.

A regularização jurídica dos lotes é uma das faces do processo de regularização. Trata-se de agir na identificação e transferência da titulação jurídica do lote para aquele que lá reside, transformando sua posse em propriedade ou mesmo em direito de uso, por meio dos instrumentos cabíveis e que estão descritos na Constituição, no Estatuto e indicados como identificadores do cabimento da regularização pela Lei n.º 11.977/2009.

Recorda-se de sua previsão no texto magno para mais uma vez destacar a opção jurídico-política da Constituição de 1988<sup>267</sup> pela política urbana de cunho social comprometida em promover o acesso à moradia.

A ação de regularizar se apoia na garantia do direito à moradia digna, afiançando a segurança desse exercício mediante instrumentos jurídicos como o usucapião especial, usucapião coletivo, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso desde que não haja nenhum tipo de impedimento. O Poder Público deve agir disponibilizando assessoria jurídica à população ocupante ou, ainda, encaminhando pessoalmente a utilização dos instrumentos próprios para tal ação.

A regularização jurídica é fundamental para viabilizar definitivamente o acesso ao direito de morar, porém não é e nem pode ser vista como a única maneira de tratar a questão das ocupações irregulares. Tal ação permite solucionar a distorção promovida

---

<sup>267</sup> Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007

pela incapacidade econômica de adquirir um imóvel, incluindo a população carente na ordem urbanística e adequando a cidade real à cidade formal. No entanto, não garante que a injustiça social cesse, já que a modificação material dos assentamentos não ocorre somente com o acesso à titularização dos imóveis e a permanência dos assentados não se mantém somente com a incorporação de sua condição pela lei.

Nas palavras de Edésio FERNANDES<sup>268</sup> reforça-se o entendimento acima defendido:

“ Em outras palavras, a segurança da posse e da moradia é de ser alcançada de várias formas, e não apenas, e/ou necessariamente, através do reconhecimento de direitos de propriedade individual. Por outro lado, vários estudos também demonstram que a mera urbanização dos assentamentos ilegais não se traduz necessariamente na diminuição da pobreza urbana. Pelo contrário, se não forem acompanhadas de mecanismos políticos, sociais, legais e financeiros adequados, incluindo dentre outros fatores uma dimensão de gênero, tais políticas acabam por provocar distorções profundas no tenso mercado imobiliário e se tornam em mais um fator de acirramento da segregação territorial e da exclusão social.”

É fato que o enquadramento jurídico dado à terra urbana ocupada informalmente é ação de enfrentamento do problema das mais necessárias e importantes, mas não a única. O ajuste jurídico, por si só não promove a moradia adequada, devendo estar atrelado à implantação de infraestrutura, saneamento e aparelhos públicos, transporte, entre outros, incluindo o adequado aproveitamento dos terrenos subutilizados ou até ociosos, como medida para coibir novas ocupações ou ações imobiliárias especulativas.

São visíveis as dificuldades em lidar com a máquina administrativa, que envolve um distanciamento dos agentes com relação à situação real de desigualdade social e o papel que deve exercer aquele que exerce função pública, mais precisamente a administrativa. Sem a atuação constante do Poder Público, as medidas promovidas no âmbito da regularização fundiária não conseguem modificar por muito tempo a realidade social, deixando perecer todo o investimento público, colaborando com o fortalecimento da mentalidade elitista, tacanha e preconceituosa que responsabiliza os economicamente frágeis pelo seu próprio fracasso e pelo assoberbamento de demandas que tornam a máquina pública cada vez mais ineficiente.

A regularização fundiária é a materialização de uma política pública urbana que

---

<sup>268</sup> FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: Uma introdução*. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 34.

objetiva modificar o processo excludente e antidemocrático que tem orientado o crescimento das cidades<sup>269</sup>. Tem lugar no âmbito do exercício da função pública de urbanizar, o que lhe remete à observância de uma série de princípios não somente de conteúdo urbanístico. Antes de tudo é uma atividade desenvolvida e (ou) administrada pelo Estado, ente responsável pela promoção do interesse público.

A previsão normativa recente, que mais detalhes traz à sua condução, incorpora não somente a modificação física dos assentamentos informais, a ordenação do espaço ocupado tornando viável a sua urbanização, como também a melhoria das condições de sustentabilidade social que remetem à regulação do mercado imobiliário, gestão pública das questões fundiárias e urbanas e constante investimento na ampliação do estoque de habitações, reduzindo a valorização excessiva de tal bem. Sem a prevenção contra tais situações, a possibilidade de a população de baixa renda utilizá-la como moeda de troca na ilusão de melhorias financeiras é bastante provável. Tal comportamento alimenta e retroalimenta a situação da moradia ilegal e precária, mas também expõe os verdadeiros responsáveis por tal situação, em que os grupos social e economicamente frágeis são como peças em um tabuleiro.

Diante de tal situação, o disciplinamento expresso da regularização fundiária para áreas assentadas irregularmente é uma grande conquista. A previsão legal não só estabelece o seu cabimento e utilização pelo Poder Público, como indica ainda qual o conteúdo das políticas públicas que devem dialogar com o programa de regularização.

A Lei n.º 11.977/2009 prevê uma política habitacional de interesse social de caráter nacional, que inclui a ampliação do mercado de residências como provedor do acesso à moradia legal, inclusive com a definição de linhas de financiamento e a possibilidade de regularização das áreas ocupadas para fins de moradia, tornando-as adequadas à presença humana e ao desenvolvimento e bem-estar social. Municia o Poder Público local com ferramentas qualificadas para a implementação da política urbana, define as condições para que ela ocorra e responsabiliza-o pela sua efetivação, que deve garantir condições de acesso à terra urbanizada habitável para a população de baixa renda e sua integração na estrutura urbana formal.

As diretrizes adotadas pelo Estatuto da Cidade, nos termos do artigo 2º, inciso XIV, combinado com o artigo 4º, inciso V, alíneas *f*, *g*, *h*, *j*, *q* e *r*, que trata dos instrumentos para a auxiliar na implantação da política urbana nacional, formam uma baliza jurídica

---

<sup>269</sup> MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades. Alternativas para a crise urbana*. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 122-123.

inquestionável na estruturação da política habitacional de interesse social, pondo fim ao debate sobre a eficácia da previsão constitucional do direito à moradia e ainda sobre o que compõe a ação de regularizar.

Pode-se dizer que a regularização é regida pelos seguintes princípios<sup>270</sup>: da segurança da posse, da justiça social, da igualdade, da função social da cidade, da sustentabilidade, da função social da propriedade, do interesse público, princípio democrático, republicano, sem prejuízo de outros que regem a atividade administrativa e a configuração do Estado Democrático e Social de Direito.

Modificar o quadro de irregularidades urbanas é um desafio impossível de ser ignorado, tendo em vista tratar-se, o urbanismo, de uma função pública que implica o dever de agir. Porém, o dever de agir não se dá somente na busca da solução para a cidade ilegal, mas também deve observar prospectivamente o futuro para evitar a repetição das situações que hoje estão consolidadas e tanto mal causam à vida do cidadão urbano.

Para Carlos Ari SUNDFELD<sup>271</sup>,

“ A ligação constitucional entre as noções de “ direito urbanístico” e de “política urbana” (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse direito, que surge como o direito de uma “ função pública” chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política.”

O dever de agir implica promover o funcionamento das funções sociais da cidade mediante a ação de planejamento e a execução de planos que incluem o diálogo com várias políticas transversais à questão urbana, tal como a política de desenvolvimento econômico e social e a política ambiental. Ainda, cabe garantir especialmente aos grupos sociais de baixa renda o direito à cidade, o que inclui seu reconhecimento como habitantes destinatários de serviços, infraestrutura, saneamento básico, mobilidade urbana. Ou seja, compete ao Poder Público exercer minimamente sua função

---

<sup>270</sup> A compreensão do vocábulo princípio se origina dos ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “ Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.53.

<sup>271</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson. FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49.

qualificando-a com ações planejadas como deve ser a regularização fundiária, fazendo valer o arcabouço principiológico que rege toda atividade administrativa.

A questão habitacional deve ser conduzida pelo Poder Público como componente do bom funcionamento da cidade e deve estar relacionada a várias outras políticas públicas que acompanham o processo de desenvolvimento urbano.

Considerando que os principais problemas das cidades brasileiras são de ordem social e econômica, entende-se que a questão institucional agrava a situação urbana quando não atua adequadamente diante das demandas existentes, com políticas e instrumentos de planejamento e gestão urbana comprometidos com princípios de justiça social.

O padrão de urbanização brasileiro tem conduzido um grande número de pessoas a viver na informalidade, precariamente assentadas em locais de fragilidade ambiental com riscos à sua vida, ao meio ambiente, ao bom funcionamento da cidade. Com o aprimoramento da legislação que já apresenta significativas modificações, a elaboração de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento social, vinculada à distribuição de renda, oferta de trabalho e emprego, acesso à educação, saúde, mobilidade urbana, investimento em habitação, especialmente de interesse social, incentivo à gestão urbana democrática, seria possível acompanhar a dinâmica do crescimento das cidades, inclusive contendo-o quando necessário. Tudo isso é possível desde que o Poder Público assuma seu papel e cumpra as funções que lhe cabe, direcionado e regulando o desenvolvimento urbano.

A regularização fundiária de assentamentos informais é parte da política urbana habitacional que cabe ao Poder Público desenvolver para garantir o acesso à moradia adequada. É diretriz geral para a política urbana e é dever público de intervenção diante do desrespeito ao direito à moradia adequada. Embora atue na consequência do caos urbano, promove o acesso aos direitos, insere a população pobre no funcionamento da cidade legal, permite o controle sobre o processo de urbanização, fortalece a noção de espaço público e protege o meio ambiente.

### **CAPÍTULO 3- A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO E O DEVER DE VIABILIZAÇÃO DA MORADIA**

A Constituição positiva uma série de valores como normas, resultado da opção do constituinte por um modelo de Estado caracterizado pela submissão das funções estatais a princípios de conteúdo social, bem como à participação popular e a um modelo político republicano que traça sua geografia deixando em relevo o princípio da igualdade formal e material, tendo a sociedade como fundamento e fim<sup>272</sup>.

O Estado Democrático e Social de Direito busca garantir, por meio de suas funções, a realização da justiça social que abrange a promoção de acesso às condições mínimas de existência e convivência social. Tal modelo remete à proteção e garantia dos direitos fundamentais no campo material, reconhecendo o valor correspondente a cada princípio positivado por nossa tábua de valores.

Se o Estado Democrático condiciona a atuação estatal à vontade popular livremente manifestada, a característica principal do Estado Social é o reconhecimento de sua força vinculada à possibilidade de garantir a autonomia individual, tendo os direitos fundamentais como parâmetro para a atividade estatal, em especial a administrativa.<sup>273</sup>

Sendo o Estado o responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais e de tudo o que os envolve, cabe à Administração Pública a elaboração técnica do planejamento de políticas públicas urbanas para que possam ser executadas de acordo com as necessidades da sociedade e o respaldo normativo dado não só pela Constituição como também pelo Poder Legislativo.

O planejamento deve levar em consideração a estrutura administrativa do ente federativo e as condições para pôr em prática a prestação de ações positivas que permitam dar cumprimento aos objetivos fundamentais da República brasileira.

Da elaboração de políticas públicas embasadas em prescrições constitucionais e infraconstitucionais que declaram direitos e definem diretrizes e metas para o seu alcance, emanadas do âmago das decisões de governo, caminha-se para sua materialização por meio da atividade administrativa do Estado.

À Administração Pública cabe a execução de tarefas que promovam o interesse público, dando forma às decisões políticas acordadas na esfera pública e que devem

<sup>272</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil – traços gerais da organização política brasileira*. Minas Gerais: Del Rey, 1996. P. 93.

<sup>273</sup> NOVAIS, Jorge dos Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. P.227

estar estritamente vinculadas aos valores sociais trazidos pela Constituição. O direito à moradia, previsto como direito fundamental social, está no centro da questão urbana e a política pública que lhe cuida, foi traçada normativamente para garantir aos cidadãos o seu alcance mediante a atividade administrativa do Estado.

Para que a promoção do acesso à moradia ocorra, um longo caminho é percorrido. Por meio do planejamento e da elaboração de planos de ação que envolvem programas habitacionais e de regularização fundiária, a política pública urbana cumpre sua tarefa comandando à Administração Pública a execução de ações que promovam o alcance do direito de morar adequadamente, realizando aquilo que prevê a Constituição Federal.

Em razão do exposto, importa analisar a necessidade de ações públicas interventivas na área da habitação, especialmente para aquelas pessoas que vivem em condições precárias nos assentamentos urbanos informais. Para tanto, é fundamental o reconhecimento do dever de agir embasado na compreensão e delimitação dos institutos jurídico-administrativos, para que o direito social à moradia possa se tornar acessível aos que não dispõem de recursos para obtê-lo, desde que a Administração Pública compreenda seu dever agindo de maneira comprometida com a comunidade<sup>274</sup>.

### **3.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS**

O Estado contemporâneo está conformado à lei fundamental, legitimamente fundada na vontade soberana do povo, contendo princípios e valores, metas e diretrizes que têm o encargo de norteá-lo à efetivação dos Direitos Fundamentais. Tal desiderato cabe às funções exercidas por tal ente, que inclui o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

À Administração Pública, executora da atividade estatal constitucionalmente instituída, cabe a satisfação do bem comum com a promoção do interesse público. Tal finalidade é inerente à sua própria existência e, portanto, indeclinável<sup>275</sup>.

Para Renato ALESSI, a atividade administrativa é uma atividade de caráter ideológico e jurídico, com modificações diretas no mundo jurídico para satisfação do

---

<sup>274</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas ediciones, S.L., 2002, p.33.

<sup>275</sup> Para o mestre paulistano Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, certos produtos da cultura humana estão fundidos de tal forma que confunde-se a finalidade para o qual foram criados com sua própria essência, seu conceito. É o que se percebe no entendimento do que vem a ser o Estado e qual sua finalidade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.44-47.



interesse público<sup>276</sup>.

Com a consagração dos direitos fundamentais sociais e o desenvolvimento de um modelo jurídico de Estado atuante e transformador da realidade social, os bens e interesses considerados inerentes à condição humana passam de descrição meramente formal para um patamar de consagrada importância na atuação estatal. Tais direitos são, não só protegidos juridicamente, como também devem ser promovidos por um conjunto de ações materializadas pela atividade administrativa do Estado.

Segundo Gilberto BERCOVICI<sup>277</sup>,

“ A Constituição de 1988, como uma “constituição dirigente”, possui certas características que a diferenciam de outras constituições. Para a Teoria da Constituição Dirigente, a constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. A fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a constituição dirigente é uma Constituição estatal e social.”

Em face da finalidade a ser alcançada pelo Estado, a Administração Pública é a unidade orgânica<sup>278</sup> que deve realizar o interesse público, impondo deveres e permitindo de forma justa e equitativa o acesso aos direitos e encargos sociais deles advindos, a todos os cidadãos.

As diretrizes para a atuação da Administração Pública estão fixadas na Constituição Federal, norteando sua maneira de agir. A elaboração de políticas públicas contendo indicadores correspondentes à prescrição constitucional não é uma alternativa para o administrador. Trata-se de promover o interesse público, identificado como *res publica*, que não está à disposição dos administradores. Seu dever é tutelar da melhor maneira o interesse de toda a coletividade.

Para desempenhar seu papel e atingir a finalidade para o qual foi concebido, o Estado tem na Administração Pública o braço para desenvolver sua função pública executiva, atividade estatal que tem por característica o dever de atender ao interesse público, garantindo a todos e a cada um a segurança prometida pelo Estado de Direito.

Para uma melhor compreensão da Administração Pública cabe informar que pode

---

<sup>276</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Traducción de la 3ª ed. italiana por Boaventura Pellisé Prats. TOMO I, Barcelona: Bosch, 1970, p. 241.

<sup>277</sup> BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso. (Org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: IPEA, 2009, p. 272-273.

<sup>278</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição, rev. e atual até a emenda constitucional n.56, de 20.12.2007. São Paulo Malheiros Editores, 2008. p.30.

ser entendida sob dois aspectos, o primeiro designando que ela engloba os entes que exercem tanto a atividade de governo como a atividade administrativa do Estado, e estão divididos em órgãos governamentais e administrativos, entidades e agentes públicos, com a incumbência de exercer, concomitantemente, a função política de traçar diretrizes e planos de ação e a função administrativa de execução; e de outra parte, estritamente considerada, pode ser identificada como o conjunto de órgãos e entidades em seu aspecto subjetivo e no aspecto objetivo seria a própria função administrativa, excluída a função política, a ser exercida predominantemente pelo Poder Executivo<sup>279</sup>.

Tal definição doutrinária é interessante para localizar o conjunto de órgãos e entidades que atuam dentro do Estado, no âmbito do Poder Executivo.

Marca-se posição no sentido de compreender que a Administração Pública é sim formada por órgãos, entidades e agentes públicos que emitem comandos políticos e administrativos, dentro das competências que lhe cabem. Não se entende a função política ou de governo exercida somente pelo Executivo, tendo em vista o marcante, necessário e obrigatório papel do Poder Legislativo, bem como não se entende tal função apartada dos contornos jurídicos do Estado, ainda que existam exceções, reconhecidas pela própria Constituição como ações possíveis diante de situações excepcionais.

A Administração Pública exerce a função administrativa subsumida à prescrição da lei. Ao Legislativo incumbe traçar as finalidades a serem alcançadas objetivamente – sob o jugo constitucional –, os meios e modos pelos quais devem ser perseguidos, caracterizando as situações perante as quais cabe produzir ações produtivas a toda a sociedade<sup>280</sup>.

O Estado traçado pela Constituição de 1988 recebeu a incumbência de diminuir as desigualdades e injustiças sociais, indicando a necessária intervenção na sociedade e a promoção do acesso aos direitos fundamentais. No artigo 3º do texto constitucional se encontram os princípios constitucionais fundamentais identificando a razão de ser e os objetivos do Estado brasileiro, juridicamente constituído. Relaciona, portanto, os fins que se devem buscar para promover a transformação social, ao reconhecer a realidade injusta com a proposta de eliminá-la<sup>281</sup>.

Para José Alfredo de Oliveira BARACHO:

---

<sup>279</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 54-59

<sup>280</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Proteção Jurisdicional dos Interesses Legítimos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 176, p. 1-14, abr.-jun., 1989.

<sup>281</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p.294.

“ A Administração está sujeita aos ‘Princípios do Estatuto Jurídico dos Cidadãos’, sendo que a expressão cidadão e cidadania vêm ocupando espaços, substituindo o ‘administrado’. Vem daí a relevância de que os direitos fundamentais da pessoa, garantidos e impostos pela Constituição, têm perante a Administração Pública<sup>282</sup>. ”

Com a demarcação dos objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, o texto constitucional de 1988 indica que o bem comum<sup>283</sup> é o próprio fundamento da sua existência, impondo também ao processo de produção legislativa a conformação com os princípios constitucionais.

A ampla descrição do rol de direitos fundamentais introduziu expressamente normas de conteúdo axiológico, sendo a dignidade humana o bem maior a ser protegido e promovido como elemento fundante e estrutural do Estado Democrático e Social de Direito<sup>284</sup>.

Para a proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, mais precisamente a moradia, é necessário um agir preciso, vinculado juridicamente a valores que não permitam a intervenção lesiva ou a omissão estatal que possa ser atentatória a eles.

Segundo Gilmar MENDES<sup>285</sup>, com a opção brasileira pela constitucionalização dos direitos sociais a pretensão a ações legislativas e medidas administrativas tendentes a concretizar tais direitos foi absorvida pelas regras jurídicas, se tratando de “[...] um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas[...]” que acentuaram a tensão entre direito e políticas públicas.

Entretanto, tal determinação não garante aos cidadãos o bem-estar imediato. Para o atingimento das finalidades previstas pela Lei e a concreta efetivação dos direitos sociais, compete à Administração o dever de agir promovendo a ligação entre a previsão normativa e a sua realização. Nas palavras de Afonso Rodrigues QUEIRÓ<sup>286</sup> “ a atividade

<sup>282</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, número 85, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, julho de 1997, p.17.

<sup>283</sup> Para Dalmo Dallari, citando o Papa João XXIII, “o bem comum pode ser entendido como um conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.” DALLARI, Dalmo. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª ed., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p.107

<sup>284</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.159.

<sup>285</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p.9

<sup>286</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*.

da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”.

O agir administrativo é a atuação mais concreta e presente do Estado, por onde a sociedade verifica sua materialização mais efetiva, pois presente no dia a dia do corpo social. Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que a Administração pode ser vista como o modo derivado do agir estatal. Tal atuação está vinculada juridicamente aos direitos fundamentais, sendo parte de sua essencialidade<sup>287</sup>.

Para sua concretização verifica-se a necessária associação de elementos normativos e diretrizes políticas descritas nos comandos constitucionais, entrelaçando a atuação institucional às políticas públicas, fazendo desta um mecanismo de ação estatal para a realização de direitos como o direito social à moradia, possibilitando a superação das desigualdades sociais.

A ausência de planejamento, a amplitude da questão social e a própria dinâmica de funcionamento do Poder Público enfrentam dificuldades para dar respostas aos problemas que afligem a sociedade. Numa sociedade com índices de desigualdade extremamente elevados, questões aparentemente universais como a habitação não são facilmente resolúveis.

Tal situação reflete, histórica e estruturalmente, a dificuldade em solucionar aquilo que foi definido pela formação socioeconômica capitalista, com a concentração de riquezas e de poder nas mãos de minorias ricas e o aumento da pobreza, essencialmente, urbana.

A Administração Pública ao exercer sua atividade como uma das funções públicas do Estado, manifesta-se desenvolvendo um conjunto de ações que incluem atos de planejamento, direção, comando e execução, como também a elaboração de políticas públicas, refletindo os comandos jurídicos estabelecidos pelo Poder Político.

A atividade administrativa constitucionalizada<sup>288</sup> deve realizar o bem comum por meio de ações que incluam a promoção do acesso a bens e utilidades que satisfaçam as necessidades da coletividade, a prestação de serviços, a gestão de bens públicos

---

Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 6.

<sup>287</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 122-123, 129.

<sup>288</sup> Importante destacar a submissão da Administração Pública aos preceitos constitucionais, onde a conformação não só é institucional como também funcional, já que o regime jurídico-administrativo, com a Constituição de 1988, passa a estar previsto de forma ampla no texto fundamental, em um capítulo próprio demonstrando a intenção de balizar a atividade administrativa para além do princípio da legalidade, que deve ser interpretado e aplicado em conjunto com os demais princípios constitucionais.

instrumentais a tal atividade, a restrição de direitos e imposição de deveres<sup>289</sup>.

Observando a atuação estatal como promotora do acesso aos bens e direitos inerentes à cidadania, entende-se que as políticas públicas são mecanismos de gestão pública que antecedem à materialização das ações desenvolvidas pela Administração Pública. São “medidas legislativas” que compõem o agir estatal, indicando os programas de ação a serem desenvolvidos por meio de todos os recursos disponíveis à sua atuação, cabendo-lhe cumprir seu dever, no âmbito de sua competência<sup>290</sup>.

No Estado Democrático e Social de Direito, Poder Legislativo, políticas públicas e função administrativa se relacionam de maneira íntima e constante, conectando a sociedade às ações estatais.

Ilustrando o que acaba de ser defendido emprestam-se as palavras de Fábio Konder COMPARATO<sup>291</sup> para reforçar que:

“ A questão assim posta, como se percebe, é inteiramente de direito, e não de fato. Não se trata de saber se o Estado tem ou não tem condições financeiras para “ dar a cada um o que é seu”, nesse domínio. Cuida-se, tão-só, de verificar se os Poderes Públicos desenvolvem ou não, de fato, programas de ação para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, como determina o art. 3º de nossa Constituição.”

Em um primeiro momento, cabe ao Poder Público investir todos os esforços que lhe compete para agir na promoção do bem-estar social. Para além dele está o direito subjetivo ao resultado dos esforços empreendidos, previsto constitucionalmente e que no caso em questão se trata do direito ao acesso à moradia.

Entende-se que a Constituição garante ao indivíduo que o Estado tudo fará na busca pelo cumprimento das normativas que preveem os direitos fundamentais sociais. Há um dever de agir e suas ações permitirão a concretização do direito à moradia.

Tal entendimento reafirma a defesa sobre o dever que tem o Poder Público de agir no sentido de permitir o acesso ao direito, não de prover todos os habitantes de um local para morar, mas de investir tudo o que lhe cabe, jurídica e materialmente falando, para permitir o seu acesso a todos.

<sup>289</sup> Jorge Miranda trata a atividade como um dos sentidos que tem o vocábulo função. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional parte V – Actividade Constitucional do Estado*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

<sup>290</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O MP na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sergio Sérulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.250.

<sup>291</sup> Op. cit., p.250.

O planejamento, traço característico da atuação administrativa, tem papel preponderante na promoção e proteção dos direitos. É uma técnica pela qual a ação administrativa do Estado se desenvolve cumprindo um desenho em que estão estabelecidas as diretrizes espaciais, temporais e de conteúdo, habilitando a Administração a cumprir o previsto no texto normativo constitucional e infraconstitucional.

Na percepção do jurista Dalmo de Abreu DALLARI sobre o aspecto político que envolve a ação estatal:

“Enquanto sociedade política, voltada para fins políticos, o Estado participa da natureza política, que convive com a jurídica, influenciando-a e sendo por ela influenciada, devendo, portanto, exercer um *poder político*. Este é o aspecto mais difícil e mais fascinante do estudo do Estado, pois introduz o estudioso numa problemática extremamente rica, dinâmica e polêmica, onde se faz presente a busca dos valores fundamentais do indivíduo, da sociedade e do Estado, a par da procura da organização mais eficaz para a promoção desses valores<sup>292</sup>.

Sendo o Estado uma criação do Direito, somente as normas jurídicas podem definir suas atividades. E no exercício de criação da norma jurídica, tanto quanto no de sua interpretação e aplicação, as autoridades competentes para atuar em nome do Estado exercem também uma função política que não cabe estar dissociada de prescrições normativas.

No caso da Administração, que trata daquilo que é de interesse público, cabe destacar que a realização da atividade importa à realização de um fim que não está vinculado à vontade de quem exerce o poder, mas aos parâmetros normativos que indicam a finalidade a ser atingida<sup>293</sup>.

No Estado Democrático e Social de Direito, cada vez mais caracterizado pela complexidade de ações interventivas na sociedade, o agir administrativo não está mais vinculado estritamente à ordem legal, mas também à ordem legitimada conformando-o com o interesse público pelos valores consensualmente aceitos<sup>294</sup>.

Sendo a Democracia um sistema político em que o poder emana do povo e, portanto, não está personalizado individualmente, a legitimidade do Poder soberano

---

<sup>292</sup> DALLARI, Dalmo. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª ed., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p.128.

<sup>293</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<sup>294</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 15- 17.

sustenta-se na atuação administrativa justa, democrática e republicana, incluindo os comandos que não estão explicitamente descritos em lei, mas se encontram juridicizados pelo texto constitucional. Cabe ao Estado a responsabilidade pela conformação de uma determinada ordem social descrita pela Constituição.

Para Gilberto BERCOVICI<sup>295</sup> a Constituição, o Estado e a política não podem ser compreendidos de forma separada, “sob pena de cairmos no mais contra-producente instrumentalismo”.

Para Fábio Konder COMPARATO<sup>296</sup>, políticas públicas consistem

“ em uma atividade, definida como uma série de atos de tipologia variada que possuem o mesmo escopo e são organizados em um programa, a longo prazo, que visa atender às necessidades, geradas por uma economia de massa, disciplinar a atividade empresarial e organizar o serviço público.”

Sobre as políticas públicas e onde elas se encontram com a Administração Pública, é possível dizer que o braço executivo do Estado não está livre de componentes políticos. Pelas palavras de Comparato elas se imbricam e permitem o funcionamento do Estado.

O processo de elaboração de políticas públicas que ocorre no âmbito da relação entre o Poder Legislativo, o Governo e a Administração Pública se desenvolve identificando as necessidades e pretensões postas em questão por tais entes, tanto quanto se enquadram nas previsões do sistema jurídico. É nesse momento que se identifica o interesse público, dando-lhe contornos definidos para ser efetivado pela atuação da Administração Pública<sup>297</sup>.

Maria Paula Dallari BUCCI<sup>298</sup> entende as políticas públicas como

“ programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “ metas coletivas conscientes” e, como tais um problema de direito público, em sentido lato.”

Elas também são instrumentais para a ação estatal, representando programas de

<sup>295</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 41.

<sup>296</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos do homem*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.

<sup>297</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XLII.

<sup>298</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.241.

ações advindas do modelo de Estado Constitucional que se firmou após a segunda metade do século XX, ampliando seus mecanismos associados a posturas políticas<sup>299</sup> afeitas à realização da justiça substancial, indicando a promoção dos fins estatais.

Diante dessa ideia, não se pode deixar de citar que ao lado da função administrativa reconhece-se a existência da função política ou de governo, que expede atos a partir de fundamentos que não necessariamente se enquadram dentro das três funções formalmente conhecidas do Estado: a função administrativa, a função legislativa e a função jurisdicional.

Renato ALESSI<sup>300</sup> reconhece sua existência referenciando-a como a função de direção suprema e geral do Estado, expedidora de atos de gestão estatal. As decisões provenientes da função de governo coordenam a atuação das demais atividades administrativas, pressupondo manifestações políticas autorizadas pela Constituição ou por norma infraconstitucional e, portanto, sujeitas ao controle jurisdicional<sup>301</sup>.

Com a introdução, no texto constitucional, de normas com expressivo cunho ideológico social, ético e programático, o Estado passa a ser responsável pela concretização dos direitos dos cidadãos mediante prestações positivas a serem encaminhadas pela Administração Pública, e as políticas públicas, como programas de ações<sup>302</sup>, consistem também em atividades com o mesmo fim.

É fato que a discussão sobre a juridicização das políticas públicas está longe de chegar a um consenso, o que levaria a um consequente tratamento doutrinário pela disciplina que cuida da Administração Pública, o Direito Administrativo. Porém, não há controvérsia quanto a sua presença no texto fundamental de 1988 e que modificou sensivelmente o processo de formação do agir estatal.

As políticas públicas são parte da atividade estatal vinculadas aos comandos constitucionais, como se pode comprovar com a definição do capítulo sobre Política Urbana previsto na Constituição de 1988 e que tem por principal objetivo o pleno desenvolvimento urbano e a garantia do bem-estar dos habitantes das cidades.

Gilberto BERCOVICI analisa o papel das políticas públicas e declara que:

---

<sup>299</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.(Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.p.351.

<sup>300</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução da 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 9-14.

<sup>301</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.36-37.

<sup>302</sup> COMPARATO, Fábio Konder.O MP na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sergio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*.São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.248.



“O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando as demais<sup>303</sup>.”

A realização dos comandos gerais e abstratos descritos no sistema jurídico constitucional e infraconstitucional compete à Administração Pública, encaminhando sua atividade de forma a promover medidas, programas de ações identificados como políticas públicas que, uma vez implantadas, refletirão progressivamente na vida de seus destinatários e que não poderão ser extintas sob pena de induzir a regressão do acesso ao direito. Somente com tal intervenção, acredita-se na redução ou até eliminação das desigualdades sociais.

A ordem constitucional estabeleceu obrigações ao Estado que permitem dar materialidade e eficácia ao direito à moradia, orientando a Administração Pública a implementar políticas públicas necessárias ao seu efetivo exercício<sup>304</sup>.

A ampliação do papel estatal, com a responsabilidade em garantir o direito à moradia, concretizando um direito fundamental social, impõe ações positivas por parte do Estado, elaborando projetos de habitação social, programas de regularização fundiária, colocando à disposição da população serviços de assistência jurídica gratuita. As diretrizes e os objetivos indicam a finalidade a ser atingida, os meios utilizados para tanto cabem à atividade administrativa, demonstrando a conexão entre as políticas públicas e a Administração Pública.

A política pública a ser adotada será sempre pautada pelo sistema normativo, ainda que seu enquadramento em um conceito jurídico suscite controvérsias. No caso da atividade desenvolvida pela Administração Pública, também é possível verificar a natureza jurídico-política de suas ações, o que ocorre quando executa ações públicas para o bem-estar coletivo favorecendo o acesso aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais estão longe de estar ao alcance de todos os cidadãos. Ao Estado cabe o papel insubstituível de instância promotora desse acesso, especialmente os de ordem social, permitindo o desenvolvimento humano sustentável, que inclui o desenvolvimento socioeconômico.

---

<sup>303</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: DALLARI, Maria Paula (Org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

<sup>304</sup> FRISCHEISEN, Luiza. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.36.

Nessa dinâmica que busca tornar os direitos acessíveis, a composição que integra e articula a elaboração de políticas públicas com o exercício da função administrativa permite a realização do interesse público da maneira mais precisa.

A política pública a ser aplicada e os atos que sucedem a escolha feita pelo administrador, no exercício de sua competência, podem tanto estar pautados em regras objetivas, que predeterminam o agir administrativo, vinculando diretamente sua ação, quanto em regras que permitam uma carga de subjetividade na escolha do ato a ser praticado. Isso porque, como já dito, há uma gama de atividades a serem desenvolvidas pelo Estado, tanto quanto uma pluralidade de políticas públicas com vistas à promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais para garantir o pleno desenvolvimento humano e que necessitam do amplo e total envolvimento da estrutura administrativa.

No que compete à política de acesso à moradia diante dos assentamentos irregulares, a ação administrativa se apresenta como atividade vinculada aos comandos constitucionais e infraconstitucionais que incluem a Lei n.º 10.257/2001<sup>305</sup> e a Lei n.º 11.977/2009. Trata-se do Estatuto da Cidade comandando o uso do instituto da regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas para *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*; e o comando da Lei sobre Regularização Fundiária de assentamentos urbanos que indica o seu uso para garantir *o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*<sup>306</sup>.

Para Juarez Freitas<sup>307</sup>, o Estado Constitucional pode ser reconhecido como o “Estado das escolhas administrativas legítimas”. Quer dizer com isso que a atuação administrativa, balizada que está pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, deve obediência a tais ditames comportando uma atuação limitada aos contornos jurídicos,

---

<sup>305</sup> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:  
XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; LEI 10.257/2001 que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

<sup>306</sup> Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. LEI 11.977/2009 que Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas;

<sup>307</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 7.

garantindo ao cidadão mais segurança sobre o exercício de sua atividade, pois a conformidade com regras e princípios afiança a legitimidade acima festejada.

As políticas públicas, a par da discussão sobre sua natureza, são pontes entre a sociedade e o Estado, especialmente entre a população de baixa renda e a Administração Pública. Como ações positivas e interventivas na realidade social, refletem a configuração do interesse público por meio da atividade administrativa.

Para fundamentar tais ideias, apresenta-se a opinião de Maria Paula Dallari BUCCI:

“Adotar a concepção de políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura institucional do poder; Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política<sup>308</sup>.”

A autora citada reforça as ideias apresentadas quando defende que a Administração desempenha um importante papel na análise e elaboração dos pressupostos que dão base à política pública<sup>309</sup>.

Promover o acesso à moradia é promover o interesse público. A política pública habitacional de regularização fundiária promove não somente o acesso à moradia, mas também a ordenação da cidade, a inclusão territorial e social da população assentada irregularmente, protege o meio ambiente, promovendo bem-estar aos despossuídos de direitos e a todo o grupo social, que também é afetado quando há violação de um direito individual.

Ao Estado cabe assegurar condições reais e estáveis para que os indivíduos possam ter acesso a bens e serviços que possibilitem uma vida digna. Para cumprir seu mister deve valer-se de todos os instrumentos postos à sua disposição pela Constituição e por leis específicas. É de se compreender que a Administração Pública e a prática de políticas públicas compõem o arsenal estatal para promover e proteger os direitos fundamentais sociais, inegavelmente necessários à liberdade com dignidade.

Para Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO<sup>310</sup>, pode-se compreender o vocábulo

<sup>308</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.241-242.

<sup>309</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit.,p.249.

<sup>310</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2 v. Rio de Janeiro,

*administração* com o significado de direção, governo, exercício de uma vontade com o objetivo de obter um resultado útil, incluindo traçar um programa de ação e executá-lo. Paralelo a tal entendimento, importante lembrar mais uma vez as lições de Rui Cirne LIMA<sup>311</sup> para quem a Administração é a atividade adstrita a um fim específico executada por quem não é senhor absoluto.

Tais descrições reforçam a compreensão do vínculo entre a atividade administrativa e as políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, como a moradia. A Administração Pública está voltada à concretização da política pública urbana ditada pela Constituição, que tem sido determinada e conformada materialmente pelo legislador infraconstitucional.

As políticas públicas voltadas à habitação, implementadas por meio de programas pela Administração, e é sempre a Administração que os apresenta, permitem o reconhecimento real do titular de tal direito. A regularização fundiária passa a ser um dever quando, para que seja possível usufruir do direito à moradia adequada, o Poder Público esteja obrigado a modificar as condições de ocupação do espaço urbano.

Outra questão a se considerar na relação entre a Administração Pública e as Políticas Públicas é que a escolha dos meios para a sua realização, embora seja uma escolha feita no âmbito da função de governo, não pode desconsiderar as finanças públicas para tais investimentos.

Para tanto, é necessário encampar uma ação que está diretamente ligada à elaboração da política pública: o planejamento. A Constituição impôs ao administrador público o dever de planejar suas ações, definindo previamente o que quer atingir objetivamente e quanto acha que é o seu custo. O desenvolvimento local, regional e nacional está adstrito ao planejamento, incluindo a concepção de políticas públicas como a urbana, claramente vinculada ao planejamento na figura do Plano Diretor.

O planejamento inclui os gastos anuais e aqueles ligados a programas de natureza continuada<sup>312</sup> o que exige da Administração, entidade responsável pelo planejamento, total imersão na gênese da política em questão. Solicita pensamento projetado para o futuro, ensejando um conjunto de atos unificados em um processo que exporá de maneira vinculada as decisões a serem tomadas, de que forma, o que objetivam, a quem se direcionam.

---

1979, p.33-34.

<sup>311</sup> LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.51-52.

<sup>312</sup> Essenciais para que haja real e efetiva promoção de direitos, pois as ações pontuais quase sempre **não** cumprem seu papel.

Segue o pensamento de Fábio Konder COMPARATO<sup>313</sup>:

“ Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”

Coincidentemente, os primeiros planos para implementação de ações públicas se deram no campo do urbanismo, segundo Massimo Severo Giannini citado por Maria Paula Dallari BUCCI<sup>314</sup>. O planejamento urbano está para as questões sobre desenvolvimento assim como o direito à moradia adequada está para a questão urbana.

Dentre os problemas sociais que afetam diretamente a distribuição da Justiça está a urbanização que, segundo José Reinaldo de Lima LOPES<sup>315</sup>, “ diferente de todas as outras urbanizações conhecidas anteriormente na história”, tem sido fatal para a dissolução de mecanismos tradicionais de controle social, de cunho ético e moral como a família, a vizinhança. Tal situação solicita maior presença estatal, que passa a ser o mais importante instrumento de controle e regulação de conflitos.

Com a elaboração de políticas de desenvolvimento urbano precisas, diretamente vinculadas à Administração Pública e compromissadas com a promoção de acesso ao direito à cidade, o que inclui a moradia, o Poder Público garante justiça social, impede conflitos e garante a realização do interesse público.

O direito à moradia é, portanto, um direito vinculado a prestações positivas pelo Estado, planejamento e elaboração de políticas públicas destinadas a garantir o pleno desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais. A tarefa de planejamento urbano e sua materialização são formas de manifestação estatal a ser guiada por valores que, no caso brasileiro, estão predeterminados no texto constitucional, em especial no artigo 3º.

Ao compreender a Administração Pública e as políticas públicas como instrumentos para a realização dos fins do Estado e, portanto, do direito à moradia, imperioso é o

---

<sup>313</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.102.

<sup>314</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.260.

<sup>315</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.68-69.

delineamento do instituto da função administrativa, do conceito de interesse público e do exercício da competência discricionária, defendendo que a promoção do acesso à moradia por meio da regularização fundiária significar agir em nome do interesse público, não baseada no dever de promover seu acesso por essa via.

### **3.2. NOÇÕES SOBRE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA, INTERESSE PÚBLICO E DISCRICIONARIEDADE**

A Administração Pública desempenha uma importante atividade no âmbito estatal. Em sentido estrito ela é a própria função administrativa, com o dever de atuar em nome do interesse público, por meio de prerrogativas vinculadas às obrigações previamente estabelecidas em lei. A atuação estatal consiste, portanto, no exercício de uma função sempre subordinada à imposição de um dever.

No item anterior abordou-se a vinculação entre a Administração Pública e as políticas públicas, identificando a função de governo relacionada à função administrativa.

A função administrativa é uma das vertentes da função estatal. Função que pode ser compreendida como a representação do enlace entre a sociedade e o Estado e, ainda, como a atuação constante do Estado, harmonizada e condicionada pelas normas estabelecidas<sup>316</sup>.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>317</sup>, a identificação de funções correspondentes às ações que o Estado desenvolve não reflete uma verdade inexorável, antes se trata de uma construção política que recebeu consagração jurídica. Suas ideias se coadunam às de Renato Alessi, já citadas no item anterior. Aponta Montesquieu como idealizador da teoria que tinha por finalidade impedir a concentração de poderes, preservando a liberdade do ser humano contra as tiranias dos que detinham o Poder. No entanto, recomenda que é preciso fazer-lhes as distinções cabíveis dividindo o exercício de cada função por meio de um critério formal delimitado pelo próprio Direito.

Para o mestre paulistano, a função administrativa é

“a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na *intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro caracteriza-se pelo fato de

<sup>316</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo V- actividade constitucional do Estado*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 8.

<sup>317</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.31-35

ser desempenhada mediante comportamentos *infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a controle de legalidade pelo *Pode Judiciário*<sup>318</sup>.

De tal entendimento cabe a compreensão de que a função administrativa é a atividade exercida pelo Estado caracterizada pelas definições que a lei lhe dá, submetida a um controle de legalidade por outra função do Estado, a jurisdicional.

A identificação que nos é dada não informa que tipo de função será exercido na intimidade de uma estrutura sob a égide de regime hierárquico, já que tanto o Legislativo como o Judiciário representam estruturas de poder funcional do Estado. Tais funções, é bem verdade, não desenvolvem suas atividades sob um regime de relação hierárquica, mas tal característica por si só não é suficiente, já que todas as funções tendem à realização de um mesmo fim: o bem-estar geral a partir da proteção e promoção dos direitos.

Embora corrobore-se com a ideia de que o critério formal é o mais preciso para definir as funções do Estado, denominadas comumente de Poderes, cabe opinar sugerindo que a função administrativa pode ser entendida como a função estatal desenvolvida tipicamente no âmbito do Poder Executivo, obedecendo a comandos normativos com a finalidade de atender direta e especificamente ao interesse público, sob a égide de um regime jurídico-administrativo balizador de todos os atos praticados no exercício da atividade de administrar, que envolve sua relação com os cidadãos, com seus servidores e entre órgãos e entidades administrativas<sup>319</sup>.

Nas palavras de Márcio CAMMAROSANO, a função administrativa é:

“atividade exercida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), no exercício de suas prerrogativas de autoridade, como parte diretamente interessada numa relação jurídica, debaixo da lei e em obediência a ela, a fim de cumprir as finalidades assinaladas no ordenamento jurídico<sup>320</sup>.”

Tal atividade é exercida na competência de função pública que, segundo Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, seria aquela que se desenvolve como ação típica de Estado,

<sup>318</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.36

<sup>319</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, parte general, 2ª ed., inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, p. 3-17.

<sup>320</sup> Dos ensinamentos apreendidos quando das aulas ministradas pelo Doutor Márcio Cammarosano na disciplina de Processo Administrativo, Urbanístico e Ambiental, do Mestrado em Direito do Estado, subárea em Direito Urbanístico, da PUC-SP.

com fundamento na soberania e, portanto, indeclinável, manifestando-se por meio das normas jurídicas<sup>321</sup>.

A função administrativa como veio da função estatal, pode ser compreendida como uma manifestação do Poder Público materializada pela atividade que exerce, de atuação constante, harmonizada e condicionada pelas normas estabelecidas constitucional e infraconstitucionalmente<sup>322</sup>. Contrapõe-se à noção de autonomia do Direito Privado, pois está predestinada a atender a um determinado fim que deve caracterizar o interesse público.

A Administração Pública, a quem cabe exercer a função administrativa, sintetiza a natureza funcional dos poderes-deveres exercidos no íntimo da máquina administrativa, competindo-lhe realizar o interesse público concretamente. Seu desempenho deve ter como parâmetro o atendimento real das demandas apontadas pelo grupo social, observando o comando das normas e a finalidade que lhe indica alcançar.

Com o Estado Democrático e Social de Direito a cidadania, a participação popular, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores supremos que devem ser assegurados pelas atividades exercidas pelo Estado e também pela sociedade.

O sentimento de indignação contra certas diferenças, diante da miséria alheia, da falta de acesso a direitos que já estão formalmente garantidos, negando a dignidade humana, está positivado no texto constitucional no bojo dos princípios fundamentais da República brasileira e vincula-se à atuação estatal impondo-lhe o dever de promover e proteger tais valores.

A Justiça como valor fundante da República brasileira agrega os valores citados, indicando que a cada ação estatal cabe equilíbrio, ponderação e agir eficiente<sup>323</sup>. No desenvolvimento da atividade administrativa, se esta não promove direitos diretamente, também não deve desrespeitá-los frontalmente.

A noção de igualdade permeia o universo das normas pátrias, constitucionais e infraconstitucionais, promovendo nova visão sobre o atuar administrativo. Para que a

---

<sup>321</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.111.

<sup>322</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo V- actividade constitucional do Estado*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 8.

Nesse sentido também Dinorá Musetti Grotti, citando Rafael Bielsa. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.108.

<sup>323</sup> Agir eficiente entendido como aquela prática administrativa ágil que garanta a efetividade da ação com o menor ônus social possível na busca em atender ao interesse público. GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24-26.



igualdade seja promovida, o Poder Público deve atuar permitindo que os cidadãos tenham acesso a bens que antes eram deixados sob a sua única responsabilidade, por meio de políticas públicas que se reflitam em atividades administrativas eficientes e eficazes.

A função administrativa é o espelho da atuação estatal, um dos pontos fundamentais de funcionamento do Estado, não podendo estar adstrita exclusivamente à produção normativa do legislador infraconstitucional<sup>324</sup>. Seu exercício deve ter como premissa básica o texto da Lei Fundamental, pois é no desempenho dessa função que se dá o cumprimento do papel do Estado, promovendo e protegendo os direitos fundamentais.

O distanciamento da realidade não permite o cumprimento adequado de seu *mister* podendo resultar em grave desrespeito aos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, tendo em vista a função intermediadora e promotora do estabelecimento e reestabelecimento do equilíbrio social, exercida pela Administração Pública.

Para Rui Cirne LIMA, a atividade de administrar é ação de quem não é senhor absoluto, reforçando a ideia de que a função administrativa do Estado não tem à sua disposição os bens e interesses pelos quais se responsabilizou, não sendo, pois, titular dos mesmos não cabe descuidar deles e nem ignorá-los<sup>325</sup>.

Para Jorge MIRANDA, que reitera a finalidade como fundamento da atividade estatal, a função que se identifica como administrativa

“consiste na actividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhe cabem”<sup>326</sup>.

A ação administrativa do Estado tem o dever de executar o que está descrito na norma jurídica, com a missão de realizar o bem comum sob a influência do que determina a norma fundamental.

Reforça-se a compreensão de que a função da ação estatal equivale a um balizamento das relações entre o Estado e a sociedade, entre seus órgãos e agentes ou entre o Estado e as pessoas individualmente, variando de acordo com a posição político-social definida pela Lei fundamental<sup>327</sup>, porém sempre buscando a realização de um fim.

<sup>324</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 60

<sup>325</sup> LIMA, Rui Cirne. *Princípios do Direito Administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.106.

<sup>326</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo V- actividade constitucional do Estado*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 11

<sup>327</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*. 3ª ed. vol. I, São

No caso brasileiro, a Constituição, como já dito, declara-se como Estado Democrático e Social de Direito republicano, que mesmo sem incluir a concepção social expressamente, acena nesse sentido desde o primeiro título, equilibrando as características do regime capitalista com os comandos de ordem social<sup>328</sup>.

Segundo Gilberto BERCOVICI<sup>329</sup>, “o constitucionalismo social ” do século XX tem uma diferença essencial ante os séculos anteriores no que tange à pretensão de alterar a estrutura econômica existente, ao invés de recebê-la e a ela se adaptar.

Para Carmén Lúcia Antunes ROCHA<sup>330</sup>:

“Social o Estado, a Administração é mais que publica, é igualmente social. No Estado do Bem-Estar Social, ou no Estado de Justiça, [...], a Administração Pública possibilita o atingimento do objetivo que a opção pelo modelo de Estado deixa traçado em seus fundamentos.”

O administrador público tem *status* de aplicador do Direito e protetor dos direitos constitucionalmente garantidos, devendo agir com estrita vinculação ao que descreve a lei, ou embasado em atuação discricionária, que também está adstrita à lei embora de maneira diferente, permitindo uma escolha sobre a forma de agir. Em tais casos de atividade discricionária compete usar de ponderação para alcançar a melhor alternativa que corresponda à necessidade apresentada, sem com isso ferir a finalidade que impõe a lei.

A função como exercício do poder estatal está atrelada necessariamente a uma finalidade que se apresenta estranha àquele que possui o poder de exercer a atividade. É de compreender que a função é o poder em movimento para a satisfação do interesse público<sup>331</sup>.

Aduz Cármén Lúcia Antunes ROCHA<sup>332</sup> que é a Administração, por sua função

---

Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.30.

<sup>328</sup> Exemplo do que foi afirmado é a proteção da propriedade como direito fundamental, adstrito ao cumprimento de sua função social a ser definida pelo Plano Diretor municipal, dando a tal lei o poder de configurá-la de acordo com as necessidades sociais de cada município, além de cunhar tal norma como instrumental à realização de justiça social.

<sup>329</sup> BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso(org.). *A Constituição Brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. v. 1 Brasília: IPEA, 2009, p. 255.

<sup>330</sup> ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 15-16.

<sup>331</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2007, p.60.

<sup>332</sup> ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 83.

administrativa, que concretiza o Direito, explicando:

“A Administração Pública tem como finalidade fazer com que os efeitos determinados pelas normas jurídicas se concretizem. Por isso, a atividade administrativa é função, ou seja, por ela se faz “funcionar” a norma jurídica, que, quando de sua produção, põe-se estaticamente e ainda sem vida efetiva. É apenas um instrumento, que somente cumpre a finalidade quando operacionalizada.”

Para tal manifestação estatal há um conjunto de regras e princípios que unifica e sistematiza a atividade administrativa, intitulado regime jurídico-administrativo, que é descrito singularmente pela inteligência do professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

O professor destaca as “pedras de toque” do regime que podem ser entendidas por meio de dois princípios: *o da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*<sup>333</sup>. O destaque para tais princípios tem por encargo fixar o compromisso, os limites e as prerrogativas da Administração Pública.

No Estado Democrático de Direito, a Administração tem a função de agir ligando os interesses coletivos à atuação estatal, justificando o Poder que possui para interferir na esfera individual e coletiva dos cidadãos.

O dever de agir que compete à função administrativa está vinculado à promoção e proteção dos direitos fundamentais, que não se afastam da caracterização do interesse público.

Não basta tão-somente administrar o erário, alcançar as metas de arrecadação, definir as atividades de prestação de serviço, fiscalizar e restringir liberdades para que não causem conturbação à paz e à ordem pública. Faz-se necessária a observância dos direitos inerentes à democracia e à condição humana, indelegáveis, intransferíveis, indivisíveis e indisponíveis, também indicados no *arcabouço principiológico* da atividade administrativa.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a repercussão de tais princípios na ordem jurídica pública é de importância fundamental para o agir administrativo. Resulta no entendimento de que o Direito Administrativo, disciplina que rege a atividade administrativa, se define sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos

<sup>333</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 55.

administrados”, o que determina o funcionamento legítimo da atividade atrelado às cláusulas sociais impostas pela Constituição<sup>334</sup>.

A função tutela o interesse do qual não é titular<sup>335</sup>. Deve servir a um interesse alheio, identificado como proveniente da vontade pública normatizada e seu maior e único objetivo é produzir consequências na realidade social modificando-a para melhorá-la.

Assim, os comandos advindos da função de governo não podem ser desconsiderados pelo Direito Administrativo, analisados de maneira desassociada, sob pena de não lograrem efeito na esfera social.

O exercício da atividade administrativa, respeitando a grande complexidade do grupo social atual, impede um estado de violações de direitos, pois sendo o indivíduo o centro e fim do Estado – desbancando a antiga ideia de que este é um fim em si mesmo – cada atividade que promove e permite o exercício de direitos para o alcance e estabilidade da cidadania, é a efetivação do Estado Democrático de Direito anunciado.

Em que pese a reforma administrativa encampada em 1998 e a tentativa de fuga do direito público<sup>336</sup> para o direito privado, a Constituição de 1988 definiu os princípios estruturantes do Estado brasileiro conduzindo à interpretação de que a atividade administrativa não pode ser entendida senão como grande indutora do desenvolvimento humano, dada a configuração definida pelo regime jurídico constitucional administrativo<sup>337</sup>. É a finalidade a ser atingida que dá substância ao exercício da função administrativa.

A função administrativa é o poder estatal relacionando-se com determinados interesses que por ele devem ser realizados. Deve ser operacionalizada por uma série de mecanismos ativados pelos agentes que compõem a Administração Pública, sempre atuando de maneira a observar a pauta de valores que define o desenho do Estado Democrático e Social de Direito.

O processo de elaboração das atividades estatais, não raro, ocorre no âmbito da elaboração de políticas públicas, ainda que o planejamento possa acontecer dissociado desse processo, o que não seria produtivo para a Administração. Reconhecendo que à

---

<sup>334</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 56-57.

<sup>335</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 51.

<sup>336</sup> A fuga da concepção de Estado Social e a fuga para uma privatização do regime jurídico que submete a administração pública, é uma estratégia maldosa que macula e compromete a estrutura fundacional do Estado Democrático de Direito.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. In: *Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, 2005, p. 53.

<sup>337</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 193.

Administração Pública cabe a concretização das descrições constitucionais, não é possível apartar a função administrativa do processo decisório sobre as políticas públicas.

Mesmo que o Direito Administrativo não absorva sua estrutura, seu conceito, seu estudo, o sucesso das decisões tomadas no âmbito do governo depende do seu entrelaçamento com a função administrativa, especialmente na questão operacional.

Se à função administrativa compete a promoção do interesse público, nenhuma ação poderá ser encampada por tal dever que não esteja em perfeita harmonia com esse interesse. Sendo assim, o conhecimento e a relação com os princípios administrativos, a forma de organização administrativa, dentre outras questões, são de suma importância e devem fazer parte do universo que elabora o conjunto de ações interventivas na sociedade.

O processo de formação do conjunto de atos, ações, planos, bem como de definições e decisões a serem ou não encampadas pelo Poder Público descendem da formação da vontade do gestor no âmbito da sua função política.

A função de governo ou função política, da qual emanam decisões políticas sem vínculo hierárquico e sem prévia descrição legal comportamental, não existe livre e solta dos comandos jurídicos e nem dos deveres de atender aos fins do Estado.

Dever tal que, mais apropriadamente, pode ser entendido como o dever de promover o interesse público, todo interesse que represente a vontade individualizada de um cidadão vinculada ao interesse do conjunto social, na qualidade de membro desse conjunto.<sup>338</sup>

Por essa perspectiva, o dever de promover o acesso à moradia a partir da execução de ações de regularização é uma ação de interesse público. O que se reconhece é que embora a decisão de investir nessa ou naquela área seja uma decisão discricionária exercida no âmbito da função política, tal agir possui balizamento fixado pela Constituição Federal de 1988, pelos princípios constitucionais e do regime jurídico-administrativo, bem como por leis infraconstitucionais que delimitam exatamente o campo de atuação da política habitacional.

Quando o texto constitucional indica a proteção a determinados direitos e as garantias para o seu acesso, a discricionariedade no campo das políticas públicas fica bastante reduzida<sup>339</sup>, quando há lei específica prevendo a forma de agir, mais ainda, que

<sup>338</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.61.

<sup>339</sup> Maria Paula Dallari BUCCI fala da abertura do Direito para a política estimulado pela noção de Estado-providência em que não mais caberiam condições típicas de um sistema normativo, mas objetivos a serem alcançados em um esquema fim-meio. Alerta para o risco da descaracterização da Lei pela lógica

dirá no desdobramento da decisão que entra no campo da atividade administrativa.

Afastando-se do debate sobre a juridicidade das políticas públicas, por não se tratar do objetivo desta pesquisa, entende-se necessário o reconhecimento da instrumentalidade das políticas públicas nas ações do Estado. Ela se dá por meio das ações de governo, materializando o previsto na formalidade da Lei, que resultam em atividades administrativas direcionadas à concretização do interesse público, qualificado na figura da promoção do direito fundamental social à moradia, por essa pesquisa.

Com a identificação da função administrativa como poder estatal em movimento<sup>340</sup> dirigido a uma finalidade predeterminada, aponta-se a regularização fundiária como uma ação obrigatória à promoção do interesse público quando implantada, pelo Poder Público, para viabilizar o acesso à moradia digna.

A identificação do que vem a ser o interesse público é objeto de grande debate doutrinário entre os mais abalizados estudiosos do Direito Público, mas nem sempre sendo interpretado de acordo com a concepção traduzida pela Constituição, que ao declarar os fundamentos e os objetivos fundamentais da República brasileira indica qual é o núcleo para sua discriminação

Para o presente trabalho, entende-se que não caberia a discussão envolvendo as diversas intelecções sobre o vocábulo, mas a posição adotada para reconhecê-lo, relacionado ao tema que busca demonstrar o dever do Estado, a partir da concepção jurídico-social do Estado Democrático brasileiro, de promover o direito fundamental social à moradia por meio da regularização fundiária com base no inequívoco interesse público presente.

### 3.2.1. SOBRE O INTERESSE PÚBLICO

O interesse público é o elemento nuclear da atividade administrativa e, portanto, para o Direito Administrativo é ponto nodal que tem exigido dedicação e aprofundamento da doutrina mais qualificada, especialmente diante da constitucionalização da

---

das políticas, usando as ideias de Habermas para lembra que “ a perseguição dos objetivos coletivos deve estar subordinada à função principal do Direito que é a normatização das expectativas de condutas”. A busca pelos fins do Estado social não justifica a redução do Direito à política, embora ele entreveja a idéia de “interpretação das políticas em geral como realização de direitos”. No entanto, a autora defende que não há incompatibilidade entre a legalidade e as políticas públicas e propõe um modelo de realização de políticas públicas dentro da legalidade e da constitucionalidade. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 253-254.

<sup>340</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.60.

Administração Pública e do papel das políticas públicas na promoção do bem comum. Como elemento central, mobiliza a máquina administrativa que funciona para promovê-lo.

Ao Estado cabe a realização de ações que promovam o acesso aos direitos fundamentais, em especial os denominados sociais. Sua manifestação deve se dar, também, na elaboração de políticas públicas a serem estruturadas e desenvolvidas no âmbito da atividade administrativa; para tanto, a compreensão do interesse público como móvel de tal atividade é fundamental conduzindo a interpretação jurídica para afiná-la à realidade social, ainda que os deveres e fins do Estado estejam predeterminados no texto fundamental.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o conceito de interesse público é:

“[...] o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**.<sup>341</sup>”

O jurista paulistano esclarece como defini-lo demonstrando que o vocábulo está em consonância tanto com o ordenamento constitucional quanto com a teoria do Estado, de cunho contratualista, que explica e justifica o surgimento do Estado. Ainda assim, a apreensão do conceito sugere certa abstração, tendo em vista não existir no ordenamento jurídico uma definição expressa do instituto, dada sua amplitude. Segundo Emerson GABARDO, sua definição não é mais difícil que conceituar justiça ou moralidade<sup>342</sup>.

Sua concepção dificilmente alcança forma homogênea tendo em vista a pluralidade de interesses que compõem o tecido social contemporâneo. Porém, a configuração de tal interesse tem na sua composição o somatório dos interesses individuais de cada cidadão.

A cidadania constitui-se em um dos fundamentos da República, matizando o interesse público com as cores do que é público, social, coletivo, incluindo os direitos fundamentais sociais. Estes compõem a baliza indicativa para que a função administrativa identifique o interesse a ser perseguido<sup>343</sup>.

Analisar a função administrativa, o que lhe cabe diante da Constituição Federal e seu reflexo diante dos reclamos sociais requer a identificação do interesse público para que se

<sup>341</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 61.

<sup>342</sup> GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese(Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

<sup>343</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2007, p.45-47.

evite o descompasso entre a previsão normativa e a realidade social.

A função administrativa cuida dos interesses de outrem, está adstrita a um fim, pois é atividade de quem não é senhor absoluto<sup>344</sup>. Dessa forma, é preciso reforçar, inicialmente, que, ainda que o ordenamento jurídico não ofereça, dogmaticamente falando, uma acepção concreta do que vem a ser o interesse público, os princípios fundamentais expressos pela Constituição alicerçam seu conteúdo.

Prezar pelo interesse público e por tudo aquilo que o promove e estimula é um dever do agente público, o que corresponde a uma atuação de observância e execução da norma jurídica, constantemente posta a prova quando de sua atuação concreta.

O administrador público tem por dever a observância de regras e princípios e a atividade administrativa está por eles impregnada. Sendo assim, o conteúdo de uma lei e a sua execução devem estar em perfeita harmonia com tais paradigmas.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a quem recorreremos para clarificar nossa compreensão, utiliza as ideias de Renato Alessi, apresentando a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, destacando que a dinâmica estatal tem suas peculiaridades e que existem diversas ações em que o Estado busca o interesse público de forma instrumental, apresentando-se como pessoa jurídica de direito público, com interesses jurídicos objetivos que não contrariam o interesse público. Devem ser manifestações instrumentais, provedoras indiretas do interesse público propriamente dito.

Tal distinção foi cunhada por ALESSI<sup>345</sup>, discriminando ações que são encampadas pelo Estado como pessoa jurídica com interesses específicos e que, não necessariamente, ensejem a concretização de interesses diretamente relacionados aos partícipes da sociedade, dada a sua configuração burocrática. Identifica tal interesse como público secundário. Às demais ações que correspondem à realização do interesse público sob o prisma da dimensão pública dos interesses individuais, titula-as interesse público primário.

Para essas noções que identificam a ideia de interesse público, importante destacar que o interesse secundário nunca poderá ser reconhecido como legítimo e legal se não for instrumental para a concretização do interesse público primário, já que o Estado é, em outras palavras, o gestor dos interesses públicos da sociedade<sup>346</sup>.

Nessa perspectiva, a preservação dos direitos fundamentais constitui o conteúdo do

<sup>344</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.37.

<sup>345</sup> ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949, p.180-181.

<sup>346</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.145.



interesse público buscado pelo Estado-administração. São metas jurídicas da nossa sociedade política, tanto implementar o correto funcionamento da Administração Pública, quanto preservar e promover da forma mais completa possível os direitos do indivíduo que compõe o grupo social.

O interesse público está submetido ao texto fundamental que exalta a democracia e a república, possui conteúdo pautado em valores como justiça, igualdade, cidadania e segurança, desfrutando, portanto, de supremacia diante dos interesses particulares<sup>347</sup>, não sendo demais dizer que deles não se separam completamente, por estarem, de certa forma, intercalados.

A questão que surge na atualidade e tem provocado calorosos debates, dividindo estudiosos e criando correntes doutrinárias, é a da busca pela identificação do conceito preciso de interesse público, objeto da atuação estatal que, como já vimos, envolve a elaboração de políticas públicas e sua concretização por meio da atividade administrativa.

O interesse público fundamenta e alicerça toda a ação administrativa, que no caso está sendo analisada pelo prisma da promoção dos direitos fundamentais sociais, pautada em políticas públicas específicas e que têm o formato de sua condução presente do texto constitucional e nas leis de n.º 10.257/2001 e n.º 11.977/2009.

É impossível negar seu conceito volátil diante do grau de demandas sociais que solicitam a ação administrativa. Nesse momento verifica-se o imbricamento real entre a função de governo e a função administrativa, além da percepção de que o conteúdo do interesse público se compõe de um caráter ético e valorativo<sup>348</sup>, tanto quanto do reconhecimento jurídico pelo ordenamento, resultando de uma interpretação sistemática dele.

Sabe-se que sendo o Estado o instrumento de realização desse interesse, sua definição permite a assunção de certa escala de valores<sup>349</sup>. Para tal escolha há o balizamento do texto constitucional garantindo a direção a ser trilhada, pois os valores eleitos já estão expressos como princípios fundamentais da República.

Para Marçal JUSTEN FILHO<sup>350</sup>, na tentativa de extrair um conceito preciso para o

---

<sup>347</sup> BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XV.

<sup>348</sup> GRIFFITH, Ernest S. Os fundamentos éticos do Interesse Público. In: FRIEDRICH, Carl (Org.). *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p.25.

<sup>349</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.26, 1999, p.117.

<sup>350</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.26, 1999, p.117.

interesse público, não cabe utiliza o critério da titularidade para definir o interesse público, já que sendo ele o gestor dos interesses da sociedade, seu conceito é anterior ao conceito de interesse do Estado.

No debate sobre o conceito de interesse público, que reúne sempre os mais renomados estudiosos do Direito Administrativo, não se pode olvidar a lição de Hector Jorge ESCOLA, sob a aferição do quem vem a ser o interesse público:

“El interés público, que surge del querer coincidente de un grupo mayoritario del conjunto social, es considerado y asignado a todo ese grupo social, como ya se ha explicado, sobre la base de un principio de igual distribución y participació de los efectos y resultados del querer social comunitario<sup>351</sup>.”

Para o jurista, é possível entender o interesse público sob o prisma do querer coincidente de um grupo majoritário, indicando que encara o instituto como um interesse coincidente da maioria, o que demonstra sua fragilidade de concepção ao desconsiderar a heterogeneidade e a contradição de interesses dentro da sociedade – os interesses de todos os grupos sociais, incluindo aqueles que são minoria.

A noção de interesse público pelo método quantitativo abandona o fundamento da República e não o explica objetivamente, porém contribui quando informa que sua base está na justa distribuição de ônus e bônus sociais, demonstrando seu conteúdo de cunho social e axiológico, o que pode vir a ser encontrado no texto constitucional brasileiro.

Com a Administração orientada à persecução do interesse público, é esse mesmo interesse que delimita e dirige a função estatal, limitando o poder do Estado. O interesse público não se confunde com o interesse pessoal de quem exerce a função, não podendo ser utilizado para justificar atos que fogem do desenho traçado pela lei fundamental, parâmetro de interpretação normativo e axiológico da lei na prática diária do agir administrativo.

É claro que tal assertiva fala do mundo do dever-ser e não necessariamente do plano do ser. Diante disso, o debate em torno do interesse público preocupa-se com o limite da atuação de quem se encontra no exercício do poder e dele pode fazer uso em desacordo com o que comanda o regime jurídico da função que ocupa.

Exatamente por isso é que se entende que não caberia atacar e desconstruir a noção de interesse público e sua supremacia configuradas como princípios, amparando-

<sup>351</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interesse Público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p.250.

se nos exemplos de atuações autoritárias, ímprobas e desconformes com os princípios do Estado Democrático de Direito, justificadas ilegalmente na promoção de um suposto interesse público.

Deve-se sim, buscar fortalecer a República com o reconhecimento de que tal instituto agrega em seu conteúdo alicerces para um Estado forte, como a noção de bem comum, a dignidade da pessoa humana como valor maior, os direitos fundamentais de toda ordem, em especial aqueles que mobilizam a ação estatal por dela dependerem: os direitos sociais, econômicos e culturais.

Tal pensamento atrela o interesse público ao interesse de todos os setores da coletividade, ainda que se reconheça que nem sempre os interesses dos indivíduos que a compõe sejam coincidentes<sup>352</sup>. É possível que se posicionem contra a promoção do acesso à moradia adequada por meio da regularização fundiária, e também contra a situação degradante nas ocupações irregulares que poluem e maltratam o meio ambiente, pondo em risco a vida dos que lá se encontram. Ou seja, a regularização fundiária para os assentados irregularmente pode suscitar inúmeras divergências e posicionamentos contrários, mas não há quem concorde que se deve manter a situação de risco ambiental e à vida.

Ora, é fato que a convivência social não é pacífica e que a individualidade domina grande parte das ações pessoais. Mas vive-se em comunidade e ao Estado cabe impor condutas e promover bens e utilidades que permitam a boa convivência.

Sua atuação passa pelo entendimento jurídico-político de justiça distributiva sujeitando os interesses individuais ao interesse público como condição de validade para uma adequada convivência social. Para Ricardo MARCONDES<sup>353</sup>, o interesse público pode ser encarado como sinônimo de bem comum, tendo em vista a identificação da dimensão pública dos interesses individuais.

Por essa perspectiva, entende-se o interesse público intrinsecamente vinculado aos direitos fundamentais sociais e ao modelo social de Estado com expresse assento constitucional, remetendo ao ideal de bem-estar geral em que cabe a promoção do direito à moradia adequada.

Agregando informações a tal entendimento, trazemos as ideias de Marçal JUSTEN

---

<sup>352</sup> GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.272.

<sup>353</sup> MARCONDES, Ricardo. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 38.

FILHO<sup>354</sup> para quem a aferição do conceito de interesse público pode ser construído a partir da compreensão de que há impossibilidade ética de deixar de atender aos interesses individuais que nem sempre podem ser satisfeitos pelo esforço individual de cada um, ou ainda ser objeto de alguma transigência, já que vinculado a valores fundamentais. Sendo assim, a não satisfação de tal interesse violaria o que está consagrado na Constituição.

O interesse público contém o interesse individual, interesse da maioria e da minoria, da coletividade. Contém os direitos fundamentais que são a base do Estado Democrático e Social de Direito, e é público por estar conectado a todos os membros da sociedade de maneira transcendental, pois vinculado à dignidade da pessoa humana.

Para Emerson GABARDO,

“A prevalência do interesse público é, todavia, um princípio moral juridicizado, que é exigível como um contributo para a adequada vida social compartilhada e proteção do bem comum<sup>355</sup>.”

Ao Estado-administração cabe a promoção do interesse público. Sua efetivação solicita a presença de ações estatais positivas e políticas públicas voltadas à consagração da cidadania como condição necessária ao correto cumprimento de seu *mister*. Dessa maneira, sua não efetivação descumpriria a gama de valores e direitos plasmados na Constituição, já que a função administrativa está irremediavelmente vinculada ao interesse público.

A preservação dos direitos fundamentais constitui-se em interesse público a ser buscado pelo Estado-administração como meta jurídica.

Portanto, o interesse público possui moldura jurídica de configuração constitucional a ser utilizada pelo administrador público no momento em que exercita sua função. Tal configuração está matizada tanto pela garantia de direitos individuais como de direitos coletivos e sociais, permitindo vislumbrar que a promoção do interesse público envolve a satisfação de interesses coletivos que podem ter efeitos individuais diretos ou indiretos, mas que sempre atingirão o grupo social em sua totalidade<sup>356</sup>.

<sup>354</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*. Op. cit., p.123-124.

<sup>355</sup> GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese(Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.294.

<sup>356</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade – o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal* -. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 308.

Defende-se o reconhecimento do interesse público a partir das ideias concebidas por Emerson GABARDO. A identificação do que vem a ser o interesse público depende de “uma adequada descrição axiológica” atrelada ao seu reconhecimento pela ordem jurídica, cabendo ainda representar significativamente um ganho ao grupo social<sup>357</sup>.

Para GABARDO, trata-se de garantir um “lastro substancial ligando o sistema jurídico à vida concreta e à realidade da atuação estatal.” É interesse público<sup>358</sup> a viabilização concreta de uma prescrição normativa que prevê o direito moradia adequada à manutenção de um padrão de vida digna mediante o exercício da função administrativa, balizada por normas que indicam qual o formato de ação possível para os casos de ocupação irregular para fins de moradia.

Tal ação do Poder Público tem escorreita compatibilidade com os valores positivados no texto magno, íntima ligação com a noção de justiça social, não afrontando nenhuma previsão normativa ou mesmo conjunto de direitos individuais e bens jurídicos, a não ser aqueles que já recebem a devida limitação normativa, embasada no objetivo de promover o bem comum.

Identificada a noção de interesse público que permite defender a ação de regularizar, cabe discorrer rapidamente sobre a noção de atividade discricionária, muitas vezes utilizada para justificar a omissão do Poder Público na promoção do acesso à moradia.

### 3.2.2 SOBRE A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

O exercício da atividade administrativa pode ocorrer no âmbito das competências vinculadas e discricionárias, porém está adstrito à realização de uma única finalidade: promover o interesse público.

Sobre a competência vinculada cabe dizer que a ação administrativa está objetiva e expressamente proposta no texto normativo, não permitindo nenhum tipo de juízo de valor e nem sugerindo escolhas a não ser seu cumprimento imediato, conforme o comando legal. Quanto à competência discricionária, sob outro descrímen, possibilita uma apreciação subjetiva no exercício da função administrativa, ainda que balizada por

---

<sup>357</sup> Por ganho significativo entenda-se não um ganho grandioso, mas aquilo que signifique direta ou indiretamente a promoção de direitos, utilidades e bens ou, ainda, a proteção de direitos que possam refletir conseqüentemente no equilíbrio do convívio social, equilíbrio entre os interesses individuais e os enquanto partícipe da sociedade, bem como na promoção do bem-estar geral.

<sup>358</sup> Como já dito, tal reconhecimento encontra-se fixado no texto constitucional, além de receber assento na Lei n.º 10.257/2001- Estatuto da Cidade - e também na Lei n.º 11.977/2009, que trata da Regularização Fundiária de Interesse Social em assentamentos urbanos.

normas constitucionais e infraconstitucionais, quanto à sua maneira de proceder diante do caso concreto<sup>359</sup>.

Dentro do tema que se vem desenvolvendo, a função administrativa do Estado tem por dever a realização do interesse público, que agrega em seu conteúdo a concretização do bem comum descrito na Constituição por meio de comandos que encaminham o agir administrativo.

O planejamento da regularização fundiária se dá no âmbito da política pública para habitação de interesse social, sendo encarado, não raro, como uma atuação discricionária do Poder Público, que pode ser contestada a partir do texto constitucional e de sua opção protetiva e promotora dos direitos fundamentais sociais.

A regularização fundiária traz para a política urbana os princípios fundantes da Constituição de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, vinculando tal ação aos direitos subjetivos que são promovidos pela ação de regularizar, transformando-a em um direito: o direito à regularização<sup>360</sup>.

Diante de tal compreensão, defende-se que não se trata de atuação discricionária, já que outra forma de promover a adequada moradia para assentados em áreas irregulares não há. O dever de implantá-la tem indicativos constitucionais, vinculados à cidadania, segurança da posse e à garantia de ordem urbana e bem-estar geral dos habitantes da cidade.

A remoção é uma exceção. Desde que não fundamentada nos riscos à vida dos assentados e nos de natureza ambiental, não corresponde a uma outra opção para o administrador, o que desconstrói o argumento da discricionariedade. Ainda, é preciso dizer que a remoção, quando única saída, não poderá criar nova violação de direitos deixando pessoas sem um lugar para morar adequadamente. Se a situação exigir a remoção, as pessoas removidas têm direito a ver suprida a sua necessidade de moradia adequada, nem menos e nem igual à situação em que viviam.

Sabe-se que o exercício da função administrativa é uma atividade constricta ao Direito, submetida a regras e princípios positivados pelo ordenamento jurídico. O exercício da competência discricionária<sup>361</sup> não pode ocorrer sem subordinação às normas jurídicas.

---

<sup>359</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2a ed., 3a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 9.

<sup>360</sup> 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.250.

<sup>361</sup> Para designar a discricionariedade utiliza-se o termo *competência discricionária*, por entender que assim retrata de maneira mais afeita à construção jurídico-constitucional que explica o comportamento administrativo, ao invés da tradicional nomenclatura *poder discricionário*.

Portanto, a vontade psicológica que faz parte do agir discricionário deve coincidir com a vontade normativa, cabendo-lhe estar sempre orientada à perseguição do fim legal de conteúdo público. Ignorar a necessidade de regularização é descumprir a norma, já que é na sua implantação que estão as situações previstas legalmente para garantir a moradia adequada.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>362</sup>, a autorização para o uso da discricionariedade no exercício da atividade administrativa deve ser entendida da seguinte forma:

“ [...] a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma.”

Não se compreende tal situação nos casos de adequação da moradia em ocupações irregulares. Talvez em momento anterior à promulgação da Constituição Federal, quando não havia previsão expressa do direito à moradia e de um capítulo sobre política urbana com a descrição de instrumentos jurídicos para regularização jurídica da posse, seja transformando-a em propriedade ou em concessão de uso.

Não cabe discricionariedade quando os documentos normativos que tratam da matéria sobre o direito à moradia e o direito à cidade indicam a atuação pública. A posição do destinatário do direito é consistente para arguir sua prestação, já que o planejamento é um dever e nele deve estar disposta a política pública específica para o acesso à moradia, incluindo os casos de moradias irregulares.

É possível verificar prontamente que estão proibidos comportamentos estatais que impeçam o usufruto do direito à moradia adequada ou ainda que a Administração não se posicione em sintonia com as diretrizes constitucionais e as previstas no Estatuto da Cidade, sem contar aquelas indicadas na Lei n.º 11.977/2009, que trata da regularização fundiária plena.

A discricionariedade se dá no plano concreto, quando a subsunção e a aplicação da regra solicitam da Administração seu complemento por meio da apreciação material diante das situações reais. Há duas ou mais possibilidades jurídicas a serem examinadas para que uma seja admitida e realizada com a prática do ato administrativo.

<sup>362</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 3ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 33.

O exercício da atividade discricionária se caracteriza pelo entendimento legítimo e legal do agente competente, diante de uma situação de fato em que existem duas ou mais possibilidades de se alcançar o interesse público.

Para Daniel Sarmiento RAMIREZ-ESCUDERO, o princípio da proporcionalidade pode atuar como um mandado de controle, uma norma jurídica dirigida a um órgão encarregado de expedir atos ou disposições gerais discricionárias<sup>363</sup>, auxiliando o agente competente a decidir ponderadamente, sem causar prejuízos aos envolvidos ou à sociedade. O resultado de tal ponderação identifica o interesse público a ser promovido<sup>364</sup>.

A atividade administrativa é exercida por meio de ações materiais e formais que envolvem a prática de atos administrativos, expedição de decretos e regulamentos, como também de ações objetivas, como a prestação de serviços públicos. No exercício da competência discricionária a expressão do agir administrativo se dará no momento da concretização do ato expedido, em que a finalidade pública a ser atendida e o meio adotado para tanto ganham forma permitindo que se verifique se há correlação entre eles.

Cabe frisar que a discricionariedade administrativa é simplesmente o dever de alcançar a finalidade pública. Verifique-se que quando a lei estabelece um comportamento único a ser tomado pelo administrador diante de dada situação, é porque a lei almeja um comportamento ótimo, que pode ou não ser previamente estabelecido.

No caso de situações em que não há como definir antecipadamente essa conduta, em face das muitas variáveis que se apresentam diante de uma determinada circunstância ou direito, cabe a possibilidade de agir discricionariamente. Em tais casos, a lei autoriza a apreciação livre da conduta a ser adotada, dentro dos limites normativos que incluem não só a lei, mas também os princípios constitucionais implícitos e explícitos e os que compõem o regime jurídico-administrativo.

Diante da elaboração de políticas públicas para promover o direito fundamental social à moradia, o agente público competente pode promovê-las o faz no exercício de uma função pública e sua decisão de encaminhar ações de conteúdo específico poderá ser exercida por meio da competência discricionária, desde que a ele se apresentem mais de uma possibilidade.

---

<sup>363</sup> RAMIREZ-ESCUDERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*. Valência: Tirant Blanch, 2004.

<sup>364</sup> É que o direito à Administração Pública, transparente, dialógica, proba, eficiente e imparcial e justa, sem exclusão de outras garantias, delinea a atividade administrativa que deverá se valer de princípios e, muito especialmente, de posturas balizadas pela razoabilidade e pela proporcionalidade, para executar sua função. No momento da escolha, sendo permitido avaliar e escolher, no plano material, a melhor solução, deve estar tracejada pelo respeito a uma prática adequada, necessária e menos gravosa para o cidadão e para a sociedade.



No entanto, se o comportamento estatal está definido por meio de previsões normativas que descrevem o direito garantido e o formato para o seu alcance, não há possibilidade de atuação discricionária para decidir sobre o acesso a tal direito. Talvez sobre o *modus operandi*, tecnicamente falando, como estratégia a ser utilizada dentro das ações que cabem implantação.

Se o acesso à moradia adequada é um direito, a regularização de áreas ocupadas irregularmente para fins de moradia, que possam obter legalização fundiária e não representem risco à vida de seus habitantes ou desrespeito às normas jurídicas – já que o uso do zoneamento especial de interesse público permite a flexibilização legal – deve ser implantada. Outra opção não há, a não ser a remoção para outro local que, não estando plenamente embasada, pode desrespeitar e violar outros direitos juridicamente constituídos, não configurando legítima e legal atuação pública.

Nem sempre a norma descreve expressamente a conduta a ser desenvolvida pelo agente público, porém isso não quer dizer que ela não a definiu. Há casos de remissão legal em que cabe ao administrador dar preenchimento à norma. É possível verificar que a descrição legal sobre o caminho a ser percorrido para a realização de determinado interesse público não está claramente descrito, mas nem por isso pode-se dizer que cabe atuação discricionária, caso em que haveria a possibilidade de não encaminhar a ação de regularização<sup>365</sup>.

Nas palavras de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>366</sup>, encontra-se a definição da discricionariedade:

“ Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”

Diante de tal definição cabe analisar o comportamento público de quem possui competência para decidir sobre a elaboração e execução de políticas públicas na área habitacional, incluindo a regularização fundiária como meio para promover o acesso à

<sup>365</sup> MARCONDES, Ricardo. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.178-179.

<sup>366</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 3ªtir., São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.48.

moradia adequada.

Quando se fala em atividade discricionária não se está a falar de interpretação do comando normativo preenchendo normas de conteúdo fluido. Embora se reconheça a existência de zonas de certeza positiva onde diante da situação que requer decisão não há dúvidas sobre o que cabe ser feito, ou de zonas de certeza negativa, onde seria certo entender que não há abrigo legal para tal caso, fala-se de margem de liberdade balizada pelo dever de adotar a melhor solução para o caso concreto, embasada no que dispõe o ordenamento jurídico sobre a finalidade a ser alcançada pelo Poder Público.

O juízo valorativo a ser encampado pelo agente público possui um limite que deve estar ajustado aos princípios e às regras jurídicas, findando por traçar a conduta político-jurídica do agente. O interesse público será alcançado por meio das ações administrativas que, comumente, são definidas no âmbito da atividade política do Estado.

No caso da regularização fundiária, ela deve estar inclusa no processo de planejamento urbano. Para os casos de demanda local urgente, caberia a expedição de documento normativo adequado às condições do assentamento, também previstos tanto no Estatuto da Cidade como na Lei n.º 11.977/2009.

Em ambos os casos, fala-se de postura política pela regularização fundiária como a política pública específica para promoção do acesso à moradia adequada, a ser implantada pela Administração Pública.

O exercício da atividade administrativa, vinculada ou discricionária, se materializa pela expedição de atos administrativos, dentre os quais o mérito é um de seus elementos, instrumentais à verificação da legitimidade e legalidade do ato. Na atividade discricionária o mérito do ato representa a liberdade suposta na lei para a decisão do administrador, segundo critérios de oportunidade e a conveniência.

Segundo Seabra FAGUNDES<sup>367</sup>:

“ O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o sentido como procedimento que atende ao interesse público, e ao mesmo tempo aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.”

No caso trazido pelo trabalho, a regularização é a única opção para as situações de ocupação irregular que não põem em risco a vida das pessoas envolvidas, que não fere

---

<sup>367</sup> FAGUNDES, Seabra. Conceito do mérito no direito administrativo, *RDA*, v.23, jan./mar., 1951.

outros documentos normativos, diferentes das regras urbanísticas que podem ser modificadas pelo uso das ZEIS. Tal afirmação tem assento no direito que adquiriram tais pessoas de regularizar juridicamente a sua posse, de proteger seus bens e também seus valores culturais, tendo em vista a questão da consolidação do assentamento, ou seja, o direito de não serem removidos.

Portanto, a escolha da forma de agir para a promoção da moradia adequada não pode ser considerada atividade discricionária. A implantação da regularização fundiária conforme as diretrizes previstas no Estatuto da Cidade corresponde a um dever de agir vinculado à previsão normativa que garante ao cidadão o direito à moradia, permitindo a regularização jurídica da posse de imóvel ocupado irregularmente para fins de moradia seja privado ou público, quando prevê o dever de o Município executar a política urbana de maneira a garantir ordenadamente o pleno desenvolvimento das funções da cidade e o bem-estar de seus habitantes, por meio de instrumentos juridicamente postos à disposição do administrador público, reforçando o ideal de vida que a Constituição busca promover.

Compete à atividade administrativa, sem dúvidas, o dever de agir para a promoção do acesso à moradia adequada, seja no investimento de novas unidades habitacionais ou na regularização de áreas irregularmente ocupadas.

No que diz respeito à regularização, entende-se que ao desenvolver suas atividades cabe tão-somente o detalhamento sobre o formato das ações institucionais, discutindo sobre tal ou qual estratégia a ser incorporada, revestidas de uma flexibilidade necessária à observância da situação real e das condições da estrutura interna administrativa, não representando discricionariedade quanto a decisão sobre a regularização.

### **3.3. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O DIREITO À MORADIA**

A sociedade atingiu um estágio de civilização urbana em que a cidade se firma definitivamente como a sede do poder econômico, aglomerando pessoas em determinado espaço territorial de tal forma que, em países em desenvolvimento como o Brasil, as consequências dessa ocupação urbana leva à inacessibilidade de moradia adequada para populações de baixa renda, degradação ambiental, exclusão socioespacial, dificuldade de circulação, de acesso ao trabalho, ao usufruto de lazer e à fragilização da saúde, resultando na negação de tudo aquilo que busca e propõe o desenvolvimento nas cidades, especialmente o direito de morar dignamente.

O direito à moradia adequada envolve elementos como liberdade<sup>368</sup> e propriedade, tema que sempre preencheu a querela política e filosófica sobre a formação e a atuação do Estado, tendo como arautos históricos John LOCKE<sup>369</sup> e Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>370</sup>.

Dos debates sobre a liberdade e a propriedade como bens inerentes à condição humana<sup>371</sup>, identificados como direitos civis defensáveis contra o Estado, passou-se ao reconhecimento, pela ordem jurídica, de que o Estado deve cumprir tanto o papel de protegê-los quanto o de condicioná-los em nome do bem-estar social<sup>372</sup>.

Mais adiante, Leon DUGUIT<sup>373</sup> defendeu uma diferente concepção para a propriedade a partir de sua função social, como uma característica inerente à sua natureza. O jurista discutiu especialmente o tema dos direitos subjetivos e da propriedade, sem tanta detença sobre o valor da liberdade.

Para ele, a propriedade era coisa a ser empregada na sociedade para a satisfação das necessidades comuns de toda a coletividade, desconsiderando-a como um direito subjetivo e reconhecendo-a tão-somente como um bem passível de proteção jurídica. O possuidor não teria senão o direito e o dever de fazê-la produtiva dentro da sociedade onde estivesse inserido.

Diante de tais ideias a função social da propriedade urbana está ligada à realização de direitos fundamentais, bem como à moradia, razão pela qual a proteção jurídica ao direito de propriedade recebe outra configuração quando se verifica o seu exercício para finalidade desprovida de funcionalidade que possa beneficiar, de alguma forma, a sociedade.

A propriedade está no centro do debate sobre o acesso à moradia tendo em vista a inacessibilidade da população de baixa ou nenhuma renda ao mercado formal de terra e

---

<sup>368</sup> A Liberdade e também a igualdade passaram a ser encaradas sob dimensão mais objetiva, resultado da afirmação dos direitos fundamentais que passa da proteção contra o arbítrio estatal para a positivação e promoção do acesso aos direitos materialmente falando, propiciando o direito ao bem-estar social. Há uma sucessão de lutas que passa da defesa do direito à vida e à liberdade para a defesa dos meios necessários à sobrevivência e inclusão na sociedade.

<sup>369</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo e outros escritos*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 96.

<sup>370</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

<sup>371</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª edição, rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 138-139.

<sup>372</sup> ANDRADE, Leticia Queiroz de. Regulação e Poder de Polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca e ZOCKUN, Maurício (coord.) – *Intervenções do Estado* – São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 59-60

<sup>373</sup> Contestou o conceito de direito subjetivo por considerá-lo de difícil definição e metafísico. O homem não teria direitos, mas apenas deveres. Haveria também *situações jurídicas* em que pessoas se encontram ativa e passivamente. Seria o direito subjetivo apenas projeção do direito objetivo. DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Trad. Jaen Ramon e Adolfo G. Posada. Argentina: Heliasta SRL Editorial, s/d, p. 175.

propriedade urbana.

A condição econômica leva milhares de pessoas a viverem em habitações precárias. São favelas, cortiços, loteamentos irregulares e clandestinos sem nenhuma infraestrutura de serviços, além da insegurança da posse que assola moradores submetidos a situações desumanas, escravizados pela necessidade de ter um abrigo e sendo explorados por quem detém a propriedade ou administra os cortiços, uma das alternativas de moradia precária das mais cruéis<sup>374</sup>.

Além das previsões constitucionais e das diretrizes gerais emanadas do Estatuto da Cidade, o Novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10.02.2002, em vigor a partir de janeiro de 2003, estabeleceu no parágrafo 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 [ ...]”.

Dando continuidade aos limites impostos pelo princípio da função social, o parágrafo único do artigo 1.238, que dispõe em seu *caput* sobre a usucapião extraordinária, traz importante limitação ao direito de propriedade, reforçando a 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”.

Para o acesso à moradia é preciso ter acesso à terra urbana, ou seja, a democratização da terra é instrumental para contribuir com a viabilização do direito de morar bem, para exercer a cidadania e ter respeitada a dignidade humana<sup>375</sup>. O acesso à terra implica o acesso a um conjunto de equipamentos e serviços urbanos e a dificuldade de lhe ter acesso implica a ausência do Poder Público.

A luta pela igualdade material que impulsionou a ascensão jurídica dos direitos sociais, reconhecendo que a impossibilidade real de ter acesso a determinados direitos impede que outros tantos sejam usufruídos pelo indivíduo, indica que não é possível garantir a liberdade individual se não há acesso a bens e utilidades básicas e

<sup>374</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil. In: FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 116-117.

<sup>375</sup> Dignidade como a projeção dos direitos invioláveis, sobretudo, em declarações de matrizes culturais diversas, o que confere unidade de sentido e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais; o outro, é a compreensão do ser real, imbuído em seu cotidiano, da qual decorre a garantia da proteção ao trabalho, às minorias, aos deficientes, à intimidade pessoal e à habitação. MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 45, ano 11, p. 85, out/dez, 2003.

indispensáveis à subsistência física e psicológica do ser humano, tal como a moradia adequada.

A liberdade meramente jurídica, simples permissão de fazer ou deixar de fazer algo sem as condições existenciais que a assegurem, não passa de um conceito abstrato, descolado da realidade. Para um indivíduo desempregado, sem teto para morar ou morando de maneira indigna, faminto, doente, sem acesso à educação, para que serviriam as liberdades civis e políticas ou a previsão de que diante da lei todos são iguais em deveres e direitos?

O direito à moradia está descrito como uma das funções sociais a ser proporcionada pela cidade, no bojo da Carta de Atenas<sup>376</sup>, e recebeu expresso tratamento constitucional em nosso país, a partir da Emenda Constitucional n.º 26, de 14.02.2000<sup>377</sup>.

A construção de uma sociedade justa e solidária se dá com a redução das desigualdades sociais, redução da pobreza e da marginalização, o que não é possível acontecer sem garantir o acesso à moradia para aqueles que não possuem condições para, por si só, alcançá-la efetivamente. A garantia do direito de morar dignamente faz parte do direito ao pleno desenvolvimento e emancipação econômica, social e cultural do povo brasileiro, tendo fonte no direito que toda pessoa tem a um nível adequado de vida.

A moradia adequada é um direito humano que foi incorporado à Constituição Federal de 1988 como fundamental e social. Sua previsão como direito remonta à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prescreve em seu artigo XXV:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, *habitação*, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...).”

No artigo 11 do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, ficou estabelecido que "Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia adequada*, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida."

---

<sup>376</sup> A função que deve exercer a cidade recebeu definição concreta durante o IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna em 1933, em Atenas. Foi elaborado um texto conhecido como Carta de Atenas, na qual em seu item 77 restavam indicadas as seguintes funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação e circulação no espaço urbano.

<sup>377</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.166-167

Ainda, a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) estatuíram o direito à moradia como um *direito humano*.

Para a Organização das Nações Unidas – ONU, o direito à moradia é considerado um *direito humano* cabendo aos Estados membros o dever de assegurá-lo, identificando sua interdependência e indivisibilidade com os demais direitos já assegurados em outros documentos.

Segundo Flávia PIOVESAN<sup>378</sup>:

“ 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.”

A demonstração da previsão internacional sobre o direito à moradia ilustra a densidade que ele possui, identificando-o como um direito que é reflexo do exercício da cidadania, a qual não se completa sem o acesso à moradia adequada. Sua defesa foi sendo construída, material e juridicamente, no seio da comunidade internacional e nacional, refletindo os anseios pela sua efetivação até ser incorporado no nosso texto constitucional expressamente, embora nele já estivesse disposto por meio de outras previsões de direitos.

O direito à moradia deve ser reconhecido pela sociedade e pelo Poder Público efetivamente como um direito que está diretamente ligado ao direito à vida. Ilustra-se a assertiva com a brilhante defesa de Nelson SAULE JÚNIOR<sup>379</sup>:

“ O que primeiro deve ser considerado para identificar alguma forma de violação ao direito à moradia é se o direito à vida está sendo devidamente respeitado. [...] Ao tratar da relação do direito à moradia adequada como o direito à vida, devem ser considerados indicadores o respeito ao direito à saúde, que implica, por sua vez, a sua relação com o direito à alimentação, ao saneamento básico e a um meio ambiente saudável.

Neste caso, como indicador básico, podemos considerar a existência, ou não, do

<sup>378</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 56.

<sup>379</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.168.

fornecimento de água potável, do serviço de coleta e do tratamento do esgoto como, por exemplo, a canalização de córregos nas favelas. A falta de saneamento básico implica, diretamente, a violação do direito à alimentação diante do risco de contaminação dos alimentos consumidos pela população, por causa da inexistência de água tratada e de coleta de esgoto e de lixo.”

A violação do direito de morar leva à violação dos demais direitos. Sendo assim, imperioso reconhecer que a omissão do Poder Público em garantir-lhe o acesso adequadamente impede, conseqüentemente, o acesso a vários outros direitos, dentre eles a saúde e o bem-estar de todo o grupo social, gerando uma série de prejuízos vitais à existência digna e à boa convivência em sociedade.

Para Ana Paula BARCELLOS<sup>380</sup>,

“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”.

A definição de moradia adequada já descrita anteriormente tem sua base na Comentário geral n.º 4 sobre o Direito à Moradia Adequada do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Agenda Habitat<sup>381</sup>. A agenda Habitat enfatiza que a inadequação na habitação de milhares de pessoas pelo mundo reflete sua incapacidade de, por si só, concretizarem tal direito para além de teto e paredes.

O texto compromete os Poderes Públicos, nele intitulados de Governos, a sociedade, o setor privado e organismos não-governamentais a assegurar o pleno acesso à moradia adequada com responsabilidades sobre o setor da habitação, criando órgãos próprios para cuidar do assunto, definição de recursos financeiros, planejamento e elaboração de políticas públicas, programas e projetos a serem implantados e implementados.

Não poderia ser diferente a postura do parlamento brasileiro, quando aprovou a

---

<sup>380</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138.

<sup>381</sup> A agenda Habitat é um relevante documento internacional produzido na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul em junho de 1996 que discutiu a adequada habitação para todos e o desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis em um mundo em urbanização, estebelece princípios, metas, compromissos e um plano global orientando as duas primeiras décadas do século XXI para a melhoria dos assentamentos humanos, nacional e internacionalmente. SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.121.



previsão explícita do direito à moradia, verificada no artigo 6º do texto magno<sup>382</sup>, impondo sua observância. Toda pessoa tem direito a um nível adequado de vida que inclui moradia, alimentação, saúde, vestimenta, trabalho, combinação de valores que constrói e dá forma aos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, dentre eles a dignidade da pessoa humana<sup>383</sup>.

Para Ingo Wolfgang SARLET<sup>384</sup>,

“[...] 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.”

Como já dito, a responsabilidade pela promoção de tal direito é indeclinável. Não há dúvidas de que a efetividade do direito se dá com a atuação do Poder Público em criar condições para que as pessoas sejam capazes de obter um local para morar adequadamente. Não se trata somente de ter acesso a um local para morar, é preciso que ele esteja em condições de ser habitado.

Para tanto, a presença do Poder Público por meio de sua atividade administrativa é essencial e obrigatória, não cabendo negativas e omissões sob pena de descumprimento do dever de agir, definido em lei. O direito social à moradia não é um direito contra o Estado, mas que se viabiliza por meio dele.

Abre-se um pequeno parêntese para lembrar que, como direito fundamental social, a moradia também é um componente do direito à cidade. Esta, para atender às diretrizes constitucionais e infraconstitucionais de ordem e pleno desenvolvimento sustentável, deve permitir a acessibilidade do direito à moradia adequada.

O vínculo das funções sociais da cidade com o acesso a determinados direitos está claro. Se cabe ao Poder Público a prestação de determinados serviços, a condução do

---

<sup>382</sup> Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>383</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.133.

<sup>384</sup> 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. 209.

pleno desenvolvimento urbano por meio do planejamento e do implemento de uma série de ações é parte desse processo, antes é o início de tal processo, demonstrando que o acesso à moradia adequada não está desvinculado das ações estatais.

A moradia adequada pressupõe o acesso à terra urbana, a existência de um espaço digno para habitação compatível com o número de pessoas que nela se encontrem, condições de habitabilidade, proteção, segurança, paz, estabilidade e durabilidade estruturais que são providas pelos serviços de abastecimento de água, saneamento, eletricidade, coleta de lixo, serviços sociais básicos a todo indivíduo, independente de sua condição social, econômica, raça, cor, religião, sexo ou idade.

A descrição da moradia adequada não poderia ser entendida de outra forma, já que se constitui em retrato do bom funcionamento da cidade. A função pública de urbanizar se concretiza por meio da atividade administrativa, cumprindo as diretrizes do planejamento urbano que também se apresenta obrigatório, bem como prestando serviços públicos<sup>385</sup> e desenvolvendo atividades que estão constitucionalmente definidas como da alçada do Poder Público.

Tendo em vista o histórico deficitário na oferta de serviços públicos urbanos, a localização dos investimentos públicos é um dos fatores de segregação espacial, sendo

<sup>385</sup> Art. 21 - Compete à União:

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

mais beneficiados aqueles locais onde residem pessoas de padrão financeiro elevado, garantindo-lhes melhores condições de vida, aumentando o valor dos imóveis e descumprindo princípios que regem a atividade administrativa e que também balizam a função de governo.

Para além disso, os processos privados de produção da moradia costumam reter a terra à espera de sua valorização em função dos serviços que virão a abastecer determinado local, elevando o valor da terra urbana. 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 com infraestrutura.

Linda Maria de Pontes GONDIM<sup>386</sup> ainda alerta:

“ Esse processo não decorre apenas da ação de profissionais do mercado imobiliário, mas também de práticas individuais, estimuladas por uma “cultura da especulação”: nesta, a propriedade de imóveis é considerada o investimento mais seguro, em condições sociais onde a economia é instável, o mercado de capitais é frágil e os sistemas previdenciários são deficientes. Acrescente-se a isso uma concepção jurídica individualista e excludente da propriedade fundiária<sup>387</sup>, que encarece as desapropriações, inviabilizando-as como instrumentos de controle da especulação imobiliária.”

O direito de morar dignamente está diretamente vinculado à condição econômica, que remete ao acesso ao trabalho e programas de geração de renda tornando o indivíduo capaz de ter acesso a todos os direitos que lhe são inerentes pela sua condição humana, dentro do que está descrito na Constituição como ideal de vida.

Quando o texto magno trata do pleno desenvolvimento da cidade refere-se também à condução de políticas que permitam o desenvolvimento econômico vinculado à possibilidade de trabalho que permita a aferição de renda para o indivíduo e o seu gradativo e progressivo equilíbrio dentro da sociedade.

A previsão normativa do direito à moradia não se trata de mera indicação jurídica de eficácia mínima, mas de norma que possui aplicação imediata, a ser entendida dentro do

---

<sup>386</sup> GONDIM, Linda Maria de Pontes. Crescimento Urbano, direito à habitação e regularização fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.313.

<sup>387</sup> FERNANDES, Edésio. Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil. In: ABRAMO, Pedro (org.). *A cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras/Faperj, 2003, p. 119-172; FERNANDES, edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In: \_\_\_\_\_ & ALFONSIN, Betânia Moraes de. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

contexto constitucional, firmada nos instrumentos que o texto magno indica e descreve. Além do que, a promoção de sua acessibilidade apresenta-se como verdadeiro interesse público a ser satisfeito já que se trata de um direito fundamental social<sup>388</sup> ligado à vida concreta do cidadão e ao bem-estar geral de todos.

A Constituição de 1988 estabeleceu um papel para o Estado brasileiro que o identifica como Estado Social não pela descrição explícita de tal denominação, mas pelo delineamento que lhe concede. A submissão do Estado aos direitos fundamentais é uma condição de validade para sua atuação administrativa, o que vincula a promoção do direito à moradia adequada à função administrativa e ao legítimo exercício das atividades do Estado.

Os objetivos da República democrática, os princípios fundamentais que têm a função de nortear o comportamento estatal, a previsão dos direitos fundamentais, o princípio da função social da propriedade, caracterizam o Estado como verdadeiro fiador do pacto social, com a tarefa de intervir na provisão de bens e serviços garantindo o direito ao exercício da cidadania que inclui o acesso à moradia adequada.

Dentro desse balizamento jurídico-político encontra-se a previsão do direito social à moradia e as diretrizes para ações estatais que possam promover o acesso a tal direito como o planejamento urbano, a regulação da atividade privada que inclui a incremento na economia para a produção de habitações e o seu barateamento, levando à ampliação da oferta e sua acessibilidade, bem com o investimento em regularização fundiária para os casos em que a população buscou realizar seu direito à margem da lei.

Ao instituir as competências, deveres e obrigações dos entes federativos, o texto constitucional indicou a base de ações que podem atender aos objetivos da República brasileira. De acordo com tais previsões que se referem ora a políticas públicas a serem implantadas, ora a instrumentos jurídicos, ora a ações efetivas a serem desenvolvidas pelo Poder Público, ou Federal, ou Estadual ou Municipal, verifica-se que o dever de atuar descende da Constituição e se especializa por meio de normas infraconstitucionais, indicativas das prestações estatais que podem transpor o ideal e se tornar realidade.

A elaboração de políticas públicas nos diversos níveis é capaz de formar uma rede integrada que, bem coordenada, permitiria garantir respostas mais efetivas ao déficit social da moradia. Dessa maneira, a cooperação entre os entes é a forma mais eficaz

<sup>388</sup> Observando a dimensão do direito fundamental social à moradia, nos valem de Emerson GABARDO, para quem os direitos fundamentais possuem natureza híbrida situando-se entre o público e o privado, o autor defende que os princípios atuam como fundamento categórico no sistema constitucional agregando-os. GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 315-316.

para a viabilização de ações expressivas neste campo.

A promoção da inclusão social e do desenvolvimento econômico, que não ocorre espontaneamente, possibilita a expansão das capacidades<sup>389</sup> individuais e coletivas do cidadão permitindo que haja correção da desigualdade social, objetivo que a regularização procura alcançar conforme já foi exposto anteriormente. O dever de agir em prol do acesso à moradia adequada tem previsão constitucional e infraconstitucional e a regularização fundiária possui fundamento em ambas as bases legais.

Para tanto, a atuação do Poder Público pressupõe planejamento baseado em fatores como a interdependência das necessidades sociais. Deve ser planejada em conformidade com a realidade local, compromissada com o interesse público, considerando sempre o déficit habitacional, as causas que conduzem a tal situação e as condições em que se encontra a população desprovida de tal direito. É dizer, reconhecer o direito e também a realidade que o torna inacessível para combatê-la.

A moradia, mercadoria ansiada por grande parte da população, requer uma gama de serviços, equipamentos públicos e infraestrutura que se resumem no exercício da atividade administrativa eficiente e impessoal, exigindo do Poder Público investimentos que sem planejamento não conseguem ser realizados, mas que não podem deixar de ser implementados por tal motivo.

O orçamento é um fator importante na concretização e manutenção do acesso ao direito de morar adequadamente. Ao Município, ente que mais próximo está da realidade deficitária da moradia, cabe dar respostas às demandas habitacionais produzindo modificações na realidade urbana. Porém, sem o apoio integrado do Estado e da União a extensão de sua ação é limitada, transformando-se muitas vezes em experiências-piloto, como declara Ermínia MARICATO<sup>390</sup>.

Para tanto, a elaboração e materialização de políticas urbanas nacionais que transformem as estruturas sociais a partir de uma postura política mais incisiva, são indispensáveis<sup>391</sup>.

O mercado tem pautado a configuração das políticas urbanas para a moradia, ditando de maneira perniciosa, mas não ilógica, o seu acesso por meio de práticas que

---

<sup>389</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 316.

<sup>390</sup> MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 128.

<sup>391</sup> BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do Estado. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso(org.). *A Constituição Brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. v. 1 Brasília: IPEA, 2009, p.256-257.

reforçam o patrimonialismo e reservam o uso e a ocupação do solo urbano para a prática especulatória, induzindo a população pobre a buscar e manter-se na informalidade.

Sem controle e regulação por parte do Poder Público e da própria sociedade, o mercado imobiliário torna cada vez mais restrita a oportunidade de acesso ao direito de morar, tornando sua conquista uma promessa não cumprida pelo Estado Democrático e Social de Direito.

Para Edésio FERNANDES<sup>392</sup>,

“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.”

Pois bem, cabe ao Plano Diretor municipal delimitar o que vem a ser a função social da propriedade<sup>393</sup>. Não sendo cumprida, é possível a aplicação de sanções que têm sua base no texto constitucional, tal a importância da propriedade para o desenvolvimento socioeconômico nacional, haja vista sua previsão como princípio norteador da Ordem Econômica na Constituição Federal, artigo 170.

A aplicação das sanções inclui a desapropriação, intervenção pública que extingue o direito de propriedade e deve ser promovida quando há descumprimento do previsto em lei.

É a Administração Pública que tem competência para a fiscalização e imposição de sanções quando não há cumprimento das determinações legais. Para o exercício de tal atividade, há previsão de uma série de instrumentos de limitação ao uso da propriedade. Ao próprio Poder Público cabe dar cumprimento à função social que possuem os bens públicos.

Em cada prescrição feita por leis de conteúdo urbanístico está a presença do Poder

---

<sup>392</sup> 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. 245-246.

<sup>393</sup> Segundo Linda GONDIM a transferência da definição sobre a função social da propriedade para o Plano Diretor contrariou o que havia sido proposto pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana – MNRU e indicava a manobra de interesses conservadores representados pelos parlamentares do “Centrão” que pareciam acreditar na inoperância do instrumento de planejamento que conduziria a um esvaziamento do conteúdo sobre a função social da propriedade, a ser definido por ele. GONDIM, Linda Maria de Pontes. Crescimento Urbano, direito à habitação e regularização fundiária. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.318.

Público com o dever de executá-las ou fiscalizar a sua execução, definindo a Administração Pública como a grande responsável pela efetivação dos direitos à cidade, às funções da cidade e à moradia adequada.

Nas palavras de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>394</sup>:

“ Em suma: acredita-se que não se pode desdenhar, na busca da Justiça Social, instrumentos que são fornecidos pela própria ordenação jurídica, isto é, que já estão consagrados no Diploma Básico.”

Paralelamente à ausência de unidades habitacionais à disposição de quem necessita, estão os casos de assentamentos humanos irregulares que, em verdade, solucionam ilegalmente a falta de oferta de locais disponíveis e acessíveis à moradia, ainda que inadequadamente.

Para esses casos, hoje bastante representativos do cenário urbano, cabe uma ação pública precisa e eficiente. Se o interesse público está presente na promoção do acesso à moradia adequada, comprovado pela gama de serviços e utilidades que compete à Administração pôr à disposição de todos os cidadãos, no caso da regularização não é diferente.

Ao Poder Público cabe a realização do interesse público. Cabe atuar em busca de atender à finalidade lhe foi imposta pela lei e da qual descende sua capacidade jurídica de agir em nome da sociedade. Compete-lhe executar a política de desenvolvimento urbano que *tem* como objetivo *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes* o que indica propiciar melhores condições de vida ao cidadão, se traduzindo no atendimento das necessidades daqueles desprovidos de moradia ou habitantes de lugares precários.

A promoção do acesso a tal direito implementa a igualdade material entre todos, quando permite a realização de morar em condições adequadas à dignidade humana. As características que definem a moradia como adequada são dever do Estado prover.

Voltando à questão do interesse público presente na promoção do direito de morar adequadamente por meio da regularização fundiária, ela se contextualiza diante da dimensão social e difusa que possui tal direito<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, *Revista Direito Público*, Vol. 14 N 57/58, p. 233 a 256, Jan/Jun, 1981.

<sup>395</sup> A identificação da moradia adequada com o interesse público é questão posta e inafastável, sem desconsiderar que uma vez sendo garantida a moradia adequada a moradia digna também se configura.

Não se considera possível a desconstrução da afirmativa de que regularizar áreas ocupadas para fins de moradia representa uma questão de interesse público. A definição do que vem a ser a moradia adequada conduz à compreensão da presença do interesse público para sua viabilização, especialmente quando se verifica que a presença do Poder Público em determinadas áreas urbanas, diferentes das ocupadas irregularmente, promove condições necessárias de habitabilidade a um determinado segmento social.

A regularização fundiária representa uma maneira de permitir acessibilidade a um direito constitucionalmente garantido e que não foi promovido adequadamente.

Demonstra-se largamente durante este trabalho as causas que levam à existência de assentamentos informais, que não estão dissociadas da postura ativa ou omissa do Poder Público. Uma postura ativa, quando impõe padrões de uso e ocupação do solo desconsiderando a presença de segmentos populacionais de baixa renda que apresentarão dificuldades no acesso à moradia e ainda quando investe pouco, de forma elitista e preconceituosa, em locais como loteamentos e conjuntos habitacionais, normalmente respondendo a pressões populares ou a interesses clientelistas. Uma postura omissa quando não controla o uso e a ocupação, não fiscaliza o exercício da função social da propriedade e não controla ocupações em regiões de risco, imóveis públicos, áreas de preservação, muitas vezes demonstrando concordar com a situação, tendo em vista significar um tipo de “solução” para os reclamos sociais.

Diante de um quadro que envolve a observância do princípio da função social da propriedade, a ordenação da cidade, o direito fundamental social à moradia se contrapondo ao interesse privado em manter o acesso à terra urbanizada cada vez mais restrito a poucos, além da manutenção dos altos preços dos imóveis, o controle do desenvolvimento da cidade exercido pelo mercado, é preciso agir de maneira a fazer prevalecer o interesse público, sob pena de comprometer a própria sobrevivência da sociedade.

No que se refere à regularização, tal ação busca conformar a realidade à ordem urbanística, considerando a situação real e suas peculiaridades, as condições em que se deu o uso e a ocupação do solo, a população assentada, que não pode ser ignorada como parte isolada no processo. É dever público não ignorar a situação de ocupação irregular dando-lhe solução compatível com o Direito e com a finalidade da lei que garante sua competência para intervir.

O interesse público é o pressuposto para todas as ações públicas. Ao verificar-se a necessidade do estabelecimento de condições para o adequado exercício do direito de



morar, a ser implantado pelo Poder Público, não se pode inferir outra ideia senão a de que a regularização fundiária plena se trata de total realização do interesse público.

Senão vejamos, a Constituição admite a possibilidade da regularização jurídica para os casos em que o imóvel está sendo utilizado para fins de moradia. Há previsão para o usucapião e para a possibilidade de concessão, em que poderia se enquadrar a de direito real de uso e a identificada como especial, pela Medida Provisória n.º 2.220/2001. Ainda, determina que o Município conduza o processo de desenvolvimento urbano de maneira plena a garantir o bem-estar dos habitantes urbanos. Ao tratar do desenvolvimento urbano indicando que deve garantir o bem-estar das pessoas que habitam as cidades, aponta para um dever a ser cumprido, a função pública de urbanizar a cidade permitindo que ela garanta a todos boas condições para se viver. Dentre as boas condições para se viver é imprescindível o acesso à moradia adequada, em que “um teto” está longe de representá-la devidamente.

Ora, se é possível que um indivíduo ou um grupo de indivíduos garanta juridicamente o direito à segurança da posse para fins de moradia, não é possível ao Poder Público permitir que o imóvel que abriga sua morada se mantenha em condições que violem a configuração mínima para que o direito à moradia seja exercido plenamente.

Embora a Constituição não traga uma definição sobre o que é a moradia adequada, sabe-se que ela está diretamente vinculada a viver dignamente. Para tanto, observe-se sua configuração, considerando a Agenda Habitat e o Comentário n.º 4 sobre o Direito à Moradia Adequada, em que seus elementos são, como já apontados anteriormente: *a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços de infraestrutura, o custo acessível, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização e a adequação cultural.*

A Agenda Habitat II serve de subsídio à interpretação das disposições do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas especialmente pode-se dizer que se coaduna com os direitos à prestação de serviços e bens conquistados pelo cidadão e garantidos no texto da Constituição de 1988 incluídos no entendimento do que cabe à função administrativa exercer.

Quando se fala em segurança jurídica da posse trata-se de garantir a todas as pessoas, indiscriminadamente, o direito a certo grau de segurança que garanta a proteção legal contra remoções forçadas e outras ameaças ao direito de morar. Cabe sua proteção por meio dos instrumentos jurídicos já indicados, desde que preenchidos os requisitos legais. Cabe ainda apoio e proteção do Poder Público, que deve garantir novo local para habitação adequada, se houver necessidade de remoção dos indivíduos,

famílias ou grupos de pessoas assentadas no mesmo local, justificada pela impossibilidade jurídica ou física do assentamento.

No que diz respeito à disponibilidade de serviços, materiais e de infraestruturas, a referência é ao fato de que todos os titulares do direito à moradia adequada devem ter acesso contínuo aos recursos como água potável, energia elétrica, instalações sanitárias e de limpeza, saneamento básico, sistemas de recolhimento e tratamento de lixo, esgotos e serviços de saúde, utilidades e comodidades fruíveis que satisfaçam às necessidades dos cidadãos<sup>396</sup>.

Trata-se de atividades a serem prestadas pelo Estado ou por quem lhe faz as vezes consistentes em prestações que devem satisfazer à comunidade. Portanto, configurando-se em interesse público a ser realizado.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>397</sup>,

“ Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Sendo assim, alguns dos elementos materiais citados como condicionantes à moradia adequada são obrigações as quais o Poder Público tem o dever de promover, ainda que sejam prestadas por pessoas estranhas à máquina administrativa, tais como concessionários. Se há o dever em promover<sup>398</sup>, quando não o faz infringe normas de direito público, garantindo ao destinatário do serviço a possibilidade de requerer na Justiça a sua prestação.

Embora se trate de outra categoria do Direito Administrativo objeto de disputas teóricas, muito mais por uma questão político-ideológica que insiste em afirmar a presença mínima do Estado brasileiro, é fato que a prestação de serviços públicos é

<sup>396</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional n.º 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.659.

<sup>397</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atual até a Emenda Constitucional n.º 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.659.

<sup>398</sup> Para Dinorá GROTTI, “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.” GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

atividade indispensável às transformações sociais necessárias para combater a desigualdade.

Os preços acessíveis representam custos que devem situar-se num nível razoável que não ameace ou comprometa a satisfação de outras necessidades essenciais. Para tanto, prevê-se a concessão de subsídios para aqueles que não dispõem de meios econômicos suficientes à habitação adequada, bem como no caso dos locatários que devem ser protegidos contra aluguéis excessivos ou aumentos abusivos.

A habitabilidade indica que a moradia adequada deve permitir o espaço adequado a seu habitante ou aos seus habitantes, que não crie perigos para a saúde, riscos à vida, não seja foco de vetores de doença, permitindo habitar com segurança física e psíquica.

A facilidade de acesso significa que dentre os grupos de desfavorecidos, aqueles que necessitam de maior atenção devem ter pleno alcance, permanentemente, aos recursos adequados à 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.

Quanto à localização acessível, a moradia adequada deve estar situada em local onde exista acesso ao emprego, serviços de saúde, escolas, creches, praças, parques e outras opções de lazer. Como direito à circulação, por exemplo, que também está previsto como função social da cidade e está ligado à possibilidade e capacidade de locomoção do cidadão tanto quanto ao direito fundamental de ir e vir. Vincula-se ao acesso ao trabalho e a condições para nele chegar, permitida por meio do planejamento urbano, que deve criar um sistema viário compatível com as necessidades do cidadão, acesso ao transporte público que atenda a todos que dele precisem, pois se trata de um serviço público que tem como característica a universalidade no atendimento<sup>399</sup>.

Por fim, a moradia não deve estar localizada em regiões que ameacem o direito à saúde e à vida dos seus habitantes, bem como o respeito ao ambiente cultural deve ser garantido, e informa que a expressão da identidade e diversidade não podem ser sacrificadas, antes preservadas pelo Poder Público ou com o seu auxílio, nas ações que devem representar melhorias ou novas construções para habitação de população de baixa renda.

Diante de tais descrições é possível verificar a gama de investimentos necessários à implantação no acesso à moradia adequada e a forte presença do Poder Público, vinculada ao dever, e não à faculdade de agir. Tais investimentos necessitam da

---

<sup>399</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

intervenção estatal para assegurar sua disponibilidade, tendo em vista sua vinculação existencial para o equilíbrio e a inclusão de pessoas economicamente frágeis na sociedade<sup>400</sup>. Em seu sentido material, o serviço público<sup>401</sup> também pode ser encarado à luz das ideias de DUGUIT<sup>402</sup>, que compreende sua existência a partir de um caráter sociológico, como concretizador da solidariedade social.

Refletindo sobre os elementos que caracterizam a moradia adequada verifica-se que em nada fogem ao prescrito em nosso ordenamento jurídico, seja no texto constitucional, em leis definidoras dos serviços públicos ou mesmo no Estatuto da Cidade, tendo sempre o atendimento do interesse público, qualificado pelas necessidades da coletividade, como norte.

Sobre a indicação da importância de se manter-se preços acessíveis para a moradia, sabe-se que se trata de intervenção regulatória do Poder Público envolvendo o enfrentamento de reformas financeiras, urbanas e institucionais. É preciso uma reforma urbana que torne viável o solo urbano ofertando-o a preços acessíveis pela regulação do mercado, de custo reduzido para a ampliação da oferta e uma reforma estrutural que renove os organismos envolvidos na operacionalização das ações públicas para a moradia<sup>403</sup>.

As prescrições constitucionais sobre planejamento e cumprimento do dever de agir, especialmente quando a demanda está às escâncaras, tomam forma com a implantação das ações de regularização fundiária que devem estar inseridas em uma política pública de desenvolvimento urbano mais ampla, conforme já defendido.

O caráter universal no atendimento dos serviços, sua adaptabilidade, que deve estar atualizada e modernizada de acordo com as possibilidades econômicas do ente público, o inescusável dever de prestá-lo, a impessoalidade na prestação, o dever de continuidade, são significativos para sustentar a natureza de interesse público que possui a regularização fundiária e seu caráter social.

---

<sup>400</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.82.

<sup>401</sup> A doutrina dominante recebe a influência de Gaston Jèze, discípulo de Duguit, que encara o serviço público sob o viés do regime jurídico que o institui., que no caso é de Direito Público tendo como base a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. É a teoria a qual está filiado Celso Antônio Bandeira de Mello e à qual também nos filiamos com a ênfase para a crença no princípio da supremacia do interesse público como garantidor e balizador da prestação dos serviços. No entanto, cabe grifar que a concepção defendida por Duguit, de caráter sociológico mais profundo, baliza o entendimento da função que exerce o serviço público, especialmente para manter o equilíbrio social em um país tão desigual como o Brasil.

<sup>402</sup> DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3ª ed. v. 2, Paris: E. De Boccard, 1928b, p. 61.

<sup>403</sup> MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 136-137.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro indica o direito à vida digna configurado em nosso ordenamento, não como uma possibilidade a ser promovida pelo Estado e quiçá alcançada pelo cidadão, mas uma imposição a ser cumprida. A regularização fundiária é uma forma de promover a moradia adequada, consequência da previsão constitucional para a promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana. A moradia, portanto, é interesse público valorado pela Constituição, reconhecido normativamente e envolvido socialmente na satisfação de benefícios diretos e indiretos para a sociedade<sup>404</sup>.

O direito à moradia adequada foi reconhecido expressamente como um direito fundamental social. Com tal postura jurídica reconhece-se uma necessidade humana como direito, componente do direito à vida digna que tem previsão constitucional por meio da exaltação da dignidade da pessoa humana.

Dentre outros argumentos, todos os atos de origem pública responsáveis pela implantação das ações que compõem a regularização configuram-se em interesse público indiscutivelmente.

Ao apresentar a ligação entre políticas públicas e Administração, trouxe-se à baila exatamente a questão sobre as escolhas proferidas pelo Estado e que envolvem o Poder Legislativo e a função de governo.

A formação da postura a ser tomada diante de direitos constitucionalmente previstos, que devem estar à disposição do cidadão, inclui a função de governo e a função administrativa. Não cabe ao Poder Público decidir se essa ou aquela pessoa merece ou não ter acesso a tal direito; antes, cabe criar condições para que a moradia adequada esteja ao alcance de todos, inclusive daqueles que se encontram à margem da lei, não por vontade própria, mas por incapacidade individual de garantirem sua inclusão na cidade legal.

A Regularização Fundiária é um dever do Estado e a Lei nº 11.977/2009 define os casos em que cabem sua presença, definindo as condições para a sua implantação. A previsão normativa para a regularização fundiária indica que desde que estejam preenchidas as condições legais, compete ao Poder Público dar início à atividade. É preciso que fique claro, tanto há previsão no texto constitucional como em normas infraconstitucionais, além da Lei supracitada que trata especialmente do tema.

Se a Administração Pública é responsável pela realização do interesse público, como

---

<sup>404</sup> COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966, p. 125.

afastar tal qualificação da ação de regularização fundiária definida pela Lei n.º 11.977/2009?

Ainda, caberia perguntar se a promoção do direito à moradia é de interesse público? Diríamos que diante da configuração constitucional que possui o Estado brasileiro, sim. E que no tocante à ação de regularizar, embora as ocupações possam se dar em imóveis privados, marcando a situação conflituosa entre interesses diversos que tem como núcleo o acesso à terra, a Constituição tanto protege o direito de propriedade quanto o condiciona ao cumprimento de uma função social.

As ocupações, como já apontado, não raro ocorrem em áreas abandonadas por seus proprietários, inclusive as áreas públicas, e que não estão cumprindo nenhuma função que reverta frutos para a sociedade. Em sendo assim, a previsão constitucional sobre os recursos jurídicos para tais situações qualifica a regularização fundiária. Pois, se o acesso à posse pode ser garantido por meio dos instrumentos indicados no texto magno para fins de moradia, está presente a regularização jurídica que não pode ser desenvolvida isoladamente, sem as ações de urbanização, ainda que muitas tenham sido as ações públicas nesse sentido.

Isso quer dizer que configurados os casos para regularização deve ocorrer de forma plena, conforme previsto em lei e como já determinava a Constituição ao garantir o direito à moradia e o direito à função social da cidade.

O atendimento ao descrito pela Constituição e por dispositivos infraconstitucionais configura-se em promoção do interesse público, entendido como um meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum. O conflito que surge diante das situações de ocupação irregular em imóveis privados, ou mesmo públicos, não afasta a ação de regularizar da realização do interesse público. Não é o conflito entre interesses diversos nas relações sociais que afastaria o interesse público.

Como visto, pode-se verificar a presença da prestação de serviços públicos que configuram a função administrativa propriamente dita. Estão nesse rol o transporte público, o saneamento básico, a transmissão de energia elétrica e água potável. Ainda, a presença de equipamentos públicos como escolas e postos de saúde nas proximidades do espaço para habitação, permitindo o acesso a serviços como educação e saúde compõe a definição de moradia adequada e se configuram em interesse público, segundo a mais qualificada doutrina administrativa sobre o assunto.

É no planejamento eficiente e eficaz de orientação da política pública para a cidade, centrado na questão habitacional e voltado para sua ampliação, que materialmente são

criados meios para se exercer o direito fundamental social à moradia<sup>405</sup>.

A ação de promover o acesso à habitação de qualidade, que importa em moradia adequada para quem não possa alcançá-la por seus próprios meios, deve ser tratada tanto sob o aspecto da restrição a manifestações que dificultem ou impeçam o exercício do direito, evitando a regressão do direito à moradia, quanto por meio de políticas públicas de desenvolvimento urbano que promovam seu acesso, privilegiando, sempre, a satisfação das necessidades básicas e fundamentais de subsistência que circundam o viver bem.

A produção de programas de habitação social e a regularização de ocupações consolidadas, que empreendidas podem ampliar as condições de acesso ao direito de morar dignamente, devem ser assumidas como uma ação de Estado, tal qual comanda a Constituição e não somente como uma política de governo que navega ao sabor da ideologia dominante.

A partir da promulgação do Estatuto da Cidade, os avanços nessa área têm ocorrido ainda que a passos lentos. Uma nova ação pública para a moradia vem sendo desenvolvida e a política habitacional finalmente ganha impulso com alguns resultados, em que a resposta às demandas reprimidas surge em quantidade mas, não necessariamente, com a qualidade que poderia de fato provocar profundas mudanças sociais no cenário das cidades.

É preciso pensar um novo modelo de desenvolvimento urbano em que haja enfrentamento e ruptura de paradigmas que são excludentes e reproduzem a concentração de renda e poder nas mãos da minoria rica. A disparidade na distribuição de riquezas gera pobreza e segregação social que reflete no acesso à habitação, gerando um ciclo vicioso de retroalimentação da desigualdade e injustiça social<sup>406</sup>.

Se esse tipo de situação não é ideal por uma perspectiva urbanística e ambiental, deve-se reconhecer que o problema também decorre das ambiguidades jurídicas criadas pelo próprio Poder Público, que por tantas décadas negligenciou os pobres e seus assentamentos, negando direitos, e criando todo tipo de confusões – como tributar sem prestar serviços e sem legalizar – quando não provocaram diretamente o surgimento de assentamentos informais.

Diante de leis urbanísticas elitistas e burocráticas que não reservaram espaços

---

<sup>405</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.183.

<sup>406</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de. *ABC do desenvolvimento urbano*. 2a edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p.84-85.

adequados para os pobres nos zoneamentos das cidades, que fizeram aberta ou veladamente o jogo do mercado imobiliário sem penalizá-lo pela especulação imobiliária e pelo abandono de imóveis é que pode-se dizer da responsabilidade que a Administração Pública possui, especialmente na esfera municipal, pelo processo de desenvolvimento urbano informal e todas suas implicações.

A presença de ocupações irregulares não pode mais ser ignorada e ao Poder Público cabe o reconhecimento dos direitos da enorme população que vive em assentamentos informais consolidados, cabendo empreender esforços dando-lhes o tratamento devido por meio da regularização urbanística, jurídica e ambiental.

Os comandos para tal ação são provenientes do dever de planejamento urbano, do dever de promover o bem-estar geral dos habitantes das cidades a partir da identificação do direito à regularização jurídica, que não se dissocia da regularização urbanística, diante do dever de promoção da moradia adequada, urbanização e ordenação das cidades.

A função administrativa viabiliza o interesse público, e sendo a moradia um direito fundamental tutelado pelo Estado, com garantias constitucionais justiciáveis, não caberia falar em discricionariedade pelo fato de sua viabilização encontrar-se no núcleo de uma política pública voltada à habitação.

No campo dos direitos fundamentais sociais, dos quais se extrai o direito à moradia, a ação estatal deve exercer o papel que lhe cabe, de promotor do acesso a tal direito. Para a promoção e preservação do direito à moradia, interesse público a ser buscado pelo Estado-administração como meta jurídica de natureza coletiva, é que a função administrativa executa os comandos que lhe são emitidos.

Sendo a ação de regularizar uma atividade material a ser desenvolvida pela Administração Pública, de acordo com previsões normativas constitucionais, infraconstitucionais, legais e infralegais, sua identificação como política pública estaciona na apresentação do projeto para um programa de investimentos na área habitacional de interesse social. A partir daí ela passa a ser uma atividade administrativa, desenvolvida no estreito cumprimento da função administrativa competente.

Com a descrição dos comandos normativos constitucionais para a viabilização da moradia adequada, o entendimento de que se trata de uma atividade administrativa discricionária se dissolve, cabendo o reconhecimento de que se trata do dever de regularizar, meio para que se promova o exercício digno da moradia.

Parte das ações desenvolvidas no núcleo da regularização fundiária corresponde à



função administrativa identificada e sedimentada pela doutrina administrativista como serviço público, superando a ideia de atividade discricionária e liberdade de escolha quanto à conduta do agente, diante do quadro de irregularidades jurídicas e urbanísticas.

Segundo João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO<sup>407</sup>,

“A inexistência de um procedimento formalizado não equivale à liberdade de conduta da Administração. Com efeito, a discricionariedade está marcada pela juridicidade, correspondendo sempre a actividade vinculada ao interesse público, isto é, finalmente vinculada. O agente deve começar por procurar determinar se há e qual a extensão do paradigma de decisão acolhido normativamente; na sua ausência, deverá construir uma norma de decisão, guiado pelos princípios jurídicos que regem a actividade administrativa. Este modo de proceder vale quer para a dimensão procedimental quer para a dimensão material.”

Diante dos argumentos apresentados, outra não poderia ser a defesa pelo dever de regularização fundiária embasado no dever de promover o interesse público. Sua configuração está no dever de promoção do direito à moradia adequada, cabendo o planejamento urbano para sua implementação, conforme determina a Lei n.º 11.977/2009, sempre considerando os reclamos sociais por tal direito, alcançado parcialmente de forma irregular, mas legitimamente exigido.

O exercício do direito à moradia adequada deve ser garantido por meio de ações públicas embasadas em políticas públicas capazes de ofertar condições de acesso à terra com todos os seus componentes, notadamente os de infraestrutura e serviços, os quais compete ao Poder Público viabilizar por meio da sua função administrativa.

A política pública de habitação e a ação da regularização fundiária, como parte de uma macropolítica de desenvolvimento urbano, desempenha importante e destacado papel para a efetivação do direito à moradia. A inclusão social é uma possibilidade a ser realizada pela ação de regularizar, fortalecendo sua compreensão como matéria de interesse público, tendo em vista o dever de promover o bem-estar geral a todos que componham o grupo social e busquem sua realização.

---

<sup>407</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 58.

## **CAPÍTULO 4 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL**

A questão fundiária nas cidades e os conflitos surgidos a partir das diferentes formas de apropriação do solo urbano, em que a população de baixa renda, abandonada pelo Poder Público, produz sua moradia à revelia da especulação imobiliária e à margem da legislação urbanística, se desenvolvem tornando a necessidade por habitação o ponto nodal da política urbana no Brasil.

A exclusão social e a ilegalidade andam de mãos dadas produzindo grandes aglomerados de pessoas que realizam sua necessidade de ter onde morar em locais de extrema pobreza e risco social. Da alternativa que lhes resta, é na ocupação irregular de áreas ambientalmente frágeis, imóveis antigos desocupados por descaso público ou privado, margens de vias férreas, dentre outros, que se estabelece a crônica da clandestinidade.

Os assentamentos informais são mais regra do que exceção no traçado das cidades, sejam elas grandes, médias ou de pequeno porte. Seu desenvolvimento requer uma intervenção ampla por parte do Poder Público compromissada com a ordem constitucional, respeitada a configuração jurídica e política do Estado brasileiro, em que o Município tem um papel de destaque ainda que enfrente uma série de limitações, tal como a financeira.

Diante desse quadro, o processo de regularização fundiária em áreas onde não há impedimento intransponível, como os riscos ambientais urbanos que ameaçam direta ou indiretamente a integridade física dos seus ocupantes ou de quem os circunda, se firma como solução possível e necessária à promoção da moradia adequada.

A implementação da política de regularização solicita a composição de um rol de ações públicas de curto, médio e longo prazo, com o objetivo preciso de modificar a realidade dos assentamentos. Para tanto, é necessária a utilização de alguns instrumentos de natureza jurídica e urbanística que autorizem o tratamento especial nas áreas ocupadas por assentamentos informais, sendo a declaração de zonas especiais de interesse social uma importante ferramenta nesse processo.

O presente capítulo apresenta a incidência da regularização fundiária de interesse social em assentamentos informais descrita pela Lei n.º 11.977/2009, sua importância para a viabilização da moradia, demonstrando que as intervenções podem ganhar cor e transformar a realidade ao lado de instrumentos como as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, como o usucapião urbano especial, como a concessão de uso especial

para fins de moradia - CUEM e a concessão real de direito de uso – CDRU.

Na sequência, é feita a análise de sua interface com alguns diplomas legais que flexibilizam a possibilidade das intervenções urbanísticas para viabilizar a moradia sem destruir ou prejudicar o meio ambiente, descrevendo também o papel dos agentes públicos e privados em todo esse processo.

#### **4.1. ASSENTAMENTOS INFORMAIS E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Os assentamentos informais, resultado de um processo de ocupação humana nos territórios de desenvolvimento urbano desregrado e excludente, têm raízes profundas que remontam à formação da sociedade brasileira<sup>408</sup>. Sua existência não é conjuntural e nem eventual, mas consequência do descompasso entre condições sociais e econômicas e os padrões urbanísticos estabelecidos em lei agregados à falta de organização e planejamento das esferas públicas competentes.

O território urbano foi sendo ocupado sem qualquer infraestrutura em concomitância com o crescimento da malha urbana, e a dinâmica da urbanização desenvolveu-se de tal forma que as cidades passaram a ser compostas por áreas ocupadas formal e informalmente.

Nesse contexto é que crescem as cidades brasileiras, compostas de habitações precárias e miseráveis, ocupando o solo urbano desordenadamente e informalmente, maltratando o meio ambiente e por ele sendo maltratadas, seja na periferia, seja próximo a regiões privilegiadas pelo poder econômico e pela atenção do poder público, verificando-se uma verdadeira miscigenação entre as diversas classes hoje identificadas, diferente do *apartheid* social outrora característico<sup>409</sup>.

Esse cenário marcante, que não permite mais o desconhecimento e o descaso público, foi e ainda tem sido coroado com batalhas pela extirpação de tais manchas urbanas, por meio de despejos forçados, políticas higienistas de desfavelização, entre outros, sem efetivamente resolver o problema central da falta de moradia para todos aqueles que resistem em usar e ocupar o solo urbano, ainda que lhes seja negado tal direito. E mais, a par da previsão constitucional pelo direito à moradia a ser provido também por meio da regularização fundiária.

<sup>408</sup>MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades – alternativas para a crise urbana*. 2a ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 22-23.

<sup>409</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 196-199.

Caracterizando o padrão de ocupação das cidades, portanto, estão os assentamentos informais por população de baixa renda<sup>410</sup>. A impossibilidade de acesso à terra urbana e à moradia pela oferta regular do mercado é o motor para que o grupo desprovido de direitos busque na ilegalidade a alternativa para realizar tal necessidade. Assim, os assentamentos humanos informais têm-se caracterizado por ocupações espontâneas, individuais ou coletivas, vilas, favelas, cortiços e loteamentos clandestinos autoproduzidos ou irregulares, onde imperam precárias condições de habitabilidade e a degradação ambiental é marca presente.

Tal dinâmica tem características próprias vinculadas a fatores externos como a dificuldade de acesso à terra urbana. Como a propriedade imobiliária é, em sua maioria, privada, o papel do Estado é imprescindível para que a oferta desse bem seja acessível, permitindo aos vários níveis sociais a ocupação formal do espaço urbano, o que na prática não ocorre.

Segunda Ermínia MARICATO<sup>411</sup>, o mercado residencial privado se restringe a uma parcela da população para quem o Poder Público investe seus esforços de manutenção. Ao contemplar um determinado grupo negligencia e abandona outro grupo social mais carente, aumentando o número de excluídos .

A regulação feita pelo Poder Público deve impor limites aos interesses privados e ao exercício individual do direito de propriedade, com base no princípio constitucional da função social da propriedade e da função social da cidade, por meio do Plano Diretor de cada município e da aplicação de leis e instrumentos urbanísticos de tal maneira que poderiam compor os conflitos existentes entre os atores envolvidos, muitos em condições desiguais, na busca por um espaço habitável<sup>412</sup>.

O que ocorre na prática é o controle do valor da terra urbana pelo mercado imobiliário, definido por uma série de fatores que inclui a especulação imobiliária e a oferta de bens e serviços pelo Poder Público.

---

<sup>410</sup> Embora seja possível também encontrar grupos sociais em melhores condições econômicas na mesma situação, como é o caso dos loteamentos irregulares ocupados pela classe média e também, em muitos casos, há condomínios residenciais e outros tipos de ocupação de alto padrão em situações de irregularidade fundiária. Essa realidade quebra o mito que associa a irregularidade unicamente aos grupos de baixa renda, porém não se costuma usar o termo assentamento para esses casos.

<sup>411</sup> Op. cit. p.120.

<sup>412</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.338.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>413</sup> explica,

“Na prática, o planejamento e a gestão, os padrões de controle, visando a garantir uma qualidade de vida nos assentamentos humanos, impostos pelas leis e instrumentos urbanísticos, tornam elevado o valor e o custo dos empreendimentos urbanísticos, gerando a concentração da renda imobiliária aos proprietários e incorporadores imobiliários. Associado ao processo de concentração da renda imobiliária, o valor da terra\propriedade urbana estabelecido pelo mercado formal exclui a maioria da população de ter acesso a esse mercado, uma vez que não dispõe de renda.”

Diante desse quadro, os assentamentos informais se institucionalizam como possibilidade de apropriação do solo urbano pela população de baixa renda, que não detém a propriedade e sim a posse da área que ocupa.

Esses assentamentos estão distantes de atender a quaisquer padrões urbanísticos e ambientais que traduzam vida adequada para seus ocupantes, sem contar com impacto sobre o meio ambiente, pois não raro estão sobre áreas de preservação ambiental, beira de córregos e vales, mananciais ou mangues. Tais áreas, protegidas por leis ambientais, estão impedidas de serem ocupadas, edificadas, o que as faz ter pouco valor de mercado. Descuidadas pelo Poder Público e sem interesse mercadológico, restam vazias e, normalmente, abandonadas, representando a única opção de moradia para determinado grupo de pessoas que delas se socorrem indevidamente.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>414</sup> descreve outros formatos de assentamentos que podem variar de acordo com as características locais. Refere-se à existência de ocupações coletivas de prédios públicos em regiões centrais da cidade, ocupações individuais e coletivas de espaços vazios sob pontes e viadutos, loteamentos clandestinos implantados por empresas privadas, imobiliárias, proprietários e cooperativas habitacionais em áreas impróprias ou de preservação ambiental, conjuntos habitacionais e loteamentos urbanos irregulares implantados pelo Poder Público, conjuntos habitacionais irregulares implantados por associações comunitárias, empresas e imobiliárias, além, como já dito, da existência dos cortiços e favelas.

Os assentamentos irregulares, nas várias configurações que se apresentam correspondem, cada tipo, a uma forma específica do processo de produção da moradia. Porém, têm como elemento central para sua caracterização a ausência de infraestrutura

---

<sup>413</sup>Op. cit., p. 338-339.

<sup>414</sup>Op. cit., p. 340.

que põe em risco a saúde e a vida daqueles que neles habitam.

A par da variação e dos diversos atores envolvidos na formação dos assentamentos, é possível identificar que a segregação<sup>415</sup> tem várias faces, podendo ser perpetrada tanto pela iniciativa privada, por vezes representada pelo mercado imobiliário perverso, quanto pelo Poder Público. Para alguns segmentos sociais, as ocupações espontâneas ou organizadas atendem à necessidade do grupo de despossuídos, dando solução imediata à demanda. Desde que estejam afastadas do seu campo de visão, segundo essa postura, podem ser toleradas.

As ocupações irregulares são consequências da exclusão territorial e da segregação sofrida por um grupo social que não é reconhecido como destinatário de direitos, já que sua situação econômica não lhe permite tal status. Esse é o retrato da sociedade capitalista que compõe as cidades por todo o mundo. Em um país em desenvolvimento como o Brasil, onde o histórico de atuação do Poder Público pouco ou nada garantiu à população de baixa ou nenhuma renda, a exclusão social pode ser verificada pela falta de acesso à moradia.

A busca dos grupos de baixa renda por uma moradia digna é um processo que avança desproporcionalmente às ações públicas por promoção do acesso a tal direito e que se soma à demanda reprimida materializada nos assentamentos apontados. Para enfrentar essa exigência, é preciso planejamento e ações que levem em conta a realidade de cada local, sua configuração territorial e o que a influencia, como os fatores sociais, culturais, econômicos e políticos, incluindo a revisão e a elaboração de legislação que atenda às necessidades de hoje, proporcionando o desenvolvimento ordenado das cidades no futuro.

Modificar o quadro de irregularidades urbanas é um desafio para o Poder Público, impossível de ser ignorado, tendo em vista tratar-se o urbanismo de uma função pública que implica o dever de agir. No entanto, o dever de agir não se dá somente na busca da solução para a cidade ilegal, mas também deve observar prospectivamente o futuro para evitar a repetição das situações que hoje estão consolidadas e tanto refletem na vida urbana, prejudicando o funcionamento do Estado, causando mal ao meio ambiente e ao cidadão urbano .

---

<sup>415</sup>O termo está sendo utilizado sob a perspectiva de entendimento de Yves Grafmeyer, reproduzida por Betânia de Moraes Alfonsin, como sendo a “oportunidade desigual de acesso aos bens materiais e simbólicos oferecidos pela cidade”. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.202.

Para Carlos Ari SUNDFELD,

“A ligação constitucional entre as noções de “direito urbanístico” e de “política urbana” (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse direito, que surge como o direito de uma “função pública” chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política.<sup>416</sup>”

O dever de agir implica promover o funcionamento das funções sociais da cidade mediante a ação de planejamento e a execução de planos que incluem o diálogo com várias outras políticas transversais à questão urbana, tal como a política de desenvolvimento econômico e social e a política ambiental.

Se a crise urbana em torno do crescimento desregrado das cidades brasileiras, com todas as suas mazelas, permitiu a construção e aprovação de um capítulo sobre política urbana no texto constitucional de 1988, sedimentando o dever de planejar para o Administrador Público<sup>417</sup>, o Estatuto da Cidade com suas diretrizes e instrumentos jurídicos e urbanísticos de indução das funções sociais da propriedade e da cidade firmou a nova ordem urbanística brasileira.

A realidade urbana cada vez mais caótica, a ação dos movimentos sociais unidos a profissionais comprometidos com a questão da moradia urbana, o novel conteúdo de normas urbanísticas e a imposição constitucional, para alguns municípios, pela elaboração do plano diretor têm contribuído para as mudanças que, aos poucos, estão ocorrendo no planejamento de políticas para habitação.

O plano diretor, como instrumento básico de política urbana municipal, aos poucos, vem sendo utilizado adequadamente na condução dos planos de urbanização, colaborando com o entendimento de que é preciso agir no sentido de promover o acesso à moradia pela produção de habitação social, além de reconhecer a cidade ilegal, inserindo-a no contexto da legalidade urbana.

No dizer de Nelson SAULE JÚNIOR,

“A utilização das garantias constitucionais e instrumentos legais para a adoção nas áreas

<sup>416</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson. FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49.

<sup>417</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betania. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.11.

urbanas de políticas urbanas e habitacionais que permitem o acesso à terra e à moradia adequada a grupos vulneráveis, a urbanização e regularização fundiária das favelas, a melhoria das condições habitacionais dos cortiços, a oferta de habitações para a população moradora de áreas de risco de vida e/ou saúde, resultam na eficácia jurídica do direito à moradia<sup>418</sup>.”

Dentro da política nacional de habitação social, a regularização fundiária se firma como instrumento imprescindível em ações públicas de viabilização da moradia em assentamentos humanos irregulares, desde que atendam a determinados requisitos e que, diante da degradação ambiental existente, representem a possibilidade de preservação e proteção pela urbanização a ser promovida pelo Poder Público.

A regularização fundiária é uma política pública viabilizadora do acesso à moradia adequada, se configurando como um componente da política urbana para habitação, já que se materializa em um conjunto de ações articuladas voltadas a modificar a realidade de quem habita em áreas irregulares, concretizando o direito constitucionalmente garantido.

O lançamento do programa governamental Minha Casa Minha Vida pela Lei n.º 11.977/2009, garantiu uma série de definições legais sobre a regularização fundiária de interesse social e de interesse específico em assentamentos urbanos irregulares, que estavam sendo discutidas no âmbito do Projeto de Lei n.º 3.057/2003. A Lei não só trata de definir ações administrativas para habitação como também reconhece na regularização a sua importância dentro desse processo como um conjunto de ações articuladas finalisticamente vinculadas à concretização do acesso à moradia adequada em áreas irregulares.

Ainda, no âmbito da Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009, tem-se a previsão da regularização fundiária em áreas urbanas e rurais, para ocupações incidentes em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal. Ambas as leis indicam a atividade da regularização fundiária como solução que permite viabilizar a moradia dentro dos parâmetros adequados indicados pelo Estatuto da Cidade, reforçando a concepção sobre o dever público de implementá-la quando as condições jurídicas, urbanísticas e ambientais para tanto se apresentarem.

A Lei n.º 11.977/2009, a qual melhor embasa o estudo em questão, institui um programa de investimentos habitacional tanto em áreas urbanas como rurais, a ser

---

<sup>418</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.175.



implementado pelos Municípios em parceria com a União e os Estados, dispondo também sobre o disciplinamento da regularização fundiária em áreas urbanas. Prioriza famílias de baixa renda que habitam em assentamentos irregulares e cria dois novos instrumentos de auxílio e execução da política urbana nacional, a demarcação urbanística para fins de regularização fundiária e a legitimação da posse.

No âmbito da lei fica estabelecida a responsabilidade de o Poder Público promover a regularização fundiária de interesse social ou de interesse específico, tendo em vista que a previsão da regularização dos assentamentos informais visa atender aos preceitos do direito à moradia, das funções sociais da propriedade e das cidades, incluindo a interface do direito à moradia com o direito ao meio ambiente.

A lei descreve o cabimento da regularização apontando vários requisitos a serem preenchidos para os casos de manutenção da população assentada, tais sejam os casos de áreas em que há direitos reais constituídos com base na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade ou em Zonas Especiais de Interesse Social definidas pelo Município.

Ainda, considera assentamentos irregulares aquelas ocupações inseridas em parcelamentos irregulares ou informais localizados em áreas urbanas, públicas ou privadas, consolidadas ou não. A área urbana pode ser contínua ou não, mas deve estar incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica.

As áreas urbanas consolidadas e preenchidas por assentamentos informais ou irregulares serão reconhecidas como tais se se apresentarem como parcela de área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare, malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos equipamentos de infraestrutura urbana implantados, identificados como drenagem de águas pluviais urbanas, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, distribuição de energia elétrica e (ou) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos.

É de se destacar que a possibilidade de regularização fundiária em assentamentos informais ou irregulares em áreas urbanas consolidadas ou não está vinculada ao planejamento urbano, em que devem estar identificadas as áreas de interesse social do município destinadas à moradia social. A ação pública de promover o acesso à moradia se conduz dentro dos parâmetros que recomenda o Estatuto da Cidade, respeitando rigorosamente o que ficou definido pelo Plano Diretor Municipal.

Não se trata de atender a toda demanda que se apresente ao Município, tornando-o segurador universal do direito à moradia, sem critérios, desconsiderando os fatores reais e formais que podem impedir a atuação do Poder Público. Os entes federativos com

problemas de déficit habitacional solucionados ficcionalmente pelo surgimento de assentamentos irregulares devem elaborar sua política habitacional no âmbito da elaboração do Plano Diretor determinado as áreas onde atuar na promoção do direito à moradia.

Compete ao Poder Público o dever de agir, no exercício da sua função administrativa, na promoção de uma política urbana que priorize a melhora das condições de vida nas cidades, o que inclui, a partir da nova ordem legal urbana, a urbanização e regularização dos assentamentos irregulares. Os Municípios devem perseguir tais objetivos e combater as desigualdades sociais, adotando políticas, programas e ações para assegurar e tornar efetivo o direito à moradia.

A legalização e urbanização das áreas consolidadas e ocupadas por população de baixa renda garantem o direito à moradia e à proteção e melhoria ambiental, implicam investimentos na implantação de rede de esgoto e tratamento de resíduos, recuperação e canalização dos córregos afetados com a reposição de áreas verdes e também com educação ambiental. É claro que essas medidas não são entendidas como únicas e nem isoladas, mas compõem um grupo de ações que podem promover justiça social a partir do direito à moradia.

Embora a Lei n.º 11.977/2009 autorize a regularização por etapas<sup>419</sup>, o conceito de regularização fundiária está descrito no artigo 46 como conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim definida, a regularização fundiária pode ser tratada como uma política a ser conduzida pelo Poder Público por meio de um “conjunto de processos juridicamente regulados”<sup>420</sup> que visam permitir o exercício justo e adequado do direito de morar para aquelas pessoas que buscaram sua realização na informalidade.

---

<sup>419</sup>Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

I – as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;

II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

III – as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

IV – as condições para promover a segurança da população em situações de risco; e

V – as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

§ 3º A regularização fundiária pode ser implementada por etapas.

<sup>420</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

É um grande avanço a possibilidade da fragmentação das ações, sob o ponto de vista da sua eficácia, o que quer dizer que uma situação de demanda judicial dominial, que demora mais para ser resolvida, não impedirá a intervenção urbanística dentro do processo da regularização. No entanto, alerta-se que se a regularização jurídica for a única atividade a ser encampada pelo Poder Público, este não estará dando cumprimento ao dever de exercer a função pública de atender aos comandos jus-urbanísticos declarados em lei.

Para além do conceito de regularização fundiária, a lei também indica, como acima mencionado, o que é a regularização fundiária de interesse social, vinculada diretamente à população de baixa renda, citada também no artigo 3.<sup>o</sup><sup>421</sup> que trata da definição dos beneficiários do programa e dos critérios de primazia em área urbana, prevendo, no seu parágrafo terceiro, a prioridade de atendimento para os moradores de assentamentos irregulares que, excepcionalmente, tiverem de ser relocados por se encontrarem em zonas de risco ou por outros motivos justificados pelo projeto de regularização fundiária.

O programa de regularização tem por objetivo promover, concomitantemente, a integração socioespacial das áreas ocupadas pela população de baixa renda e a segurança jurídica da posse de seus habitantes. Porém, não há possibilidade de ver esse processo curativo dar certo sem que haja a articulação de várias ações públicas dirigidas a seus ocupantes, o que inclui uma política social de geração de renda. Não basta legalizar os assentamentos e nem tampouco apenas urbanizar, é necessário dar condições de permanência aos membros dessa comunidade, o que requer um enfrentamento de dimensão muito maior, envolvendo vários setores da sociedade além das três esferas federativas.

Segundo Edésio FERNANDES<sup>422</sup>,

---

<sup>421</sup> Art. 3o Para a definição dos beneficiários do PMCMV, devem ser respeitadas, além das faixas de renda, as políticas estaduais e municipais de atendimento habitacional, priorizando-se, entre os critérios adotados, o tempo de residência ou de trabalho do candidato no Município e a adequação ambiental e urbanística dos projetos apresentados.

§ 3º Terão prioridade como beneficiários os moradores de assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda que, em razão de estarem em áreas de risco ou de outros motivos justificados no projeto de regularização fundiária, excepcionalmente tiverem de ser relocados, não se lhes aplicando o sorteio referido no § 2o.

LEI N.º 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

<sup>422</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: ALFONSIN, Betania. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.17.

“ Em grande medida, a informalidade urbana no Brasil, no tocante ao acesso a terra e à moradia decorre da tradição civilista e dos direitos individuais, bem como do caráter elitista das leis urbanísticas brasileiras. Aqueles municípios que fizeram algum esforço de planejamento urbano fizeram-no de forma a desconsiderar as realidades socioeconômicas das cidades, reservando para os pobres os lugares fora das áreas do mercado, tais como áreas públicas ou ambientalmente inadequadas à presença humana.”

Nesse sentido, a Lei n.º 11.977/2009 incorporou o texto do projeto de lei n.º 3.057/2000 que propõe alterações na Lei n.º 6.766/79 ainda em tramitação no Congresso Nacional, trazendo para o núcleo da questão social do acesso à moradia a regularização fundiária de interesse social.

A Lei declara a regularização fundiária como uma política fundiária que integra a ordem urbanística, com o objetivo de promover o direito à moradia e o direito às cidades sustentáveis. A regularização fundiária passa a ser entendida como uma ação que compõe a política urbana que será desenvolvida no Município.

As diretrizes definidas pelo Estatuto da Cidade são observadas e reforçadas pela Lei n.º 11.977/2009 sedimentando a necessária vinculação da regularização com as demais políticas públicas que com ela devem transversalizar. Se o fundamento da regularização é a manutenção da população assentada no local por ela ocupado, sem um conjunto de medidas que induzam ao desenvolvimento socioeconômico, que interrompa o ciclo de exclusão social, os investimentos públicos serão inócuos, não garantindo a sustentabilidade de suas ações.

Sem a regularização de interesse social o Poder Público teria dificuldades em garantir o acesso à moradia da maneira como deve, tendo em vista os diversos fatores que envolvem a questão da habitação social no país, à tona quando dos debates em torno das mudanças propostas para uma nova concepção de responsabilidade territorial.

São muitos os problemas envolvendo a legislação processual, urbanística, ambiental e cartorária em vigor, tendo em vista o conservadorismo de seu conteúdo e também sua desatualização diante da realidade contemporânea, em que pese os avanços em algumas áreas, notadamente a ambiental. O fato é que ainda são muitos os empecilhos e dificuldades na implantação de projetos de regularização fundiária.

A regularização fundiária de interesse social permite a adequação do Direito à

realidade social<sup>423</sup>, conduzindo a atividade administrativa – braço executivo do Estado de Direito – a produzir as condições básicas de bem-estar social, corrigindo as distorções geradas pela desigualdade das relações socioeconômicas e promovendo a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização.

A previsão legal da regularização fundiária de interesse social em assentamentos urbanos é mais uma conquista que dá solidez à nova ordem jurídico-urbanística, permitindo mais controle do uso, ocupação e parcelamento do solo e também a preservação ambiental, além de disciplinar o direito coletivo à regularização fundiária, inter-relacionado com o direito à moradia e o direito à cidade sustentável. Não restam dúvidas sobre o dever público de garantir as funções sociais da cidade, dentre elas o exercício do direito de morar bem, com dignidade, que inclui um conjunto de ações para melhorar a moradia em regiões e situações precárias.

Para a promoção da moradia, a regularização de assentamentos urbanos é uma grande alternativa de investimento, pois se volta ao melhor aproveitamento do espaço urbano já construído, envolvendo a comunidade diretamente na ação e responsabilizando-a pela conquista. Cria condições para a promoção de inclusão social e desenvolvimento sustentável aumentando os limites da ação do Poder Público na determinação de uma ordem urbana mais equilibrada e justa.

Ao criar critérios para aprovação de projetos de regularização em assentamentos irregulares, em terras públicas e privadas, a Lei n.º 11.977/2009 permite ao Poder Público otimizar as ações em torno da demanda habitacional, levando em conta as realidades socioeconômicas de produção da moradia nas cidades brasileiras, bem como as condições efetivas da capacidade de gestão municipal, já que a diversidade de situações urbanísticas e ambientais permanece em cidades com condições e possibilidades muito diferentes de intervenção<sup>424</sup>.

A regularização fundiária poderá ser desenvolvida em áreas urbanas consolidadas ou não, desde que respeite determinados requisitos, garantindo a inclusão social e territorial das populações economicamente frágeis na cidade legal. A integração das diversas áreas que envolvem o desenvolvimento de uma cidade não foi desconsiderada pelo legislador, determinando sejam observadas as diretrizes gerais emitidas pelo

---

<sup>423</sup>Cabe dizer que a interpretação da lei tão-somente como um mecanismo de solução de conflitos não permite viabilizar a justiça social defendida no texto constitucional, solicitando uma mudança de comportamento comprometido com os princípios e valores tão bem delineados na Constituição Federal.

<sup>424</sup>FERNANDES, Edésio. Por uma Lei de Responsabilidade Territorial. In: ALFONSIN, Betania. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.354-355.

Estatuto da Cidade a serem agregadas aos princípios<sup>425</sup> que regem o processo de regularização.

As políticas públicas a serem desenvolvidas pelo poder local são recomendadas pela lei, sempre no sentido de fortalecer o investimento em habitação social, respeitando as características dos assentamentos e de seus assentados, indicando como prioridade a permanência da população na área ocupada. Tal recomendação determina que sejam criadas condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental para a promoção da moradia adequada.

A moradia adequada pode ser identificada como aquela que se caracteriza pela segurança da posse, a disponibilidade de serviços e infraestrutura, condições físicas e salubres para moradia, em localização acessível servida por transporte público e ainda que esteja inserida na cidade, sem desprezar os padrões culturais e habitacionais originários dos usos e costumes da população assentada.

O sucesso do investimento em habitação social depende do grau de intervenção e articulação das várias políticas que induzam ao desenvolvimento individual e coletivo da comunidade destinatária da regularização, não se tratando de distribuição de propriedades mas de reconhecimento do direito à moradia adequada. Ao apontar para ações organizadas de integração social e geração de renda, provenientes dos três níveis de governo, bem como para a participação da população envolvida, do estímulo a soluções pacíficas extrajudiciais e a concessão da titulação preferencialmente para a mulher, reconhece uma série de critérios reais que auxiliarão na manutenção da população beneficiada, evitando o abandono da área regularizada<sup>426</sup>.

Ao defender a presença sustentável dos assentados não se defende, como aponta Edésio Fernandes, “amarras” para o beneficiado pela intervenção regularizadora da terra urbana, impedindo sua autonomia e quiçá a alienação do imóvel legalizado; antes, se trata de apontar para a necessidade de proteger tais áreas que se destinam a habitação social para que os beneficiários sejam sempre pessoas carentes do acesso a tal bem,

---

<sup>425</sup> Entende-se que a regularização fundiária reconhecida como instituto jurídico e político de ação do Poder Público se encontra sob a égide de vários princípios, talvez não específicos do próprio instituto, mas reflexo do que representa, no âmbito do Estado Democrático e Social de Direito. Sendo assim, a regularização fundiária estaria regida pelo princípio da função social da propriedade, da justiça social (o que impede, em certa medida, seu uso em situações que envolvem grupos de pessoas com poder aquisitivo elevado), da igualdade, princípio democrático, republicano e da participação popular, princípio da integração social, dentre outros.

<sup>426</sup>FERNANDES, Edésio. *A natureza curativa dos programas de regularização fundiária, regularização da terra e moradia. O que é e como implementar*. Instituto Pólis (coord.). Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE. Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra despejos, São Paulo, 2002, p.21-22.

possibilitando que continue a cumprir sua função social.

O Município é o ente competente para implantar a política urbana local, com a obrigação, nos termos da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, de elaborar um Plano Diretor. A definição da função social da propriedade urbana e das áreas onde e como irá investir em habitação social, pelo Plano Diretor, é essencial para executar ações que assegurem o desenvolvimento da cidade e de suas funções sociais, principalmente o acesso à moradia adequada.

A elaboração do Plano Diretor é definidor da política urbana a ser seguida pelo Município, envolvendo a decisão sobre quem será atendido pelas políticas públicas de habitação social. Nos casos de Municípios que não estejam obrigados a elaborar Plano Diretor, cabe a o planejamento urbano materializado em lei específica que cuide do assunto.

Nos termos da Lei n.º 11.977/2009, a regularização fundiária de interesse social em assentamentos irregulares terá seu acionamento disposto pelo Município em questão, não podendo deixar de ser implementada por falta de regulamentação específica, o que reforça o dever de regularizar por parte do Poder Público.

Os Estados, a União e o Distrito Federal também podem promovê-la, reconhecendo que tal atividade se trata de ação de interesse público viabilizar o exercício do direito de morar adequadamente por meio do processo de regularização.

A lei se embasa na previsão constitucional do direito à moradia, reforçando o dever de *promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, bem como de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos*<sup>427</sup>, de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Está previsto na Lei n.º 11.977/2009 quem pode implementar o processo de regularização fundiária, com destaque para os próprios beneficiários individual ou coletivamente e os atores privados que representam interesses coletivos, como é o caso das associações legalmente constituídas que tenham por finalidade *atividades nas áreas*

<sup>427</sup> **Art. 23** - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

**IX** - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

**X** - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

*de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária*. Podem ser associações de moradores da comunidade ou de cooperativas habitacionais regularmente constituídas, com personalidade jurídica e autorização expressa de seus representados, bem como associações civis sem fins lucrativos que tenham como atribuição estatutária prestar serviços e promover medidas administrativas, jurídicas e judiciais para fins de regularização fundiária.

Tal previsão tem fundamento no direito subjetivo dos ocupantes<sup>428</sup> à regularização, bem como a garantia da participação ativa do cidadão, a ser estimulada pelo Poder Público como característica do Estado Democrático. A proteção e previsão da participação dos envolvidos no processo fortalecem a cidadania da população assentada e induzem a um comportamento reivindicatório consciente dos direitos que lhes são garantidos constitucionalmente, como o direito a posse, a propriedade e à moradia adequada.

O que na prática já ocorre tendo em vista, inclusive, o papel desses atores na construção do novo marco jurídico-urbanístico, merece apenas o comentário sugerindo cuidados quando a regularização é promovida por entidade estranha à Administração Pública local. Sua atuação não exime o Poder Público do investimento em políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico e cultural, pois tais investimentos também fazem parte do processo e devem ser implantados e implementados pelos órgãos públicos competentes, em uma ação contínua, ainda que ocorra assessoria de organismos privados.

O papel dos organismos não-governamentais tem importância cada vez maior na luta por direitos, especialmente, sociais. São atores relevantes nos processos de mobilização e mudanças sociais, seja apoiando diretamente as populações carentes, seja assessorando o Poder Público comprometido com tais direitos e muitas vezes desprovido de recursos institucionais e financeiros para viabilizá-los. Sua maior função tem sido o apoio à construção e ampliação do acesso à esfera pública pelos menos favorecidos.

Em relação aos instrumentos utilizados para o processo de regularização fundiária, são em parte originários diretos da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, e outros, como a demarcação urbanística e a legitimação da posse são inovações sugeridas no âmbito do PL n.º 3.057/2000 e que foram incorporados pela Lei n.º 11.977/2009.

O usucapião especial e a concessão de uso especial para fins de moradia são

---

<sup>428</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia de Moraes (org.), *Direito Urbanístico-Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.15.



instrumentos jurídicos que garantem a segurança da posse ao seu beneficiário, enquanto as Zonas Especiais de Interesse Social funcionam como instrumentos urbanísticos que permitem a intervenção regulatória a partir da flexibilização dos parâmetros legais de ocupação na área a ser regularizada.

Os instrumentos jurídicos supracitados serão analisados no próximo item, em conjunto com as Zonas Especiais de Interesse Social, dada a sua importância para a implantação da regularização fundiária. Cabe aqui a reflexão sobre os novos instrumentos indicados pela Lei n.º 11.977/2009 e inseridos no Estatuto, no seu artigo 4º, a partir de então.

A demarcação urbanística e a legitimação da posse são dois novos instrumentos introduzidos pela Lei n.º 11.977/2009 e por ela conceituadas, para compor a política de investimentos em habitação, auxiliando nas ações de regularização fundiária de áreas urbanas. A Lei n.º 11.952/2009 também se utiliza de tais instrumentos, mas não os define como faz a Lei que dispõe sobre a regularização fundiária de interesse social.

Nos termos da Lei n.º 11.977/2009, a demarcação urbanística é um procedimento administrativo a ser utilizado nos casos de regularização fundiária de interesse social, onde a Administração Pública deve proceder levantamento da área assentada elaborando mapas e memoriais definindo seus limites, localização, identificação dos assentados e seus confrontantes, destacando o tempo da ocupação e se há titulação sobre aquela posse.

A definição dada pela lei é a de que se trata de procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, buscando identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

Anote-se que, embora a regularização fundiária de interesse social possa ser promovida por entidades mistas que tenham por finalidade ações no campo da habitação ou por entidade particular autorizada pela Administração Pública com a mesma vocação, além dos próprios beneficiários, a demarcação urbanística e a expedição do seu auto só podem ser elaborados pelo Poder Público.

A demarcação urbanística permite compreender a dimensão das ações que precisam ser desenvolvidas para que se dê a regularização fundiária plena, com a melhoria das condições de habitabilidade e a provisão de equipamentos públicos e serviços necessários àquela comunidade. A demarcação urbanística, especialmente, cumpre o

papel de facilitar a regularização da situação de domínio, dentro do emaranhado que é a estrutura fundiária e cartorária das terras ocupadas, grande entrave para a promoção da regularização.

Sendo processo de investigação dos elementos que envolvem a ocupação, o novo instrumento agrega maior eficiência e efetividade à regularização. Tal entendimento parte do comando legal que determina que o projeto de regularização fundiária deva, e nisso não há contrário, proceder à identificação dos lotes e considerar as características da ocupação, além da área ocupada, para que possa definir os parâmetros urbanísticos específicos.

É no artigo 56 da Lei n.º 11.977/2009 que se encontra tal assertiva. A demarcação urbanística é uma pesquisa fundiária que gera o auto de demarcação, expedido com o objetivo de registrar em cartório a área a ser regularizada. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística o poder público deverá elaborar o “Projeto de Regularização Fundiária” para registro.

Se não receber nenhum tipo de impugnação ao procedimento de demarcação, o registro do projeto, que envolve o registro do parcelamento das áreas a serem regularizadas, permitirá o primeiro passo para a segurança da posse: a concessão do título de legitimação da posse.

Da demarcação urbanística e do auto que lhe segue, chega-se à expedição, pelo Poder Público, da legitimação da posse. Esse instrumento legal é definido pela Lei n.º 11.977/2009, em seu artigo 47, inciso IV como um ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse.

Trata-se de um ato administrativo precário, em que somente com o preenchimento dos termos indicados permitirá ao destinatário a conversão do título de posse em registro da propriedade, adquirido após 5 (cinco) anos da expedição do mesmo. A legitimação de posse é expedida pelo Poder Público servindo de garantia real e constituindo prova antecipada para usucapião urbano, instituto previsto no artigo 183 da Constituição Federal.

A legitimação não tem o poder de proporcionar a transferência de propriedade imobiliária. Trata-se de ato administrativo que cria a possibilidade de aquisição da propriedade imobiliária pela usucapião, não se constituindo em título ou qualquer direito real. Destina-se apenas ao reconhecimento do fato da posse, sem natureza de ato

expropriatório. Em sua previsão normativa está a descrição das condições<sup>429</sup> para que possa ser convertido em título de propriedade, a ser expedido pelo Poder Público competente, sem que seja necessária a intervenção judicial.

Com a previsão desses dois instrumentos, a segurança da posse, tão defendida pelos especialistas como um dos principais objetivos da regularização fundiária, ganha contornos reais de efetividade. Ambos prestigiam a situação de fato, ou seja, permitem a avaliação da situação a partir da realidade posta e irreversível, adaptando os demais planos para a regularização definitiva.

A demarcação urbanística define a área que receberá intervenção, indicando a situação do imóvel e as condições em que é ocupado, tudo no campo jurídico. Assim, permite que, não havendo impedimentos de nenhuma ordem, seja averbado no registro de imóveis o auto de demarcação para que fique gravada a sua condição. Não havendo matrícula do imóvel, procede-se com a sua abertura tendo como base o memorial apresentado após o levantamento das características da ocupação, impedindo que o parcelamento seja lembrado.

Os comandos para a atuação do Poder Público na área da habitação nunca foram tão precisos no sentido de encaminhar ações de promoção da justiça social. Ainda que a demarcação e o respectivo auto não sejam expedidos com a mesma rapidez com que são descritos, a função que exercem no processo de regularização é de ganho extraordinário diante das dificuldades existentes.

Com a demarcação urbanística registrada é possível, desde que tenha sido aprovado pelo Município, dar-se início ao projeto de regularização que deve conter, segundo a lei, as áreas ou lotes a serem regularizados, além das edificações que serão relocadas, se for o caso. Ainda, devem ser indicadas as vias de circulação existentes ou projetadas e, quando possível, as que deverão ser destinadas a uso público, as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais, as condições para promover a segurança da população em situações de risco e as medidas previstas para

---

<sup>429</sup>A legitimação de posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que:

I – não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;

II – não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente; e

III – os lotes ou fração ideal não sejam superiores a 250m<sup>2</sup>. LEI N.º 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

adequação da infraestrutura básica.

De posse de tais informações cabe ao Município, juntamente com a aprovação do projeto, a expedição das licenças que autorizam a intervenção urbana e ambiental. No caso da licença ambiental, esta dependerá da presença de órgão ambiental competente e também do Conselho Ambiental que deverá avaliar o projeto apresentado e exercer a fiscalização sobre as ações desenvolvidas. Trata-se da municipalização do licenciamento ambiental, desde que o este tenha condições formais e materiais para expedi-la, ou seja, a gestão plena do seu território.

A ideia proposta tem por objetivo integrar a gestão urbana e ambiental, e isto não é uma tarefa fácil. No âmbito da Administração Pública predomina a visão setorial, e, apesar do grande avanço na formulação de instrumentos urbanísticos ou ambientais, estes continuaram com a característica mais conservadora da atuação administrativa, agindo separadamente.

No entanto, a nova Lei busca materializar a relação institucional entre as áreas urbana e ambiental, de maneira que sua articulação dependa mais do comando legal do que da vontade psicológica dos agentes envolvidos, que não poderia, em nenhum caso estar dissociada do comando normativo. Sua integração deve agilizar os procedimentos para o licenciamento, melhorando a qualidade das diretrizes a serem atendidas já que a análise ocorre de forma integrada.

Faz -se aqui um parêntese para lembrar que a licença, urbanística e (ou) ambiental, é expressão da função administrativa e tem sido um dos principais instrumentos de controle utilizados pelo Poder Público com o objetivo conter e adequar atividades que possam causar dano ao bem-estar público. Entende-se que a licença tem a finalidade de declarar que o pleiteante está em condições de exercer um direito que lhe foi anteriormente garantido por lei, ou seja, de forma adequada ele poderá ser exercido em harmonia com os interesses da sociedade, pois a eles está vinculado por disposição normativa<sup>430</sup>. Portanto, a licença pode ser entendida como ato administrativo vinculado, condição para o exercício de um direito subjetivo preexistente que está condicionado a avaliação de adequação normativa<sup>431</sup>.

A atividade de licenciar reflete a atividade estatal responsável pela tutela do interesse público pertinente aos interesses da sociedade<sup>432</sup>, no caso a implantação de um programa

<sup>430</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime Jurídico das Licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.22.

<sup>431</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed., rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p.331.

<sup>432</sup> Adota-se o conceito de *interesse público* abordado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. “[...] o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando

de regularização fundiária, agindo de forma a averiguar a possibilidade da viabilização do exercício do direito pleiteado, sem que esse prejudique ou ameace o bem estar coletivo, ainda que o solicitante seja o próprio Poder Público. Isso quer dizer que não caberia o debate conflituoso e nada republicano entre setores que têm por finalidade cuidar do interesse público, ainda que atuando em áreas diferentes.

Infelizmente, as dificuldades de diálogo entre as duas áreas sempre foi um óbice ao desenvolvimento da regularização fundiária. São muitos os assentamentos localizados em áreas ambientalmente sensíveis e a previsão articulada dos licenciamentos, impondo a existência de Conselho Ambiental e órgãos municipais aparelhados, pode retirar, aos poucos, as sobreposições de conteúdo e conflitos de competência entre os entes da federação. Tal situação poderia permitir, inclusive, uma ação fiscalizatória mais eficiente, já que feita de forma conjunta.

Embora tenha sido alvo de inúmeras críticas quando da proposta do PL n.º 3057/2000, o licenciamento integrado foi contemplado pela Lei n.º 11.977/2009 declarando a compreensão sobre a competência municipal para a expedição de licença ambiental respaldada no interesse local e na competência suplementar.

Os questionamentos são de diversas ordens, o que inclui o receio de esvaziamento das competências estaduais e federais como também a incapacidade de alguns municípios em exercer tal atividade. Tal argumento esquece o papel do município na área ambiental, que deve ser ativo e operante, cabendo-lhe planejar, executar e monitorar a política ambiental integrada ao planejamento urbano municipal, além de permitir que ocorra a gestão integrada entre Municípios ou entre Município e Estado, Município e União.

O planejamento ambiental é uma vertente do planejamento municipal e deve estar inserido no Plano Diretor. No contexto das cidades, as áreas são dependentes, reconhecida a sua transversalidade quando se fala em direito à cidade sustentável.

A visão setorial da questão está presente em todos os órgãos públicos seja no Executivo, Judiciário e (ou) Legislativo. No entanto, a intervenção irregular no meio ambiente é feita à revelia de tal repartição de temas e ocorre muito rapidamente. No caso dos assentamentos irregulares em áreas de preservação, a presença da ação municipal é de grande relevância para o impedimento de tais situações, tanto quanto para prover acesso à moradia para aqueles que não têm condições de obtê-la por si só.

A regularização fundiária de interesse social sedimentou-se como um dever de

atuação pública dentro da competência para urbanizar, viabilizando o direito à moradia, à cidade e às funções que ela deve exercer, promovendo a cidadania. É uma ação interdisciplinar que envolve diversos atores, públicos e privados, órgãos públicos a quem cabe expedir decisões administrativas importantes e significativas para dar cumprimento à política pública de habitação social e proteção do meio ambiente, sem espaço para a fragmentação de análises com resultados contraditórios que, até hoje, têm dificultado a efetivação do processo de regularização.

O debate sobre a municipalização da licença ambiental foi superado legalmente com a instituição da figura do licenciamento integrado, ainda que não haja definição sobre como a Administração Pública municipal lhe dará forma e quais os caminhos para sua implantação. Cabe a cada ente da federação definir sobre sua organização administrativa e as diretrizes gerais para a expedição da licença conjugada deverão ser seguidas em acordo com a estrutura que possui cada Município.

Importante avanço ocorreu com a posição marcada pelo texto legal, no sentido de definir que a política habitacional de interesse social, urbana e rural, se desenvolverá a partir de determinadas ações que envolvem a utilização de instrumentos urbanísticos e ambientais, dentre eles a licença integrada, a ser expedida pelo Poder Público concomitante a aprovação do projeto de regularização fundiária de interesse social.

Embora ainda não se tenha a dimensão do como se dará o processo de licenciamento integrado, a gestão plena do Município fica aqui reconhecida juridicamente como necessária. O processo de regularização, que prevê intervenções nas mais diversas áreas tem mais um aliado para sua materialização completa.

Sobre essa questão, importante seria municiar o ente com condições para o exercício da gestão plena, o que garantiria a seriedade e competência da licença integrada. De qualquer forma, quando se apresentassem casos em que a área a ser regularizada estivesse sediada entre dois ou mais Municípios, tal ação causaria impacto para além de um só território, o que exigiria a presença do Estado ou até mesmo da União na expedição de licença ambiental.

Passando a outro ponto, identifica-se uma questão que diverge nitidamente do conjunto de regras e princípios incorporados pela Lei n.º 11.977/2009. Aponta-se para a classificação dada à regularização fundiária, dividindo-a em regularização de interesse social e de interesse específico, que parece querer tratar todo o tipo de ocupação irregular pelo mesmo fundamento.

A regularização por interesse específico diz respeito aos casos de informalidade

urbana envolvendo grupos de maior poder aquisitivo, como, por exemplo, a ocupação dos loteamentos fechados e condomínios urbanísticos que não têm base jurídica plena na ordem jurídica em vigor. Não se caracterizam, de maneira alguma, como parcelamentos ou assentamentos para população de baixa renda, além de se tratar de público que possui condições de prover sua moradia de forma adequada, contariando peremptoriamente os princípios que fundamentam a ação de regularizar.

Não há dúvidas de que a nova ordem urbanística autoriza e comanda o dever de regularizar áreas em situação irregular, desde que preenchidos os requisitos necessários. No entanto, parece incoerente, à luz dos princípios constitucionais e das diretrizes urbanísticas, o tratamento igualitário de situações completamente diversas, ocorridas também em condições diferentes daquelas que motivam a ocupação irregular para fins de moradia por população de baixa renda.

A Lei n.º 11.977/2009 tem por fundamento a promoção prioritária do direito à moradia para população de baixa renda, tratando, portanto, de uma política pública de cunho social em que os grupos de média e alta renda dificilmente se enquadram. Sua finalidade é permitir que a terra urbanizada esteja acessível a todos e que as condições de habitabilidade, que devem compor o exercício do direito de morar, possam ser usufruídas por todos os que vivem nas cidades. No caso, aqueles que não possuem condições para auto promover sua moradia provocadas por situações que envolvem especialmente seu *status* social, econômico e cultural.

A regularização fundiária de interesse social deve atender a grupos de pessoas de baixa renda que estejam assentados em área declarada como Zona Especial de Interesse Social, nos casos em que a posse dos imóveis possa ser assegurada por Usucapião Especial Urbano, no caso de terras particulares e (ou) por Concessão de Uso Especial para fins de moradia, nos casos de terra públicas, como também nos casos em que ao ser identificada a ocupação em terrenos públicos, seja declarado o interesse público pela implantação de tal projeto.

A Lei n.º 11.977/2009 descreve o dever de regularizar indo além do que foi a Lei n.º 6.766/1979 e o Estatuto da Cidade. A previsão feita no artigo 52 da supracitada Lei prevê o seguinte:

Art. 52. Na regularização fundiária de assentamentos consolidados anteriormente à publicação desta Lei, o Município poderá autorizar a redução do percentual de áreas destinadas ao uso público e da área mínima dos lotes definidos na legislação de

parcelamento do solo urbano.

Cunhada sob o fundamento da promoção do direito de morar adequadamente, além de regular as situações presentes, absorve também situações em que a decisão de regularizar é anterior a sua publicação, autorizando o Poder Público a modificar percentuais relativos às áreas de destino público ou para ocupação formal dos assentados, que estivessem sob a regência da Lei de Parcelamento do Solo, n.º 6.766/1979. Desse modo, permite dar seguimento à intervenção nessas áreas a partir de uma concepção precisa sobre a regularização fundiária de interesse social, garantindo maior justiciabilidade na ação pública.

Com tal previsão os padrões de urbanização podem ser melhor adequados às características da ocupação, sempre lembrando que os princípios que regem o processo de regularização plena equilibram a relação entre o direito à moradia, o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e o direito às funções da cidade.

Com a nova lei, a regularização fundiária ganha dimensão social e densidade jurídica inusitadas, conduzindo o Poder Público a cumprir seu papel de promotor e protetor dos direitos para além da garantia declarada no texto constitucional. A regularização propõe-se a eliminar a ilegalidade gravada no exercício legítimo do direito à moradia, imposta a pessoas sem condições de provê-la legalmente.

A ampliação do acesso à terra urbanizada com a produção de habitações sociais e a regularização de situações precárias já existentes é um dever público. Tal ação cumpre o papel de prover o acesso ao direito à moradia, reequilibrando a relação entre a Lei e a realidade.

Nesse contexto é que se apresenta a análise dos principais instrumentos para a implantação da regularização fundiária: as zonas especiais de interesse social, o usucapião especial urbano, a concessão especial de uso para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

#### **4.2. ESPECÍFICOS INSTRUMENTOS PARA A AÇÃO DE REGULARIZAR: ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL – ZEIS, USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO, CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA E A CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO**

A promoção da regularização fundiária em assentamentos precários impõe uma série



de ações urbanísticas e jurídicas, já que seu objetivo é legalizar a permanência dos moradores que vivem em desconformidade com a lei, acolhendo os padrões urbanísticos específicos adotados pela população nas ocupações, garantindo também a sua sustentabilidade. Para tal empreitada, o zoneamento<sup>433</sup> por si só não é suficiente. É necessária uma definição mais específica, indicando que o território destinatário da intervenção dirige-se a uso especial de interesse social e que merece e pode ser encarado de forma diferenciada, de acordo com as tipicidades do local, o que inclui a análise do território ocupado, seja de titularidade pública ou privada.

Diante dessa constatação, poderão ser utilizados específicos instrumentos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade, o Usucapião Especial Urbano, a Concessão de Uso Especial para fins de moradia e a Concessão de Direito Real de Uso, viabilizando a moradia adequada na regularização fundiária.

#### 4.2.1. ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL – ZEIS

Entre os instrumentos urbanísticos de planejamento têm-se o zoneamento para o uso e a ocupação do solo que, nas palavras de José Afonso da SILVA, pode ser entendido “como um procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: destinado a fixar as diversas áreas para o exercício das funções urbanas elementares”<sup>434</sup>.

O zoneamento divide o território urbano, ordenando a cidade com a identificação das áreas e suas características. Deve considerar o ambiente natural e o construído, as atividades a serem desenvolvidas e a preservação do meio ambiente, condicionando a propriedade de acordo com as atividades existentes no município, a infraestrutura e os serviços, aliados aos seus aspectos sociais, econômicos e culturais.

Do uso do zoneamento como instrumento de planejamento surgem as zonas especiais auxiliando mais especificamente na implementação da política urbana para habitação, demarcando determinados espaços territoriais de maneira diferenciada<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup>Esse instrumento ficou marcado pelo histórico de manipulação que o utilizavam para garantir a manutenção dos interesses econômicos e políticos de determinado grupo social, induzindo políticas urbanas segregacionistas e excludentes, que condenavam a população pobre a viver ao largo da cidade, completamente marginalizada. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.197.

<sup>434</sup>SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4a. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 241.

<sup>435</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris

Nelas são estipuladas normas e índices urbanísticos próprios, permitindo a implementação de planos urbanísticos especiais, diferentes dos parâmetros e regras de uso e ocupação do solo. É um instrumento de aplicação da função social da cidade e da propriedade, possibilitando definir a área de maneira a auxiliar no desenvolvimento estratégico da cidade e na reorganização do território.

No quadro caótico das ocupações urbanas para fins de moradia, surge a figura da Zona Especial de Interesse Social – ZEIS na década de 1980, resultante das tentativas dos movimentos sociais em evitar a remoção dos assentamentos autoproduzidos e irregulares. Seu fundamento é garantir que tais ocupações sejam incorporadas à cidade legal, ainda que estivessem em desacordo com os padrões da legislação federal de parcelamento do solo - Lei n.º 6.766 de 1979.

Sua origem remonta ao uso de um determinado instrumento urbanístico identificado como PREZEIS na cidade do Recife, Estado de Pernambuco. Logo depois foi utilizada em Diadema, na região metropolitana de São Paulo, até ser prevista pela Lei federal Nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade<sup>436</sup>.

Como já dito, a Constituição de 1988 dá início a uma nova ordem urbanística representada por uma nova concepção de política urbana. Em 1999 a Lei n.º 6.766/79 sofre alterações significativas, operacionalizando a autonomia legislativa dos Municípios para a promoção de empreendimentos habitacionais de interesse social e para a regularização de assentamentos informais, prevendo o uso de zoneamento diferenciado.

Com a promulgação do Estatuto da Cidade, as ZEIS passam a ser previstas e identificadas como instituto jurídico e político<sup>437</sup> a ser utilizado na implementação de políticas de habitação social, especialmente nas ações de regularização de assentamentos ocupados por população de baixa renda, devendo estar previstas no bojo dos Planos Diretores Municipais.

O artigo 5.º da Resolução n.º 34, de 01/07/2005, expedida pelo Conselho das Cidades prevê a instituição de Zonas Especiais pelos Planos Diretores. Recomenda que seja considerado o interesse local na delimitação de áreas ocupadas por comunidades

---

Editor, 1997, p. 306.

<sup>436</sup>MARTINS, Maria Lucia Refinetti. *Moradia e Mananciais: tensão e diálogo na metrópole*. São Paulo: FAUUSP/FAPESP, 2006, p.40.

<sup>437</sup>Art. 4.º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

V – institutos jurídicos e políticos:

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1a ed. 2a tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.429 e seguintes.

tradicionais, áreas a serem regularizadas, áreas de proteção ambiental ou de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, a serem especialmente protegidas e normatizadas. Para o que interessa à presente pesquisa, a resolução aponta a demarcação dos assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda para a implementação da regularização fundiária.

As resoluções emitidas pelo Conselho das Cidades têm natureza recomendatória, servindo de guia para a compreensão da política nacional a ser adotada, de acordo com o que determina a Constituição Federal e as leis que compõem a ordem jurídico-urbanística.

No ano de 2009, fortalecendo a política habitacional social, foi promulgada a Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009 que trata da regularização fundiária de ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal que vincula a ZEIS à demanda por habitação de interesse social.

Em julho do mesmo ano foi a vez da Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009, dispendo sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas<sup>438</sup>, qualificando a ZEIS, no mesmo sentido que fizera o Estatuto da Cidade, como instrumento urbanístico para viabilização das ações de regularização fundiária em assentamentos irregulares. O texto da Lei n.º 11.977/2009 conceitua a Zona Especial de Interesse Social - ZEIS para efeitos da regularização fundiária em assentamentos urbanos, dando precisão à sua função.

A ZEIS é uma demarcação territorial de categoria especial que permite ao Poder Público conter áreas ocupadas irregularmente, nas quais a própria população conduziu o processo de zoneamento levada pela necessidade vital de conseguir um local para moradia. Sua demarcação permite ao Poder Público aplicar regras especiais que favoreçam a regularização jurídica, urbanística e ambiental dos assentamentos.

Por meio de tal instrumento, o Município pode dar cumprimento à função pública de urbanizar, promovendo a moradia adequada em locais que estejam em desacordo com os padrões definidos pela legislação urbanística, além de auxiliar na produção de habitação

---

<sup>438</sup>Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

V – Zona Especial de Interesse Social - ZEIS: parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo; LEI n.º 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

social, reservando áreas com infraestrutura destinadas a abrigar população mais pobre que não consegue ter acesso à terra urbanizada mediante a oferta mercadológica. Sua utilização conduz à realização da função social da propriedade.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>439</sup> define as Zonas Especiais de Interesse Social como uma categoria específica de zoneamento da cidade, que possibilita a aplicação de normas especiais de uso e ocupação do solo para fins de regularização fundiária e que pode conter áreas públicas e particulares ocupadas por população de baixa renda. São espaços urbanos com características diferenciadas, que incluem no zoneamento do Município um formato especial de padrão urbanístico adequado ao assentamento precário, reconhecendo sua situação diferenciada e permitindo sua inclusão na cidade legal, evitando com isso a remoção da população assentada.

Como as ocupações ocorrem à revelia das previsões legais de uso, ocupação e parcelamento do solo, com a demarcação territorial por ZEIS pode haver um tratamento diferenciado quando da intervenção urbanística, permitindo que a situação real se adeque a contornos jurídicos e urbanísticos próprios, garantindo a segurança da posse e o exercício do direito de morar.

A cidade deve garantir que seus habitantes usufruam dos bens e serviços que ela tem e deve oferecer, sendo direito de todos o desenvolvimento de suas funções. É importante destacar que a aplicação das ZEIS permitirá a incorporação dos espaços urbanos clandestinos à cidade formal, tornando-a um lugar mais democrático, onde todos podem dela fazer parte a par das diferenças sociais, culturais e econômicas. Sua contribuição para a expansão do mercado habitacional com o barateamento do custo da moradia é uma excelente possibilidade.

As Zonas Especiais de Interesse Social instrumentalizam o planejamento urbano comprometido com a justiça social, possibilitando ainda que o Município proceda à demarcação específica das áreas que servirão de espaço para a construção de habitação social e ao atendimento da função social da propriedade de acordo com as necessidades reais da população. Ainda é interessante grifar que a reserva de áreas para intervenção pública de cunho social freia a especulação imobiliária que impede o acesso à terra urbana por parte da população, equilibrando o uso e a ocupação do solo com empreendimentos imobiliários destinados a pessoas de média e baixa renda.

Ao definir determinada área como Zona Especial de Interesse Social, o Poder

---

<sup>439</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção Jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 363.

Público também investe na promoção do direito social à moradia, ampliando a oferta de moradia adequada ao padrão de determinada população, desprovida de condições financeiras para atender aos preços impostos pelo mercado imobiliário e dotando previamente a região demarcada com a infraestrutura necessária que atenda às necessidades da população sem agredir o meio ambiente.

A ZEIS apresenta mais de uma finalidade, demonstrando que sua importância no âmbito da política urbana municipal é imprescindível. Sendo utilizada devidamente, pode ser entendida como um instrumento capaz de materializar o direito à moradia, possibilitando o atendimento diferenciado àqueles que o poder econômico e político desconsidera<sup>440</sup>, equilibrando as relações sociais. Como ferramenta de planejamento, pode reverter o estado de segregação espacial, garantir que as camadas mais pobres possam ter acesso ao desenvolvimento da cidade e ao cumprimento de sua função social, desde que atrelada a políticas públicas eficazes que mantenham a aplicação das ZEIS e sua finalidade.

Para Adilson DALLARI, as Zonas Especiais de Interesse Social garantem a aplicação razoável do direito, sendo, portanto,

“aquelas onde as circunstâncias de fato autorizam ou determinam um tratamento diferenciado, mais simples, menos elitista, dos índices urbanísticos de maneira a assegurar o direito à moradia, inserido no artigo 6o da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.26, de 14.2.2000. Não se trata de criar privilégios para os economicamente fracos, nem de lhes conferir menos garantias de salubridade e segurança, mas, sim, de aplicar o direito com razoabilidade, promovendo entre os diversos objetivos e valores constitucionalmente consagrados.”<sup>441</sup>.

As ZEIS são ferramentas que promovem condições de realização da cidadania, pois permitem que o reconhecimento da situação de fato transforme-a em situação de direito, respeitadas as características do local ocupado, desde que este não configure risco à população e nem desrespeito ao meio ambiente. Diante da desigualdade fática, social, econômica e cultural, a aplicação das ZEIS apresenta-se, sob esse raciocínio, como um meio de materializar o princípio constitucional da igualdade.

---

<sup>440</sup>Ou considera apenas em período eleitoral, sempre prometendo a melhoria das condições de vida em troca de favores e apoio político.

<sup>441</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257\2001)*. 1a ed. 2a tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.81.

O quadro de irregularidade urbana em assentamentos onde estão aglomerados grupos de pessoas, muitas vezes da maneira mais ultrajante e desumana, é resultante de uma combinação nefasta de fatores que inclui a omissão do Poder Público Municipal na elaboração de política de desenvolvimento, de expansão urbana e de acesso à moradia. A divisão jurídica e urbanística do território local em parcelas que autorizam tratamento diferenciado em tais áreas permite o enfrentamento real e justo da situação irregular com a possibilidade de transformar a realidade, ainda que tardia, promovendo direitos constitucionalmente garantidos a quem não teria condições de acessá-los por si só.

Ao gravar área como Zona Especial de Interesse Social, o Poder Público reconhece juridicamente a cidade clandestina indicando que, mediante plano específico, esta poderá ser reconhecida legalmente e modificada urbanisticamente a partir dos traços típicos do assentamento criado à margem da lei, possibilitando um tratamento real para as situações de precariedade urbana com a flexibilização dos parâmetros jurídicos e urbanísticos do uso, ocupação, parcelamento do solo e edificação. Permite solução que não vitimiza mais uma vez a população assentada, pois evita o uso da remoção como única possibilidade de adequação à lei.

A previsão dos instrumentos no Plano Diretor Municipal, embora estejam descritos na Constituição Federal e também no Estatuto da Cidade, reforçam o formato da ação a ser empreendida pelo Poder Local, vinculando sua atuação e induzindo a concreção das diretrizes indicadas pela Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

Não se pode olvidar que as ZEIS têm a finalidade de garantir que normas especiais de uso e ocupação possam incidir sobre as áreas ocupadas formalizando a distribuição espacial no território urbano, levando em consideração sua existência material e sem a devida estrutura e reconhecimento jurídico. Sua maior função é permitir a regularização sob o aspecto urbanístico, garantindo o desenvolvimento da função social da cidade e corrigindo as distorções criadas pela urbanização desordenada sem descuidar da proteção do meio ambiente contra a degradação.

Para Nelson SAULE JÚNIOR<sup>442</sup>, a utilização das ZEIS pelos Municípios deve compor a política habitacional local, respeitando as diretrizes previstas pelo Estatuto da Cidade, no tocante à regularização fundiária e à urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, auxiliando na simplificação da legislação urbanística tendo em vista tratar-se de situação especial. Sua vinculação à ação de regularizar é condicionante para que o

---

<sup>442</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção Jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.363.

processo ocorra.

Deve ser tratada no âmbito da política urbana local, estando prevista no plano diretor como instrumento para a promoção de política habitacional a ser instituída por lei municipal. A lei que indica as ZEIS deve descrever a configuração das áreas, bem como as diretrizes para o estabelecimento das normas especiais que cuidarão do uso e ocupação do solo, além dos instrumentos jurídicos a serem usados para garantir a legalização das áreas que tiverem sido declaradas de habitação social, sem descuidar dos critérios para a execução do plano de urbanização.

As Zonas Especiais de Interesse Social podem ser classificadas<sup>443</sup> de acordo com suas características de uso e ocupação da área urbana, podendo recair sobre áreas ocupadas ou não ocupadas. Sendo assim, pode-se identificar o primeiro tipo de ZEIS como aquele incidente em áreas públicas ou privadas ocupadas por favelas, por população de baixa renda ou por assentamentos precários, em que o Poder Público Municipal tenha interesse de agir por meio de regularização fundiária.

Sublinha-se que deve haver previsão em Plano Diretor, já que a interferência na área para legalização e urbanização não pode acontecer sem que haja previsão legal para tanto. Mas não só isso, é importante e imprescindível que faça parte do planejamento urbano do município, publicizado na figura do Plano Diretor e materializado a partir dos planos urbanísticos.

No caso de identificação de áreas já ocupadas pela população para fins de moradia, a Lei do Plano Diretor deve destacar também quais os instrumentos jurídicos a serem utilizados, que podem ser o usucapião especial urbano, coletivo ou individual, no caso de ocupação em terras particulares e as concessões de direito real de uso e de uso especial para fins de moradia coletiva ou individual, para as terras públicas, tanto quanto, como indicado no Estatuto da Cidade, a previsão de assistência jurídica gratuita à população economicamente frágil.

A segunda classificação trata dos loteamentos irregulares em que a delimitação como ZEIS garante a promoção de sua regularização fundiária com a correta complementação ou mesma implantação da infraestrutura e (ou) equipamentos comunitários devidos, além da provável e necessária recuperação ambiental, assegurando, com a intervenção, os direitos de quem adquiriu o lote.

O estabelecimento das ZEIS nos casos de regularização de loteamentos clandestinos dá encaminhamento ao previsto no artigo 40 da Lei n.º 6.766/79:

---

<sup>443</sup>Op. cit., p. 367.

Art. 40 - A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

A lei declara seu caráter social quando prevê a regularização do loteamento, buscando coibir o desrespeito às normas urbanísticas e valorizando a proteção dos adquirentes de boa-fé, além de reafirmar a responsabilidade e competência do Poder Público para promover o bem-estar dos cidadãos. Os parágrafos que seguem o *caput* do artigo destacam a forma de proceder quanto ao dispêndio de recursos pelo Município, sem desobrigar o loteador que agiu de má-fé.

A terceira espécie de ZEIS se refere aos terrenos que não receberam edificação, não estão sendo utilizados ou são subutilizados, ou seja, não cumprem a sua função social urbana. Dessa forma, as ZEIS têm a função de enquadrar tais imóveis garantindo que possam cumprir sua função vinculada à promoção do direito à moradia. Sua finalidade, neste caso, materializa a previsão constitucional do parágrafo 4º do artigo 182. Aqui visualiza-se como tal instrumento pode auxiliar contra a especulação imobiliária, atingindo diretamente os vazios urbanos produzidos pela ação do mercado imobiliário descompromissado com o coletivo.

A quarta espécie de ZEIS é a que pode ser instituída quando há interesse público em promover programas habitacionais para população de baixa renda que moram em cortiços. Usualmente, os cortiços se concentram em regiões centrais das cidades, sendo uma das alternativas para a população que carece de local para morar e não quer se afastar da centralidade urbana. Caracterizam-se pelo aluguel de habitação coletiva precária onde quem nela vive tem sua dignidade desrespeitada diariamente.

Alternativa para a população pobre que resiste a ficar na centralidade urbana, os cortiços são habitações produzidas por seu proprietário/locador, sem condições de higiene, sem provisão formal de serviços públicos como energia e água que atenda efetivamente ao número de pessoas que neles residem, muito além do que pode comportar o imóvel, traduzindo-se em moradias subumanas.

A informalidade urbana é estrutural e parece ser a tônica das cidades brasileiras, desenvolvidas a par das previsões legais urbanísticas e seguindo comandos que estão



longe das ações planejadas<sup>444</sup>. Reconhecê-la cria condições para que seja modificada.

Para a Lei n.º 11.977/2009 que institui o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV e dispõe sobre regularização fundiária, a Zona Especial de Interesse Social pode ser utilizada na demarcação da área em que se encontram os assentamentos irregulares como condição para que haja a intervenção.

A relação das ZEIS com a regularização fundiária de interesse social em assentamentos precários se dá especialmente com a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias. Ao fixar índices urbanísticos especiais, as ZEIS compatibilizam a realidade pungente da ocupação desordenada com as normas urbanísticas adequando a informalidade à formalidade. Ainda, garante a permanência das populações carentes nas áreas a serem regularizadas, mediante a construção de espaços com a participação dos moradores, num processo que visa integrá-los à cidade, afastando o estigma da marginalização social e espacial.

O emprego das ZEIS, especialmente, põe fim à ideia, frequentemente retomada pelas autoridades públicas, de que não é possível a instalação de serviços públicos nas ocupações, em razão da ilegalidade urbanística e fundiária desses espaços. O fato de declarar uma área como zona especial permite um controle mais firme do Poder Público sobre as utilizações sociais desses espaços que são, doravante, destinados prioritariamente à habitação de interesse social.

As normas de zoneamento devem atender à política urbana municipal que, por sua vez, deve seguir diretrizes indicadas pelo Estatuto da Cidade, o que faz das ZEIS um importante instrumento viabilizador de política habitacional, a ser rigorosamente previsto pelo Plano Diretor Municipal ou por lei específica, podendo, ainda, seguindo a melhor técnica, ser descrita em um plano específico de urbanização que contenha seu formato de execução.

A descrição em plano de urbanização deve conter as formas de intervenção nas Zonas Especiais, a gestão, a implementação e a manutenção delas, garantindo que a população destinatária da ação e, também, a iniciativa privada parceira do Poder Público, sejam ouvidas e participem ativamente. O plano deve definir os padrões de ocupação, observando as características do território que incluem os riscos ambientais e fixando o preço e a forma em que se dará o financiamento para aquisição das unidades habitacionais a serem produzidas.

---

<sup>444</sup>FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. ALFONSIN, Betania. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.16-17

Buscando garantir que as ZEIS atendam à sua destinação de interesse social é que o plano de urbanização é tão necessário. Ainda, por meio dele pode ser constituído um Conselho Gestor das ZEIS com a participação da população envolvida, da iniciativa privada, promotores imobiliários e o Poder Público Municipal, que acompanhará todo o plano de intervenção de acordo com o planejamento para a promoção da urbanização e regularização das áreas ocupadas.

A função do Conselho é de suma importância para a garantia da política de regularização ou mesmo de produção de habitação social e sua concepção deve estar vinculada à Política de Habitação Social de Interesse Social pelo órgão municipal responsável. Cabe garantir que além das intervenções imediatas, a área continue a receber investimentos e manutenção de forma a atender efetivamente às necessidades dos cidadãos.

Instrumento que conduz à modificação da realidade urbanística local, a ZEIS não só flexibiliza a aplicação da lei como também define que os imóveis ali instalados não poderão ser modificados quanto ao seu uso, ou seja, desde que regularizados como moradia de interesse social, não podem ser comercializados, desmembrados ou transferidos em transações especulativas que levariam ao insucesso do investimento público.

Uma vez regularizadas jurídica e urbanisticamente as áreas que receberam intervenção ganham valor e passam a ser alvo de quem detém poder econômico. No caso do estabelecimento das Zonas Especiais de Interesse Social para fins de habitação social os parâmetros para sua urbanização são mais restritivos, o que termina por inibir o interesse imobiliário sobre essas áreas.

As Zonas Especiais de Interesse Social são parte do processo de regularização fundiária e conduzem à observância do exercício da função social da propriedade, uma vez que definem o fim social daquele imóvel, impedindo que seja utilizado para finalidade diversa da prevista, ou seja, a habitação social<sup>445</sup>.

Diante de tal possibilidade é que se recomenda o investimento na política habitacional agregado a uma série de ações de desenvolvimento social e econômico, tais como programas de geração de renda, acesso aos serviços básicos, fortalecendo a população ocupante da área para que nela possa permanecer com condições de ter uma vida digna.

---

<sup>445</sup>ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: Justificação, Impactos e Sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.222.

A função das ZEIS é dar sustentabilidade ao processo de regularização fundiária, tendo em vista não só permitir que as ocupações sejam reconhecidas e incorporadas como parte integrante da cidade, mas também favorece a fixação da população ocupante nas áreas em que se estabeleceram, levadas por sua condição socioeconômica. Tal favorecimento se dá quando permite a intervenção urbanística ao lado da regularização jurídica e determina que aquele território se destina tão-somente a atender à promoção do direito social à moradia.

O instrumento provoca o enfrentamento da situação em que se encontram os grupos sociais mais carentes, fixados em assentamentos informais, permitindo o equilíbrio à distribuição espacial dentro do território urbano. Induz o Poder Público a agir na promoção do direito à igualdade, igualdade de condições para viver na cidade a partir do reconhecimento do traçado urbano material e não do estabelecimento de critérios técnicos dissociados da realidade socioeconômica de acesso à terra urbana e à moradia<sup>446</sup>.

As ZEIS democratizam o acesso à habitação formal, função primordial da cidade. Como ferramenta para a urbanização da cidade ilegal, garante a retomada das rédeas do crescimento urbano pelo Poder Público Municipal, corrigindo distorções geradas, em parte por sua ineficiência administrativa e legislativa.

Para Betânia de Moraes ALFONSIN<sup>447</sup>,

“O objetivo do instrumento é permitir a flexibilização do regime urbanístico de áreas ocupadas irregularmente para fins de moradia, a fim de facilitar o processo de regularização jurídica da mesma. A regularização urbanística representa, muitas vezes, um poderoso obstáculo à regularização fundiária e o instrumento das ZEIS, utilizado pioneiramente pelas cidades de Recife e Belo Horizonte, ainda na década de 80, representam um instrumento ágil e flexível para reconhecer por um lado o “direito à igualdade” da população moradora (direito à moradia) e, por outro, o “direito à diferença” (direito de utilizar padrões que, ainda que distintos dos esclarecidos pela lei, garantem dignidade e habitabilidade aos assentamentos.”

Em uma área delimitada como Zona Especial de Interesse Social destinada à habitação de interesse social para população de baixa renda, o regime jurídico especial que passa a definir os padrões de construção, diferentes dos demais empreendimentos

<sup>446</sup>FERNANDES, Edésio. Da Igualdade e da Diferença. ALFONSIN, Betania. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.348.

<sup>447</sup>ALFONSIN, Betânia de Moraes. Dos instrumentos da política urbana. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 122.

imobiliários, permite, como analisa Betânia Alfonsin, o reconhecimento do direito à diferença.

A liberação do uso a partir de regras próprias, possibilitando um tratamento normativo especial para uma situação especial baseia-se, segundo Nelson SAULE JÚNIOR, em um imperativo ético a ser exercitado pelo Poder Público, permitindo que o direito à moradia seja exercido por todos, respeitadas as diferenças, naquele território municipal. Isso sem perder de vista que o princípio da isonomia ou igualdade deve ser observado no exercício da função administrativa, encarregada de tornar disponíveis os bens e serviços, em igualdade de oportunidades, a toda a sociedade.

Apanha-se das lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>448</sup> que a isonomia comanda o tratamento igual diante de situações e pessoas iguais e o tratamento desigual nos casos em que há desigualdade de condições. Para que haja tratamento desigual seria necessário identificar o que permite um tratamento jurídico diferenciado, demonstrando o fator de discriminação que gear tal desigualdade.

O que fundamenta o uso da ZEIS como instrumento urbanístico caracterizador da regularização fundiária de interesse social não ofende ao princípio constitucional da igualdade: antes, o promove.

O direito à moradia está previsto na Constituição como direito de todos ao acesso à moradia. Tendo em vista a impossibilidade de acesso por parte de determinados grupos de pessoas, cabe ao Poder Público viabilizar tal acesso a partir de ações que estão definidas como de sua competência, divididas entre a elaboração de políticas públicas e atividades materiais que permitam equiparar a situação de pessoas que, embora de diferentes extratos sociais, têm o mesmo direito a usufruir, o direito à moradia.

No que diz respeito à Lei n.º 11.977/2009, a ZEIS recebe tratamento legal definindo sua função na política urbana de regularização fundiária. O tratamento legal cuida em identificá-la como parcela de área urbana a ser instituída em Plano Diretor ou por lei municipal, destinando-a predominantemente à moradia de baixa renda. A sujeição a regras especiais de uso, ocupação e parcelamento do solo está vinculada diretamente à função de garantir a intervenção no assentamento urbano.

As normas que incidirão nas Zonas Especiais de Interesse Especial devem assegurar a regularização fundiária de interesse social em sua plenitude. A lei prevê a dimensão da ação regulatória, mas também que ela pode ser feita por partes. Embora

---

<sup>448</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3a ed., 8a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.35.

essa possibilidade jurídica respeite a dimensão do processo, reconhecendo que a demanda reprimida pode esgotar os recursos para a ação, fazendo-a parar, também abre precedente para que o processo se inicie e não seja finalizado, situação nada incomum diante do perfil dos Municípios e também de seus administradores e governantes.

O conteúdo das normas especiais deve, ainda, garantir a sustentabilidade da regularização de interesse social. É importante que o plano de urbanização dessas áreas contemple regras compatíveis com a complexidade do assentamento, permitindo sua articulação e também adequando-a à realidade correspondente, tal seja a informalidade que impera na ocupação.

Na Zona Especial de Interesse Social o tratamento diferenciado, necessário tendo em vista a desigualdade de condições para ter acesso à moradia, pode contemplar situações como ocupações existentes em áreas públicas, em área de proteção ambiental ou até com impedimentos para edificação. Nesses casos, cabe regramento especializado embasado pela necessidade de promover o direito à moradia para a população carente, prevendo a recuperação ambiental da área ocupada, de tal forma que a intervenção promova sua proteção e resgate, garantindo monitoramento ambiental que impeça novas ocupações, nos termos do artigo 9º da Resolução n.º 369/2006. Tal instrumento urbanístico está no limite entre a questão urbana e a ambiental, .

A função da ZEIS é exatamente a de permitir a intervenção especial na área especial, motivo pelo qual é a principal ferramenta a ser utilizada no processo de regularização fundiária. Não é a única, mas sua importância excede a dos demais por garantir seu uso conjugado e, também, que haja a intervenção, inclusive com o registro do imóvel de forma simplificada, configurando a segurança da posse.

Sua importância, como já dito, alcança também a regulação mercadológica do acesso a terra urbanizada, o que amplia seu acesso quando flexibiliza as normas para a produção de habitação de interesse social. Ou seja, conduz o formato da ocupação de maneira a atender a procura por tal bem, tornando-o acessível às famílias de baixa renda.

A Lei n.º 11.977/2009 indica que elementos deve conter o projeto de regularização fundiária e quais serão os princípios observados, determinando a definição dos parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além do dever de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas ao uso público. Sua utilização é fundamental para que o Poder Público possa intervir nas áreas ocupadas regularizando-as, promovendo a moradia adequada em harmonia com o meio ambiente. A ZEIS inicia o processo de regularização, o que faz dela o principal instrumento de política urbana

investidora da habitação social.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>449</sup> alerta para que a definição do conceito, instâncias e mecanismos de participação adotados na implementação da ZEIS deva estar explícita, bem como as atribuições da instância gestora do zoneamento especial, permitindo a atuação política das comunidades, dentro das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade.

Ainda, instrui medidas a serem adotadas para introduzir a ZEIS e permitir que cumpra seu papel nos casos de parcelamento irregular e da sua regularização<sup>450</sup>:

“Os Municípios, por meio do Plano Diretor ou de lei municipal específica (se o Plano Diretor não for obrigatório), devem estabelecer a política de regularização de loteamentos irregulares, que pode incluir as seguintes medidas:

- Delimitação das áreas com grande concentração de loteamentos irregulares, ou de loteamento irregular com elevada densidade populacional, como as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS.
- Exigir do Poder Público, para os loteamentos irregulares delimitados como Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, um plano de urbanização contendo normas especiais de parcelamento, uso e ocupação do solo e edificações compatíveis com a realidade da ocupação existente, como principal instrumento de regularização do loteamento irregular.”

É preciso que fique claro que o papel que cumpre a demarcação de áreas como Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS pode ter objetivos materiais diversos, mas que cumprem a mesma finalidade: a viabilização das funções sociais da cidade.

Como instrumento de ordenação do uso e ocupação do solo, divide fisicamente o território de acordo com a destinação que lhe cabe<sup>451</sup>, ora como instrumento de regularização fundiária, ora como delimitação de áreas para a construção de habitação de interesse social, ambos viabilizam o acesso à moradia adequada.

---

<sup>449</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson; LIMA, Adriana Nogueira Vieira; ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib de. As zonas especiais de interesse social como instrumento da política de regularização fundiária. *Fórum de Direito Urbano e ambiental – FDU*. Ano 1, n.1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002, p. 3771.

<sup>450</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Cidade e a Revisão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano. In: SAULE JÚNIOR, Nelson(org.). *A Perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei do parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008, p.12.

<sup>451</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson; LIMA, Adriana Nogueira Vieira; ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib de. As zonas especiais de interesse social como instrumento da política de regularização fundiária. *Fórum de Direito Urbano e ambiental – FDU*. Ano 1, n.1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002, p. 3767.

#### 4.2.2. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO

Há muito o direito de propriedade perdeu a condição de direito absoluto e intocável, mas sua baliza agregou princípios que estão dispostos entre as regras de direito constitucional, urbanístico e administrativo, para além do direito privado, cabendo-lhe objetivamente exercer função que contribua para o grupo social. A Constituição Federal, no capítulo sobre política urbana, determinou os objetivos a serem alcançados pela política de desenvolvimento urbano cabendo ao Município a sua execução.

Também pelo texto constitucional o Poder Público Municipal foi municiado de ferramentas que auxiliam no seu mister, garantindo o cumprimento da função social da propriedade, o pleno desenvolvimento das cidades, o direito à moradia adequada e o bem-estar dos cidadãos.

Com a publicação do Estatuto da Cidade, ao lado das Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, o usucapião foi elencado como instituto jurídico com a função de instrumentalizar a política urbana de ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

A partir da declaração constitucional de que a função social da propriedade será definida pelo Plano Diretor, verifica-se que seu uso não só está vinculado às diretrizes e objetivos da política urbana municipal, como também aos princípios democráticos e republicanos que balizam a configuração jurídica do Estado Brasileiro, cabendo exigir do proprietário o cumprimento e a abstenção de ações em benefício da coletividade<sup>452</sup>.

A previsão constitucional recebeu detalhamento pelo Estatuto da Cidade que, entre os artigos 9º e 14º, identifica o Usucapião Especial Urbano a ser aplicado especialmente nos casos de ocupação de imóvel privado urbano, quando o imóvel possuir no máximo 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), por cinco anos ininterruptos e sem oposição para fins de moradia, desde que não seja possuidor de nenhum outro imóvel, urbano ou rural.

Tal instrumento, de origem civilista, permite a aquisição originária da propriedade privada, com todas as características intrínsecas à situação de domínio pleno<sup>453</sup>. Pelo Código Civil, terá direito de propriedade por meio do usucapião aquele que exercer um

---

<sup>452</sup>A obrigatoriedade de promoção do adequado aproveitamento da propriedade privada é um princípio constitucional que vincula não só o particular, mas também a atuação do Poder Público no uso e na ocupação do solo. Vide as ideias defendidas por Silvio Luís Ferreira da Rocha. ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

<sup>453</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.375.

dos poderes inerentes à propriedade, que nesse caso em especial seria a posse.

O termo (usucapião) provém do latim e é composto pelo verbo “*capio*” que exprime tomada, ocupação, aquisição, e quando antecedida pela palavra “*usus*” significa pelo uso. Assim, pode-se conceituar usucapião como sendo o modo de aquisição da propriedade, em razão da posse prolongada por certo lapso temporal exigido em lei. O instituto está classificado conforme a forma com que a posse ocorre, cabendo informar que não havia previsão infraconstitucional do usucapião especial urbano anterior a 2002.

Na classificação civilista tem-se a previsão do usucapião ordinário como aquele que permite o domínio pleno após dez anos de justo título e boa-fé ou cinco anos se o utilizou para sua moradia ou nele fez investimentos de interesse social e (ou) econômico. O usucapião extraordinário, que teve seu prazo reduzido com o novo Código Civil, solicita quinze anos para requerimento de propriedade ou dez anos se tiver sido utilizado para moradia habitual ou nele tenha produzido obras e serviços de caráter produtivo. Ainda, tem-se a previsão do usucapião *pro labore* e do usucapião especial urbano que seguem, respectivamente, as mesmas características das previsões constitucionais nos artigos 191 e 183, solicitando que para seu reconhecimento o domínio tenha sido em razão da subsistência de quem tem a posse e de sua família, e no outro que tenha utilizado o imóvel para moradia, com posse contínua e pacífica, sem oposição, por cinco anos<sup>454</sup>.

O princípio da função social da propriedade restringe a idéia de que a coisa, o imóvel, contempla a livre disponibilidade do bem pelo proprietário. Na perspectiva dos princípios que compõem a política urbana e tendo a moradia como questão central, o usucapião especial urbano cumpre a função de garantir a segurança da posse a milhares de pessoas que, para fins de habitação, se fixaram em imóveis desocupados e abandonados.

Para a regularização fundiária, exerce a função instrumental de garantir a legalização do direito à moradia e, também, de garantir que seja dado ao imóvel a função social que lhe cabe<sup>455</sup>.

O instituto reforça a previsão constitucional de tal direito e a garantia da sua efetividade. Com a norma a serviço do Estado Social, garante a possibilidade de exigir a propriedade imobiliária a ser utilizada para fins de moradia contra aquele que abandonou a coisa sem lhe dar a devida função social. Sendo a moradia um direito fundamental

---

<sup>454</sup>FERRAZ, Sérgio. Usucapião Especial. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.142.

<sup>455</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 376.



social e o usucapião um instrumento jurídico de reivindicação da propriedade imóvel para fins de moradia, sua aplicação favorece a política habitacional.

O fundamento da previsão constitucional do usucapião urbano está na necessidade de prover segurança e paz social no tocante à provisão da moradia. Os relatos de violência tendo como pano de fundo a propriedade imobiliária são cada vez mais alarmantes e os conflitos pela posse da terra urbana para fins de moradia têm crescimento contínuo, dada a condição em que se encontram milhares de pessoas sem possibilidades de prover um lugar para morar adequadamente<sup>456</sup>.

O déficit habitacional, entendido pela Fundação João Pinheiro<sup>457</sup> “como a noção mais imediata e intuitiva de necessidade de construção de novas moradias para a solução de problemas sociais e específicos de habitação detectados em certo momento” leva a população carente a buscar sua moradia em locais vazios, ambientalmente frágeis, marginalizados pelo mercado formal, comumente sem nenhuma estrutura ou edificação feita pelo proprietário.

Como já dito, foi ao Estatuto da Cidade que coube a descrição mais detalhada sobre o Usucapião Urbano, ao qual denomina Especial, indicando de que maneira pode se dar a sua utilização. Tendo em vista a repetição dos termos pelo Código Civil, reportar-se-á tão somente à previsão da Lei n.º 10.257/2001.

A título de precisão quanto à utilização pela doutrina na identificação do Usucapião, tratando-o como urbano, Nelson SAULE JUNIOR<sup>458</sup> esclarece:

“ Devemos esclarecer que, para os fins de aplicação do Usucapião Urbano, quando a Lei fala em “urbano” refere-se ao tipo de ocupação dada ao solo, independentemente de sua localização em zona urbana ou rural, de acordo com o zoneamento municipal. Da mesma forma, não estabelece nenhuma restrição ou impedimento do reconhecimento, por meio do Usucapião Urbano, do direito à moradia da população que ocupa área urbana situada numa área considerada de preservação ambiental.”

A descrição detalhada das condições do ocupante informa sobre o direito a posse, que pode ser acrescentada à de seu antecessor, desde que ambas tenham sido contínuas. Ainda, nos casos em que haja óbito do possuidor, se seu herdeiro legítimo ali

---

<sup>456</sup>O que inclui a moradia legal, formalizada.

<sup>457</sup>Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, 2009, p.15.

<sup>458</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.385.

residia por ocasião da abertura da sucessão é permitida a soma na contagem do prazo da posse.

A soma da posse permitida confere ao residente o direito de requerer o usucapião do imóvel, desde que cumpra o prazo mínimo de cinco anos, privilegiando aquele herdeiro que residia com quem detinha a posse para fins de moradia<sup>459</sup>.

Seguindo a previsão do Estatuto, em nada foge da coerência principiológica que tem caracterizado as diretrizes para a política urbana nacional. O instituto do usucapião é um instrumento de política urbana a ser utilizado para garantir o direito à moradia e sua configuração deve reconhecer as situações informais em que se encontram os ocupantes de imóveis.

É o caso da previsão do artigo 10 sobre a utilização do usucapião em áreas com mais de 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) ocupadas por mais de uma pessoa, ainda que não seja possível identificar a fração do terreno ocupada por cada uma delas. Diante de tal situação, desde que tenham alcançado os requisitos legais a lei permite que o imóvel seja usucapido coletivamente, podendo inclusive acrescentar à sua posse o prazo de ocupação de seu antecessor, desde que ambas sejam contíguas. Trata-se do Usucapião Especial Coletivo Urbano, que tanto quanto o de cunho individual pode ser declarado pelo Judiciário através de sentença, representando título para registro em cartório de imóveis.

Com a previsão do Usucapião Especial Coletivo a regularização fundiária agrega mais eficácia ao direito à moradia, permitindo a segurança da posse de imóveis utilizados para fins de moradia, um grande desafio que se soma às condições precárias em que se encontram as pessoas assentadas.

Os assentamentos irregulares representados por ocupações desordenadas e informais, de maneira espontânea ou organizada, preenchem vazios urbanos de propriedade privada se firmando como núcleos habitacionais reprodutores de graves violações à integridade humana. Casos como esses solicitam a atuação urgente e objetiva do Poder Público na promoção do direito de morar. Os instrumentos trazidos pelo Constituição Federal, especificados pelo Estatuto da Cidade e indicados pela Lei n.º 11.977/2009 estão à disposição da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes.

É o caso do Usucapião Urbano individual ou coletivo que, conjugados à demarcação das áreas como Zonas Especiais de Interesse Social, permitem uma intervenção eficiente

---

<sup>459</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.385.

diante do emaranhado de situações jurídicas, urbanísticas e ambientais existentes.

Segundo Nelson SAULE JÚNIOR<sup>460</sup>, a aplicação desse instrumento deve ser feita especialmente para o reconhecimento do direito à moradia de pessoas que moram em favelas construídas em áreas urbanas privadas.

A Lei n.º 11.977/2009 prevê a regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares e indica os casos em que cabe a regularização fundiária de interesse social, dentre eles os que tenham preenchido os requisitos para a solicitação do usucapião especial urbano. Para os casos de usucapião urbano coletivo, necessário que se compreenda sua natureza de matéria processual<sup>461</sup>, prevista para atender às situações de ocupações coletivas.

Cabe destacar que a indicação da Lei n.º 11.977/2009, reforça o que já recomendava o Estatuto da Cidade, sobre a papel do Usucapião na viabilização da moradia adequada garantindo seu elemento principal: a segurança jurídica. Tal elemento fundamenta a ação de regularizar, pois permite a legalização do domínio sobre a terra urbana.

Ainda sobre a Lei n.º 11.977/2009, não se pode deixar de citar a criação da demarcação urbanística e da legitimação da posse como novos instrumentos para a ação de regularizar, já que eles dialogam com o usucapião. A demarcação urbanística permite o levantamento fundiário que, sem impugnação à sua averbação na matrícula do imóvel, garante ao Poder Público Municipal proceder com o parcelamento da área e com a emissão da legitimação da posse a cada um dos assentados devidamente cadastrados.

A legitimação da posse servirá para garantir a segurança da posse administrativamente, pois é título expedido pela Administração Pública. Passados cinco anos da sua expedição, ela tem a função de garantir ao detentor do título a conversão do mesmo em registro da propriedade nos termos do que prevê o artigo 183 da Constituição Federal, ou seja, a legitimação da posse garante a utilização do usucapião urbano individual ou coletivo para aquisição da propriedade sem a necessidade de ação judicial.

Para o requerimento do usucapião, nesses casos, é necessário apresentar as certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel relativas à totalidade da área, a serem fornecidas pelo Poder Público. Ainda, deve ser apresentada a declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural, a declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família e a declaração de que não teve reconhecido anteriormente

---

<sup>460</sup> Op. cit. p. 378.

<sup>461</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.387.

o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. Tais requisitos estão previstos no artigo 60 da Lei n.º 11.977/2009.

Ainda sobre o usucapião especial coletivo é importante destacar que poderá ser utilizado em áreas urbanas particulares que, além de possuírem mais de 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, dando cumprimento à função de garantir a segurança da posse e com isso o sucesso do projeto de regularização fundiária plena.

As ocupações irregulares enfrentam o problema do levantamento da metragem específica e com a previsão dada pelo Estatuto é possível o acesso à titulação, por sentença judicial, em que poderá ser determinada fração ideal de terreno a cada possuidor ou, ainda, frações diferenciadas mediante acordo escrito e assinado pelos possuidores constituídos em condomínio. No artigo 10, parágrafo quarto, ficou determinado que o condomínio é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo se a deliberação for definida por, no mínimo, dois terços dos condôminos, em casos de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

Sendo a estrutura física-urbanística essencial à definição das áreas para cada possuidor, a elaboração de um plano de urbanização, observando as diretrizes da regularização fundiária a partir do zoneamento especial de interesse social, permite definir a situação de fato e encaminhar a solução não só jurídica, mas urbanística também. São solicitações que restavam recomendadas diante das diretrizes e dos princípios inseridos no Estatuto da Cidade e na Lei de Parcelamento do Solo, e hoje se encontram previstas na Lei n.º 11.977/2009.

No dizer do mestre SAULE JÚNIOR<sup>462</sup> o Usucapião Urbano Coletivo “ potencializa o cumprimento do princípio da função social da propriedade e das funções sociais da cidade”.

Dando sequência à análise, a legitimidade para interpor a ação de usucapião necessita do cumprimento dos requisitos solicitados pelo Estatuto, no artigo 12, que fala da parte legítima para interpor a ação. Já foi citado o caso do herdeiro legítimo, que pode ser alegado tanto nos casos individuais como nos casos de posse coletiva. Há, ainda, a previsão de que possa ser interposta pelo possuidor de maneira isolada ou em litisconsórcio originário ou superveniente ao momento de entrada da ação<sup>463</sup>.

<sup>462</sup> Op. cit., p.388.

<sup>463</sup> Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de composses;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída,

Nos casos de posse comum ou coletiva há a previsão no inciso II, do artigo 12, intitulada com posse e prevista pelo Código Civil a ser aplicada para que não se exclua o direito igual de cada um dos compossuidores sobre a parte ideal correspondente do imóvel. É de grande importância que seja feita a caracterização da mesma no espaço territorial onde a população está assentada, e normalmente define, por meio de regras informais, o que cabe a cada um e o que é de uso comunitário<sup>464</sup>.

Sobre a legitimidade das partes as Associações de Moradores podem se apresentar como substitutas processuais com base no artigo 5º inciso XXI da Constituição Federal, o qual confere legitimidade para as entidades associativas, desde que expressamente autorizadas, para que representem seus filiados. Desde que estejam constituídas legal e formalmente, existindo a previsão estatutária para que exerçam representação processual, administrativa e judicialmente, cumprem o eficiente papel de agir na concretização do direito à moradia.

O artigo 12 do Estatuto ainda prevê a participação do Ministério Público como interveniente obrigatório, agindo como fiscal da Lei para garantir que suas previsões estejam sendo cumpridas, inclusive a possibilidade da assistência gratuita, desde que apresentados os requisitos e, ainda, o rito processual que lhe cabe, o rito sumário.

Todo o delineamento da política urbana, desde a previsão constitucional até o Estatuto da Cidade, confere à moradia o status de direito a ser pleiteado perante o Poder Público, desde que estejam postas as condições materiais para tanto. Como medida jurídica, coube ao Usucapião Urbano o papel da segurança da posse que se especializa ainda mais com a possibilidade de ser arguido coletivamente, como Usucapião Urbano Coletivo.

Diante da previsão de tais instrumentos, a regularização fundiária de interesse social em assentamentos irregulares se firma como um dever público de agir sistematizado na provisão de um direito, em que o ordenamento jurídico brasileiro indica as possibilidades reais para sua ação.

#### 4.2.3. CONCESSÃO ESPECIAL DE USO PARA FINS DE MORADIA - CUEM

Os imóveis públicos ocupados irregularmente para fins de moradia não estão

---

com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

<sup>464</sup> Op. cit., p.389.

sujeitos à ação de usucapião. Porém, dando seguimento às diretrizes para uma política urbana que promova a justiça social, claramente definida no texto constitucional, não caberia fugir da questão habitacional blindando os imóveis públicos do dever de exercerem sua função social.

Sendo assim, o direito à concessão passou a ser previsto no texto constitucional e, embora não tenha recebido tratamento específico no Estatuto da Cidade, a Concessão de Uso Especial para fins de moradia - CUEM foi criada pela Medida Provisória nº 2.220/2001 permitindo a regularização de áreas públicas em que a ocupação irregular tenha ocorrido até 30 de junho de 2001. Trata-se de dar cumprimento à função social da propriedade pública.

Para Silvio Luís Ferreira da ROCHA<sup>465</sup>, a função social é inerente aos bens públicos pois servem de instrumento para a realização dos fins a que está obrigada a Administração Pública.

A previsão está no artigo 183, parágrafo primeiro, informando que a concessão de uso será concedida ao homem ou a mulher, ou a ambos, independente do estado civil.

Embora a proposta de usucapião urbano para imóveis públicos tenha sido vetada, coube à Medida Provisória n.º 2.220/2001, a regulação do instituto, permitindo o fortalecimento da defesa de que o direito à moradia pode ser exigido ao Poder Público, diante de condições específicas vinculadas ao dever de planejar urbanisticamente a cidade e as questões que a envolvem.

Apesar de não autorizar a transferência da propriedade de imóvel público, a segurança da posse para fins de moradia foi assegurada por meio de um outro título, que deve ser outorgado a quem cumprir os requisitos apontados. Com a Lei n.º 11.977/2009 ficou previsto que caberá regularização fundiária de interesse social nos casos em que tenham sido preenchidos os requisitos necessários para a outorga de concessão de uso especial para fins de moradia. Tal qual o usucapião urbano individual ou coletivo, esse instrumento jurídico deve estar conjugado ao instrumento urbanístico de zoneamento especial, a ZEIS.

Com a declaração de que a concessão é um direito a ser exigido por quem ocupe imóvel público para fins de moradia, a luta para que o acesso à moradia seja reconhecido como um dever público ganhou mais um aliado jurídico. Se cabe ao Poder Público viabilizar a segurança da posse em imóveis públicos para fins de moradia, não há como

---

<sup>465</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 124.

discordar que se trata, mais precisamente, do dever de regularizar uma situação precária que impõe insegurança ao exercício de um direito.

Os requisitos constitucionais para a Concessão não diferem dos previstos para o Usucapião, embora o objeto e o formato da titulação sejam diversos. Entende-se que a concessão recebeu atenção constitucional concomitante à previsão para o usucapião urbano, especialmente para garantir a igualdade de tratamento quanto à necessidade de segurança da posse para fins de moradia.

Diante da presença e função que exerce o usucapião urbano, garantindo que a propriedade privada cumpra sua função social, de maneira diferente não poderia ser tratado o bem imóvel público, tão devedor do exercício da função social quanto o bem imóvel particular. O instituto permite que o Poder Público promova o acesso à moradia pela via do processo curativo, dando solução a situação que ele próprio deu causa, seja porque não criou condições para o acesso legal a habitação, seja porque não foi vigilante quanto à ocupação de terras públicas ociosas.

Com a criação da concessão de uso, o Poder Público garante a viabilização da moradia e assegura o domínio da área, controlando finalmente o seu uso.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>466</sup> lembra que muitas favelas estão situadas em áreas urbanas entrecortadas por terras públicas e privadas. Diante de tal situação, não seria possível juridicamente a regularização de parte da área, a privada, deixando uma parcela dos moradores sem a garantia do seu direito pela proteção do bem público que, além de não cumprir nenhuma função, não fora protegido por quem de direito.

Ainda, nos brinda com a lembrança de que a concessão de uso, que permite ao Poder Público o domínio do bem e o controle do seu uso, impede a especulação imobiliária e a expulsão de grupos populacionais mais pobres dessas áreas, garantindo também a função social da cidade. Aqui vê-se a importância da conjugação do zoneamento especial de interesse público com a utilização de um instrumento jurídico próprio para a situação em análise.

O Estatuto da Cidade indica a concessão de uso especial para fins de moradia entre os instrumentos jurídicos e políticos a serem utilizados no atendimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Sua previsão foi feita no artigo 4.º da Lei, ao lado de outros institutos, como auxiliar na ação de regularização fundiária.

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o disciplinamento que coube à Medida

---

<sup>466</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.401-402.

Provisória não difere muito da proposta feita inicialmente para o Estatuto do Cidade. Destaca a previsão de que o direito à concessão pode ser exercido em relação aos imóveis públicos pertencentes a todos os entes da federação, sem distinção, com a possibilidade de que possa ser autorizado o uso de imóveis públicos para fins comerciais<sup>467</sup>.

Como características básicas do instituto aponta-se inicialmente a delimitação do tempo para que possa ser reconhecido o direito à concessão pública do uso. No artigo 1.º da Medida Provisória está previsto que todo aquele que ocupou terreno com metragem de até 250m<sup>2</sup> até 30 de junho de 2001, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-o para fins de moradia, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural terá direito a concessão de uso.

A previsão assegura, como regra, o direito do ocupante a ter concedido o uso do bem imóvel para fins de moradia, sendo portanto oponível à Administração Pública. A negativa da concessão pode ocorrer em situações excepcionais, quando for o caso de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, e também quando o imóvel for bem de uso comum do povo, esteja destinado a projeto de urbanização, for de interesse da defesa nacional, esteja em área de preservação ambiental e proteção dos ecossistemas naturais, esteja reservado à construção de represas e obras congêneres ou ainda esteja situado em via de comunicação.

A negativa somente poderá ocorrer dentre aquelas situações apontadas, que se dividem em obrigatórias e facultativas. No caso de risco à vida ou à saúde de quem ocupa o imóvel, o Poder Público tem o dever de negá-la, mas não sem antes indicar outro local para a moradia. Nos demais casos, supracitados e que se encontram elencados no artigo 5.º, existe a faculdade para conceder ou negar. Também nesses casos, cabe a indicação de novo imóvel para moradia.

A garantia dada pela Medida Provisória é a do exercício do direito de morar, realizado mediante a concessão de uso de bem público que regulariza juridicamente a situação dos assentados. Da regularização jurídica, direito garantido pela Constituição e regulamentado pela Medida Provisória, deve-se passar à regularização urbanística instrumentalizada pela demarcação da área por meio da ZEIS.

Com a publicação da Lei n.º 11.977/2009 tem-se a previsão do uso de tal instrumento como condição para o acionamento da regularização fundiária em

---

<sup>467</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia. DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 155.



assentamentos irregulares de interesse social, conjugado com a definição da área com zona especial de interesse social, envolvendo a melhoria social, ambiental e urbanística.

Embora a Medida Provisória garanta ao Poder Público a faculdade para a concessão de uso em áreas de preservação permanente, na Lei n.º 11.977/2009 a recomendação é feita de maneira diversa. O Poder Público municipal poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em área de preservação permanente que tenha sido ocupada até 31 de dezembro de 2007 e esteja inserida em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

Trata-se do exercício de atividade administrativa discricionária em que um texto legal exige justificativa para a decisão e o outro não. Entende-se que ao estar prevista a obrigatoriedade para concessão de uso especial de bem público para fins de moradia como regra, quando houver possibilidade diversa, ou seja, a não-concessão, caberia à Administração o dever de justificar sua decisão, ainda que discricionária, tal qual está indicado na Lei n.º 11.977/2009.

A CUEM pode ser solicitada ao Poder Público que terá prazo de até doze meses para decidir sobre tal situação. O prazo tão longo só se justifica se a Administração o utilize para a elaboração de um projeto de urbanização, nos casos da concessão de uso individual ou de um projeto de regularização fundiária, com a definição da área em zona especial para que caiba a intervenção, seguida do respectivo plano de urbanização, nos casos da concessão de uso coletiva.

Ainda que os casos envolvendo imóveis da União ou dos Estados requeiram maior dilação de prazo diante da distância entre os entes, entende-se que fora da perspectiva do planejamento, o prazo só contribui para o descaso e a omissão no dever de tutela em relação aos bens públicos.

Não sendo concedida o uso do bem para fins de moradia, o solicitante poderá fazê-lo perante o Poder Judiciário a quem caberá concedê-la, desde que preenchidos os requisitos, mediante sentença a ser registrada no cartório de registro de imóveis.

Seguindo o raciocínio correspondente à política urbana de habitação social, como na previsão legal sobre o usucapião, cabe a solicitação de concessão de uso especial para fins de moradia coletiva, desde que os imóveis possuam mais de 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e estejam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição. Não sendo possível identificar os terrenos ocupados pelo possuidor, a concessão será conferida de forma

coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Importante grifar que a concessão especial é instrumento jurídico com a função de promover regularização da moradia para população carente, não sendo possível ser solicitada e concedida a ocupantes de áreas públicas com padrão de vida elevado. Cabe aqui a ressalva pelos casos de ocupação de terras públicas por grupos sociais de renda média alta e alta, muitas vezes intitulados como condomínios fechados.

A concessão coletiva foi concebida para atender às situações mais comuns de ocupações irregulares por população de baixa renda, ordinariamente caracterizadas como favelas, em que a com posse está presente de acordo com a previsão feita pelo Código Civil, no artigo 448. O possuidor tem a posse sobre partes ideias do imóvel sem excluir o igual direito dos demais possuidores, ou compossuidores, o que significa que a posse detida por um tem o mesmo valor da posse mantida pelo todo<sup>468</sup>.

Como no caso do usucapião, é comum a população assentada promover o parcelamento informal do uso da área por meio de regras adequadas às suas necessidades específicas. Nesses casos, é fundamental que se identifique a com posse para fins de concessão.

Diante da dificuldade de definir individualmente os lotes, a concessão deve ser requerida coletivamente, lembrando que o cômputo para o período característico de posse pode ser feito pelo acréscimo do prazo de ocupação do seu antecessor, desde que contínuos.

A rotatividade que permeia as ocupações para fins de moradia não foi esquecida. A possibilidade de agregar prazos, tanto no caso de ocupações em terrenos privados, onde o instrumento jurídico é o usucapião, quanto nas ocupações em terrenos públicos, para fins de regularização da posse está prevista.

Tal previsão legal permite que a concessão seja garantida e a função social do imóvel seja exercida no caso em questão, garantindo o acesso à moradia a quem dela necessite.

Quanto ao tratamento despendido na divisão dos terrenos para fins de concessão coletiva, a possibilidade que seja outorgada tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário não cria maiores dificuldades. Por termo administrativo ou por meio de sentença poderá ser determinada a fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente

---

<sup>468</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p.409.

da dimensão que possua o imóvel. De outra forma, desde que haja acordo formal entre as partes envolvidas na ocupação, a Administração Pública ou o juiz responsável poderá atribuir frações diferenciadas a cada um dos outorgados<sup>469</sup>.

Em nenhum dos casos, seja pela previsão do Estatuto da Cidade ou pelas determinações feitas a partir da Lei n.º 11.977/2009 será possível intervir na área sem que haja planejamento urbano para tanto, incluindo a definição da área como Zona Especial, já que esse instrumento flexibiliza a aplicação de regras observando as características do assentamento.

Como se trata de regularização fundiária de interesse social em assentamentos informais a elaboração de um plano de urbanização é pressuposto para que o Poder Público possa atuar, desenvolvendo todas as ações que caracterizam o processo de regularização, ainda que possam ser feitas por etapas, como indica o artigo 51, parágrafo terceiro da Lei n.º 11.977/2009.

Nos casos de imóveis ocupados coletivamente dificilmente haverá possibilidade de distinção precisa quanto à metragem que cada pessoa ou família ocupa. O estudo do aspecto territorial e urbanístico é fundamental para a definição da posse, cabendo a medição do espaço ocupado por meio de memoriais descritivos. Diante dessa situação, o auto de demarcação urbanística deve ser utilizado, pois funciona como um levantamento fundiário devendo conter *planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites*<sup>470</sup>.

A outorga do Poder Público, para que população de baixa renda utilize formalmente bens imóveis públicos para sua moradia, tem fundamento em prescrição constitucional, normatizando as diretrizes que devem conduzir a política urbana brasileira, centrada

---

<sup>469</sup> Op. cit., p. 409-410.

<sup>470</sup> Art. 56. O poder público responsável pela regularização fundiária de interesse social poderá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação.

§ 1o O auto de demarcação urbanística deve ser instruído com:

I – planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e a indicação do proprietário, se houver;  
II – planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante no registro de imóveis; e

III – certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

LEI n. 11.977, de 7 de julho de 2009, Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

especialmente na questão habitacional.

Ainda, é preciso citar que a concessão pode ser outorgada ao homem ou à mulher, ou a ambos, independente do estado civil, de forma gratuita. O direito de ter concedido o uso do imóvel para fins de moradia não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez, e o herdeiro legítimo tem o direito de continuar na posse de seu antecessor, desde que já estivesse residindo no imóvel quando da abertura da sucessão. Isso implica dizer que o direito de concessão é transferível por ato *inter vivos* ou por *causa mortis*.

Sem desconsiderar a demanda que assoberba os entes federativos, o constituinte descreveu as linhas gerais da política urbana identificando quais instrumentos jurídicos e urbanísticos respaldariam a atuação pública de garantir o desenvolvimento urbano, o direito à moradia e o bem-estar dos cidadãos. Diante disso, coube ao acervo imobiliário de domínio do Poder Público o provimento de condições materiais e formais para o acesso à moradia, para além da elaboração de políticas públicas de habitação social.

A aplicação do princípio da função social da propriedade pela Administração Pública tem por objetivo dar ao imóvel, público ou privado, uma função que contribua para o desenvolvimento e a melhoria da vida em sociedade, promovendo o acesso à moradia por meio do instituto da concessão de uso especial, seja de maneira individualizada, seja de maneira coletiva.

A CUEM afeta o bem público destinado a tal fim e poderá ser extinta se o concessionário der ao imóvel destino diverso daquele que justificou a expedição da outorga, seja no caso de o concessionário adquirir outra concessão ou mesmo a propriedade de um imóvel, seja urbano ou rural. Em tais situações, caberá ao Poder Público declarar a extinção da outorga e averbá-la na certidão do imóvel em cartório de registro de imóveis.

No âmbito da atividade de regularizar e urbanizar, previstos os instrumentos e indicadas as necessidades sociais a serem supridas, deve o Poder Público planejar e estabelecer critérios para a aplicação deles definindo como Zonas Especiais de Interesse Social as áreas para intervenção, em Lei de Plano Diretor ou em Lei municipal específica. Com base na Lei n.º 11.977/2009 deve ser constituído um programa de regularização fundiária que permita a urbanização das áreas, a reposição dos espaços públicos mediante a implantação de equipamentos públicos e comunitários e, ainda, não menos importante, a preservação de áreas verdes pela sua reposição e também por meio de medidas adequadas à sustentabilidade ambiental e compensação quando for o caso.

Sendo assim, a elaboração e articulação de políticas públicas de cunho

socioeconômico e ambiental, além das urbanísticas, que já são obrigatórias diante das previsões constitucionais, ganham um plus quanto ao dever de promoção pelo Poder Público, quando se trata da utilização direta de bens públicos.

O descaso público diante desse tipo de projeto atesta objetivamente o descumprimento da função pública de administrar, que inclui o dever de urbanizar e promover o acesso às funções sociais da cidade para todos.

É de interesse público que o uso seja adequado às características do bem, que sua utilização reverta bem-estar para determinados grupos sociais que se encontram em desigualdade de condições para prover suas necessidades. A CUEM promove o acesso à moradia, garante segurança e justiça social, é um direito a ver formalizada situação que envolve a satisfação de uma necessidade humana e o exercício de um direito fundamental.

#### 4.2.4. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO - CDRU

Reforça-se que as políticas de regularização fundiária são muito importantes para o Município, pois com a possibilidade de trazer para a cidade formal as moradias irregulares mantidas na informalidade alcança-se pouco a pouco a ordenação da cidade pautada na justiça social.

Os instrumentos até agora destacados são aqueles que auxiliam em tal transformação da realidade urbana, sendo mesmo os mais aptos a serem utilizados no desenrolar da atividade de regularização.

Com a Concessão de Direito Real de Uso - CDRU não é diferente. Embora seja o instrumento jurídico mais antigo, de origem civilista, criado pelo Decreto-lei n.º271, de 28.02.1967, tem grande importância na ordenação do espaço urbano para fins de moradia.

Sua utilização pelo Poder Público prescinde de autorização legislativa, já que pode ser utilizado tanto quando se tratar de imóvel público quanto particular. A Lei de licitações prevê a concorrência para os casos de concessão de direito real de uso, porém, nos casos destinados para a habitação popular há dispensa do certame, de acordo com o artigo 17, inciso I, alínea *f* da Lei n.º 8.666/93 e alterações.

A CDRU pode ser firmada a tempo certo ou indeterminado, porém não cabe indicá-la como perpétua, o que faria da mesma nula de pleno direito. Como já abordado no capítulo segundo quando são apontados os instrumentos jurídicos previstos no Estatuto da

Cidade, trata-se de um contrato firmado entre particulares ou Poder Público e particular transferindo o domínio útil do imóvel, por ato *inter-vivos* ou *causa-mortis*, que dele poderá dispor para os fins indicados no artigo 7º do Decreto-lei, tais sejam fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

Ainda, é importante destacar que tal direito real resolúvel pode ser extinto quando do descumprimento de cláusula resolutória fixada no contrato ou termo administrativo, de configuração público ou particular, que deve ser registrado em cartório segundo o artigo 167, inciso I da Lei n.º 6.015/73. Tal resolução, em regra geral, não prevê indenização de benfeitorias realizadas pelo concessionário.

Para o Estatuto da Cidade, a CDRU pode ser contratada individualmente e coletivamente nos casos de programas habitacionais de interesse social, onde poderá haver transferência da gestão do local para a promoção da regularização fundiária daquela área, quando não couber o uso da Concessão de Uso Especial para fins de moradia.

Sua finalidade não difere dos demais instrumentos supra tratados. Garante a aplicabilidade do princípio da função social da propriedade, permitindo que imóveis públicos ou privados ocupados para fins de moradia sejam absorvidos pela legalidade, com a formalização da ocupação através de instrumento jurídico próprio, que para o artigo 48 da Lei n.º 10.257/2001 tem caráter de escritura pública e também garantia real para contratos de financiamento habitacional.

O uso da CDRU quando os imóveis ocupados para fins de moradia são públicos deve ser autorizado por Lei específica que definirá também o perímetro da área, o tipo de ocupação existente, quem serão os destinatários da concessão, o prazo da concessão e se ela será gratuita ou onerosa e se se dará de forma individual ou coletiva. Interessante ainda é que a área que esteja sob avaliação para concessão seja gravada como zona especial de interesse social - zeis, podendo inclusive ser definida pela própria lei que autorizar a CDRU.

Na celebração do contrato ou termo de concessão coletiva pode ser parte outorgada a associação comunitária, desde que represente juridicamente a comunidade ou ainda deve ser instituído condomínio configurando e qualificando o caráter coletivo das ações a serem desenvolvidas internamente<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup>SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 425-426.

Como os demais instrumentos de viabilização da segurança da posse, a CDRU ocupa um importante papel dentro da atividade de regularização fundiária. Sua utilização nunca deverá ocorrer dissociada de outras intervenções envolvendo a comunidade e cada indivíduo beneficiado pela ação, sendo interessante, portanto, que a outorga do bem imóvel tenha prazo longo para que a consolidação da área tenha possibilidade de ocorrer.

A CDRU é um instrumento que pode ser utilizado individualmente e de forma isolada, já que pode ocorrer entre pessoas físicas também. Porém, sob a perspectiva da política urbana habitacional deve estar inserida em um amplo projeto de investimentos públicos, de acordo com o que prevê a Lei n.º 11.977/2009, ainda que não tenha sido apontada como elemento para a implantação específica de regularização fundiária de interesse social.

#### **4.3. ASPECTOS LEGAIS QUE TRANSVERSALIZAM COM O INSTITUTO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

O desenvolvimento dos núcleos urbanos incide diretamente nos bens naturais e culturais de determinada localidade. No contexto de meio ambiente urbano em que imperam a carência habitacional, a falta de saneamento básico, a falta de planejamento urbano, problemas de desemprego e de organização social, compete ao Município a responsabilidade de transformar esse cenário disponibilizando bens e prestando serviços que a população tem direito.

A função do plano diretor, instrumento básico da política urbana, é sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando ao bem-estar da comunidade local, o que inclui a proteção do meio ambiente, promovendo o desenvolvimento em equilíbrio com a natureza.

A par da relação entre urbanismo e meio ambiente natural, entre as políticas urbanas e a responsabilidade com a questão ambiental, fato é que o capitalismo e a industrialização são os grandes responsáveis pelas marcas da devastação no meio ambiente, não olvidando as exigências que a sociedade moderna lhe impõe. O meio ambiente natural, além de encampar a provisão de recursos renováveis e não renováveis, em última análise presta também serviços à sociedade, quando absorve a poluição causada pelas emissões de gases, quando arrasta os resíduos pelas águas dos rios, córregos, que geram alterações nos sistemas biológicos e também no solo.

Diante desses fatores que envolvem, como já dito, o déficit habitacional e a carência de uma série de bens e utilidades para um determinado segmento da população brasileira, a defesa da regularização como ferramenta viabilizadora do direito à moradia não descuida da observância de legislação que protege o meio ambiente natural.

Dessa forma, seguindo comandos que induzem à materialização da função socioambiental da propriedade urbana, entende-se que o diálogo da questão ambiental com a questão urbana em determinados textos legais, flexibilizando os balizamentos normativos e autorizando a intervenção para fins de promoção da moradia, obedece aos princípios e valores contidos na Constituição Federal de 1988, superando um falso conflito que põe ser humano e meio ambiente em lados opostos.

A Constituição da República de 1988 definiu o balizamento da questão urbana e ambiental no país, positivando uma nova concepção que tem como objetivo primordial estimular o processo de concretização dos direitos fundamentais envolvendo a ideia de planejamento urbano, função social da propriedade urbana, proteção ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações, mitigação e (ou) erradicação das desigualdades sociais geradas pela urbanização desenfreada e a inacessibilidade à terra, reorganização dos espaços, promovendo o desenvolvimento urbano sob a perspectiva da sustentabilidade e conduzindo o diálogo entre o urbano e ambiental em um contínuo processo de aperfeiçoamento que garanta ao povo a realização dos direitos essenciais do homem como um local onde habitar adequadamente.

Sob essa inteligência, o planejamento urbano definido no texto magno sugere a elaboração de planos e diretrizes que permitam alcançar as metas estabelecidas, unindo a agenda urbanística e a ambiental do ente municipal, determinando que tais questões, que já caminham imbricadas, sejam tratadas sob um único olhar, respeitadas as peculiaridades que os envolvem. A regularização fundiária está inserida nesse contexto como ferramenta específica para tratar as situações de irregularidade urbana e ambiental, compatibilizando-as à lei, promovendo não só o acesso à moradia como também a preservação ambiental.

A política urbana constitucional indica e o Estatuto da Cidade corrobora em determinar que as ações de planejar e executar planos urbanísticos devem sempre ter como princípio o equilíbrio ambiental. O rol de instrumentos definidos pela Lei n.º 10.257/2001 inclui alguns instrumentos próprios do Direito Ambiental, tais como a criação de unidades de conservação, o zoneamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental, que utilizados de maneira articulada com os demais instrumentos urbanísticos



garantem a viabilização da sustentabilidade nas cidades <sup>472</sup>.

A regularização fundiária ganha dimensão de direito coletivo, cria condições para a moradia adequada<sup>473</sup>, sob a perspectiva do direito do cidadão ao tratamento igualitário, a ser dado pelo Estado, referente aos serviços de reurbanização, reestruturação do espaço urbano, melhorias de natureza ambiental, urbanística, saneamento básico, prestação de serviços de transmissão de energia, água, transporte, abertura de vias públicas. Trata-se da igualdade de condições para o acesso a determinado direito que não se realiza enquanto não forem providos os bens e serviços que lhe possibilitem seu usufruto completo.

A possibilidade de adquirir a propriedade de um imóvel para moradia por meio do usucapião especial urbano ou a garantia da posse mediante a CUEM ou ainda pela CDRU permitem a compreensão de que o direito à moradia não só está previsto na Constituição Federal, como também tem garantias para que se viabilize.

Sendo o direito à moradia o direito de poder morar de acordo com as necessidades vitais humanas, é na utilização dos instrumentos citados interligados ao instituto da regularização fundiária, que se materializam direito ao acesso e o dever público de provê-lo.

Para sedimentar tal compreensão, diante dos reclamos sociais, da necessidade de reestruturação do espaço urbano e conciliação da formalidade com a ausência de direitos é que as Leis n.º 11.977/2009 e n.º 11.952/2009 definem a regularização fundiária como principal instrumento viabilizador do acesso à moradia.

Sem a intenção de esgotar a relação de textos legais com o tema verifica-se a necessidade de pinçar algumas normas que estão interligadas ao tema da Regularização Fundiária e da promoção do acesso à moradia, buscando promover um melhor entendimento. Sendo assim, aponta-se a Lei n.º 4.771/1965 que institui o Código Florestal, a Resolução n. 369/2006 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e a Lei n.º 9.985/2000 que regulamenta o artigo 225, parágrafo primeiro, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, bem como a Lei de Parcelamento do Solo Urbano de n.º 6.766/1979, como

---

<sup>472</sup>SALAZAR JÚNIOR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a tutela do meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.174-175.

<sup>473</sup>Moradia adequada identificada como aquela que promove a segurança da posse, a disponibilidade de serviços e infraestrutura, condições físicas e salubres para moradia, de localização acessível através de transporte público e que esteja inserida na cidade, respeitando os padrões culturais e habitacionais originários dos usos e costumes da população assentada.

importantes instrumentos normativos que dialogam com o instituto da regularização fundiária.

O Código Florestal Brasileiro está em análise no Congresso Nacional com proposta de revisão e alteração de alguns dos seus artigos, o que tem gerado uma série de manifestações dos mais variados setores envolvidos. No contexto dessa discussão foi aprovada a já citada Lei 11.952 em junho de 2009, que trata da regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, para fins de moradia.

Para a abordagem sobre a regularização, cabe apontar, inicialmente, a previsão feita pelo Código, com redação dada pela Medida Provisória n.º 2.166/2001, no seu artigo 4º, permitindo supressão de áreas de preservação permanente por interesse social ou utilidade pública, desde que devidamente autorizado por órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente que deve comprovar a situação e a inexistência de alternativa diversa que possa evitar tal situação. A lei também descreve o que é considerado utilidade pública<sup>474</sup> e interesse social, e para as intervenções necessárias ao processo de regularização urbana, as definições sobre utilidade pública a essas correspondem.

A medida provisória n.º 2.166-67 de 2001 faz alterações do Código Florestal aproximando a legislação da realidade urbana que degrada o meio ambiente. A instalação desordenada de construções irregulares é regra na paisagem urbana constituindo grave risco à vida das pessoas e do meio ambiente, e, em que pesem as críticas ferozes a tal permissivo legal, criar a possibilidade de regularizar ambientalmente a região ocupada é garantir sua sustentabilidade.

Caberia ao Poder Público a fiscalização e preservação das áreas ambientais, impedindo sua ocupação, tanto quanto a viabilização de moradia por meio de políticas públicas para habitação social, mas a realidade que se impõe é outra. Os Municípios têm dificuldades para o planejamento, para gerenciar seu meio ambiente, e a corrupção e o

<sup>474</sup> Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§2º-Para os efeitos deste Código, entende-se por:

IV - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia e aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão;
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente-CONAMA; (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.166-67, de 2001).Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o novo Código Florestal.

descaso político-administrativo colaboram para a cidade irregular.

Considerando a realidade atual em que a construção do espaço urbano não ocorre dissociada do meio ambiente natural, a flexibilização normativa não pode ser entendida como um incentivo às ocupações, tendo em vista que ninguém mora em condições insalubres por vontade própria. Ademais, é preciso considerar que a falta de oferta de áreas a serem ocupadas por população de baixa renda, a conivência do Poder Público com as ocupações em áreas de preservação permanente e a ineficácia das normas ambientais e sua dificuldade em dialogar com a questão urbana contribuem para a situação atual, desconsiderando a presença da pessoa humana, que é parte integrante do meio ambiente<sup>475</sup>.

Na esteira dos debates sobre direito à moradia, ocupações irregulares em áreas de fragilidade ambiental e regularização fundiária, o Conselho Nacional do Meio Ambiente, em 28 de março de 2006 editou a Resolução de n.º 369 reconhecendo a possibilidade de regularização fundiária sustentável em áreas de preservação permanentes em zona urbana, tendo em vista tratar-se de atividade de interesse social.

Diante da magnitude de problemas urbano-ambientais e conflitos entre as leis que tratam dos assuntos citados, procurou-se dar respostas instaurando um marco regulatório que albergasse o direito à moradia com qualidade ambiental e o desenvolvimento sustentável do país.

As Áreas de Preservação Permanente – APPs são espaços territoriais que exercem funções essenciais à proteção de ecossistemas, especificamente da água e do solo, regidas por rígidas normas de preservação ambiental, nas quais a intervenção humana e as atividades econômicas devem ser mínimas. São exemplos de APPs os topos de morros, entornos de nascentes, margens de rios, dunas, restingas e manguezais; e, embora sejam regidas pelo Código Florestal, Lei n.º 4.771/65 e alterações, é a resolução que aponta os requisitos para que caiba a intervenção.

A Lei n.º 11.977/2009 destaca alguns desses pontos, repetindo exigências para o processo de regularização dentro do estudo técnico que deverá ser apresentado pelo Plano de Regularização, que inclui a caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada, especificações sobre os sistemas de saneamento básico, a proposta de intervenção para o controle de riscos geotécnicos e de inundações, a recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização, a comprovação da

---

<sup>475</sup>PRESTES, Vanêscia Buzelato. Municípios e meio ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. In: PRESTES, Vanêscia Buzelato (Org.), *Temas de direito urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 43-44.

melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso, comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização e a garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água, quando for o caso, permitindo uma articulação entre os instrumentos normativos e dando solidez ao processo.

É possível regularizar áreas utilizadas por população de baixa renda com uso predominante para habitação, inseridas em Zona Especial de Interesse Social que tenha sido declarada por lei específica ou em Plano Diretor. Ainda, para sua intervenção a ocupação deve possuir no mínimo três itens relativos à infraestrutura urbana implantada e densidade demográfica que não seja inferior a cinquenta habitantes por hectare.

A resolução cita o Estatuto da Cidade em relação às ocupações consolidadas e indica o que deve conter o Plano de Regularização Fundiária a ser analisado pelo órgão ambiental competente.

Reforçando a ideia da gestão ambiental urbana, o órgão avaliador pode ser de âmbito municipal, desde que o município disponha de Conselho do Meio Ambiente de caráter deliberativo e Plano Diretor ou Lei de Diretrizes Urbanas, no caso de Municípios com menos de vinte mil habitantes, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente, fundamentada em parecer técnico. Nos casos em que o Município não tiver condições técnicas para tanto, a aprovação do plano e sua autorização serão dadas pelo órgão ambiental estadual.

A resolução fala de Plano de Regularização Fundiária Sustentável que deve conter todas as intervenções a serem feitas pelo Poder Público, incluindo ações de prevenção. Tal plano deve conter informações sobre as características urbanas e ambientais do local no qual se insere a ocupação, bem como as chamadas potencialidades e fragilidades ambientais da área e as particularidades que podem requerer proposições de intervenção próprias.

É preciso que o projeto indique quais as melhorias que pretende inserir para dar sustentabilidade urbano-ambiental e condições para habitação, preservando, conservando e recuperando a Área de Preservação Permanente – APP.

Não há admissão de implantação de novos projetos de loteamentos. Mas, quando se trata de interesse social, que tem por base a preservação da área e o direito à moradia, a resolução admite a regularização fundiária sustentável, em área urbana, de ocupações humanas preexistentes, consolidadas até 10 de julho de 2001, onde já ocorreu o

parcelamento do solo urbano.

A resolução também prevê a participação popular, por meio de audiências públicas, promovendo a gestão democrática. Tal previsão permite o compromisso da população com o processo de regularização, sua participação na preservação e manutenção da área a ser regularizada, o que poderá evitar novas apropriações indevidas ou mesmo a continuidade do processo ilegal após a regularização.

Embora tenha havido o reconhecimento da necessidade de regularizar tais ocupações para fins de moradia, é importante ressaltar que a resolução do CONAMA não reconhece todos os tipos de ocupações, desconsiderando, por exemplo mangues e dunas como não passíveis de intervenção. Sendo assim, têm-se várias situações em cidades pelo país afora que não são contempladas pela Resolução n.º 369/2006, estando à margem das soluções legais previstas pela legislação ambiental. As áreas não contempladas têm alto índice de ocupação irregular há muito consolidadas, especialmente na Região Nordeste.

A Resolução deveria levar em consideração as diferenças marcantes dos assentamentos irregulares e a forma como se produzem, tendo em vista que a apropriação do espaço urbano reflete as desigualdades socioeconômicas de cada região, bem como suas características culturais e físico-territórias.

Ainda, há que se lembrar da enorme resistência advinda do setor ambiental para que as regularizações sejam promovidas, atreladas à falta de capacitação institucional e técnica, mesmo havendo previsão para tal intervenção.

A resistência se baseia em diversos argumentos de ordem preservacionista, mas a ausência de interesse político para a promoção do interesse público é seu maior motivador. Com a publicação da resolução, ganhou-se mais subsídio para a defesa da regularização fundiária como direito a ser implementado, porém, a postura pública dos agentes envolvidos e a incapacidade técnica, financeira e institucional dos Municípios têm sido um grande empecilho para se viabilizar a regularização fundiária sustentável em sua plenitude.

Tal precariedade institucional reflete no desenvolvimento da cidade gerando mais precariedade – aquela que promove o descumprimento consciente das regras desconectadas com as necessidades urbanas e o grau de urbanização – produzindo irregularidades de toda ordem.

Nas áreas onde a presença humana se encontra definida, a estratégia pública deve estar voltada à compatibilização, quando possível, do bem-estar da população e da

proteção ambiental que refletirá na qualidade ambiental do meio urbano. A garantia de acesso aos serviços públicos, a educação ambiental, a saúde pública, o gerenciamento de riscos ambientais, abastecimento de água, coleta, drenagem e tratamento de esgotos e resíduos sólidos, promove o direito à moradia adequada às necessidades humanas e à preservação do meio ambiente.

Ainda que o trabalho de pesquisa tenha como foco o direito à moradia, não há possibilidade de se desconsiderar sua relação com o meio ambiente e com a necessidade de preservação e recuperação das áreas ambientais ocupadas por população de baixa renda. Há, sim, a intenção em demonstrar que a situação das ocupações irregulares representa grave violação aos direitos da pessoa humana, envolvendo a degradação ambiental como um dos direitos violados.

As diretrizes editadas pelo Estatuto da Cidade indicam o direito à cidade e o direito à moradia vinculados à proteção ao meio ambiente sob a ótica da sustentabilidade. A legislação de conteúdo ambiental tem tido avanços, porém, é preciso continuar atento aos conflitos surgidos com a aplicação da legislação ambiental e urbanística, especialmente com vistas à proteção ambiental e à regularização fundiária. Para tanto, sugere-se uma melhor adequação das normas ambientais à questão urbana e territorial envolvendo o respeito à diversidade sócio-cultural, econômica e de ecossistemas dos diversos municípios brasileiros.

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo inteiro para o Meio Ambiente refletindo valores que foram trazidos pelas ideias debatidas na Conferência de Estocolmo, internalizando políticas e ações vinculadas ao tema do desenvolvimento sustentável que passam a ser indicados no artigo 225 do texto constitucional.

O artigo 225 da Constituição Federal considera o meio ambiente como bem de uso comum do Povo, o que o exclui do rol dos bens que possam ser utilizados economicamente na forma privada tradicional, isto é, de serem apenas considerados como domínios livres de intervenção. O meio ambiente não é bem do Estado nem é bem privado, é bem pertencente a toda a coletividade, pelo que não pode ser apropriado de forma ilimitada.

A Lei federal n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC estabelecendo critérios e normas para a criação, implantação e gestão de unidades de conservação de áreas ambientais a serem observadas pela Administração Pública de cada ente da federação. Tal lei observa o que foi recomendado pelo artigo 225, parágrafo primeiro e incisos I, II, III e VII da Constituição

Federal.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação tutela o interesse público de proteger determinadas áreas dos usos que possam afetar o meio ambiente. Sendo assim, classifica as Unidades de Conservação em dois grupos, as Unidades de Uso Sustentável e as Unidades de Proteção Integral. Com o objetivo de proteger o meio ambiente da interferência predatória e degradante e promover desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais, as Unidades de Conservação de Proteção Integral admitem apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, não permitindo, na maior parte das categorias de unidade a presença humana, ressalvados os casos previstos em lei.

Se houver incompatibilidade entre os objetivos da área e as atividades privadas, ou não havendo concordância do proprietário às condições propostas pelo órgão administrativo responsável a área deve ser desapropriada de acordo com o que dispõe a lei.

No grupo classificado como Unidade de Uso Sustentável foram abrangidas as áreas definidas como de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reservas extrativistas, de desenvolvimento sustentável, etc<sup>476</sup>. De forma geral a presença humana nessas áreas deve estar permeada por autorização que pode envolver regulamento próprio, um regime de concessão especial e um plano de manejo, tudo com o objetivo de proteger o meio ambiente e assegurar sua preservação, sempre na perspectiva da sustentabilidade.

Não há dúvidas que a criação das unidades de conservação contribui para a conservação da biodiversidade, podendo também combater à grilagem de terra pública, a proteção de comunidades tradicionais e o desenvolvimento social e econômico com base no uso sustentável dos recursos naturais, além, inclusive de conter ocupações desordenadas. No entanto, não se pode desconsiderar os direitos de quem ocupa tais áreas, além de dar efetividade aos dispositivos da lei especialmente no que se refere à

---

<sup>476</sup> Art. 14. Constituem o Grupo das Unidades de Uso Sustentável as seguintes categorias de unidade de conservação:

- I - Área de Proteção Ambiental;
- II - Área de Relevante Interesse Ecológico;
- III - Floresta Nacional;
- IV - Reserva Extrativista;
- V - Reserva de Fauna;
- VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e
- VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

participação comunitária.

A Lei n.º 9.985/2000 classifica as unidades de conservação que não admitem a permanência de comunidades locais, tampouco a utilização dos recursos naturais disponíveis, exigindo, desse modo, que haja adequação do uso das áreas ou o remanejamento das “populações tradicionais” nelas residentes, as quais deverão ser indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público.

Ainda que tais comunidades estejam estabelecidas dentro das unidades, que deveriam ser criadas através de amplo debate com a população diretamente envolvida, compondo o patrimônio a ser preservado, a Lei n.º 9.985/2000 inovadora na criação das ilhas de proteção ambiental também caminha, em certa medida, contrária às diretrizes que relacionam o ser humano e o meio ambiente.

Nos casos de presença humana em áreas onde deve haver a regularização das unidades de conservação, especialmente quando se tratam de populações tradicionais que lá residem e desenvolvem sua cultura em harmonia com o meio ambiente, é preciso que seja feita a transição razoável e proporcional do uso da área por tais sujeitos, permitindo que a presença das comunidades tradicionais não seja encarada como um amontoado de pessoas desprovidas de direitos que ali estão apenas para depredar a natureza.

As unidades de conservação não podem ser criadas sem consulta às instituições, grupos e comunidades afetadas ou interessadas. A exclusão, em especial, das comunidades locais, do processo de criação das unidades prejudica as possibilidades de diálogo e de colaboração no que diz respeito à sua conservação. A situação seria menos difícil se pudesse ser admitida a presença de populações tradicionais nas unidades de conservação de proteção integral, mas, como se sabe, a legislação vigente não admite essa possibilidade. Desta feita, o governo e os órgãos ambientais passam a ser percebidos pela comunidade local como agressores, invasores, inimigos.

O direito à moradia não pode ser encarado como um óbice à proteção ambiental e é por isso que o Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002, prevê que a criação da unidade de conservação deve prever a presença da população tradicional ali assentada ou aquela beneficiária de reserva extrativista, bem como a possibilidade de firmamento de termo ou contrato de concessão de direito real de uso a ser firmado com a população tradicional garantindo e reconhecendo o direito à segurança da posse e da propriedade a tais grupos de pessoas.



Nos casos de impedimento total da presença humana o Decreto prevê as condições para o reassentamento das populações tradicionais residentes até a data da instituição da unidade de conservação, garantindo-lhes o direito à moradia em condições que respeitem sua cultura, adequadas às necessidades vitais para se morara adequadamente.

Embora a criação de unidades de conservação, que tem como finalidade a proteção o meio ambiente de acordo com o recomenda a Constituição, entre em conflito com o direito de pessoas assentadas historicamente naqueles locais, o direito fundamental à moradia não foi desprezado porque não poderia sê-lo. Não há conflito real entre dois direitos constitucionalmente garantidos, mas a necessidade de compatibilizar tais valores ponderadamente. Se não há possibilidade de exercer um direito, o direito à moradia naquele local, nem por isso ele passa a não existir. Cabe ao Poder Público permitir que seja exercido em outro local, de forma adequada<sup>477</sup>.

O decreto que regula a criação das Unidades de Conservação preserva a moradia tanto quanto o meio ambiente, indicando o que deve ser feito quando não há possibilidade de compatibilizar a presença humana e o meio ambiente. Não há negativa do direito, mas tão somente a transferência do seu exercício para outro local, reforçando a ideia de que o direito à moradia deve ser viabilizado sempre.

Dando sequência à análise de textos legais, aponta-se a lei que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, Lei n.º 6.766/1979 alterada pela Lei n.º 9.785/1999 e que está sob nova análise no âmbito do Poder Legislativo, sob o n.º 3.057/2000.

A Lei n.º 6.766/1979 é um diploma legal que fixa normas gerais urbanísticas para a aprovação de parcelamentos urbanos em todo o território nacional, regulando-os de forma a ordenar o uso do solo urbano. Para Nelson SAULE JÚNIOR seu maior benefício à questão urbana foi criar a possibilidade para que os Municípios possam regularizar os parcelamentos irregulares em seu território, além da criação da figura da zona especial para população de baixa renda, em loteamentos de interesse social<sup>478</sup>.

As irregularidades no tocante ao parcelamento do solo podem ser várias, sendo identificados os casos de loteamentos irregulares, loteamentos clandestinos e os loteamentos urbanos implantados anteriormente à Lei n.º 6.766/1979 e não registrados ou inscritos devidamente em Cartório de Registro de Imóveis. Para esses casos também há necessidade de regularização fundiária.

<sup>477</sup> FERNANDES, Edésio. Preservação Ambiental ou Moradia? Um falso conflito. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia.(org.) *Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 357.

<sup>478</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção Jurídica nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 352.

Nelson SAULE JÚNIOR<sup>479</sup> explica os casos de irregularidade e clandestinidade:

“ Os loteamentos irregulares são os parcelamentos do solo urbano que obtiveram aprovação do Poder Público municipal, mas que não foram executados conforme ato administrativo da aprovação. Os loteamentos clandestinos são aqueles que não obtiveram nenhuma aprovação por parte do Poder Público municipal e surgem diante da inércia da Administração Pública em fiscalizá-los.”

O loteamento é irregular é assim considerado em razão de suas condições físicas ou urbanísticas, quais sejam, a ausência de infraestrutura e de áreas públicas de uso coletivo bem como as irregularidades jurídicas relativas ao registro do loteamento que consistem, principalmente, na incorreção do título de propriedade da gleba<sup>480</sup>.

O caso dos loteamentos clandestinos pode ser considerado o mais grave, sendo o que tem recebido maior abordagem neste trabalho dissertatório. São loteamentos implantados à revelia do Poder Público, muito pela sua omissão em fiscalizar, ocupados por população de baixa renda em locais com características que impedem a presença humana, como áreas de encosta, áreas de mananciais, de preservação ambiental ou ainda áreas intituladas como unidades de conservação.

Embora a Lei n.º 6.766/1979 seja anterior à Constituição de 1988, já considerava a competência municipal para dispor sobre o uso e a ocupação do solo urbano<sup>481</sup>. Com o novo texto constitucional em 1988, estabeleceu-se a competência do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, promovendo o adequado ordenamento territorial por meio do planejamento urbano pelo controle do uso e ocupação do solo urbano. A aprovação do Plano Diretor pelo município ou de lei de controle do solo urbano<sup>482</sup> permite o condicionamento do direito de propriedade à política urbana local, incluindo necessariamente a previsão da criação de Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS.

A partir das alterações efetuadas pela Lei n.º 9.785/1999, ocorre significativa

---

<sup>479</sup> Op. cit., p.353.

<sup>480</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Cidade e a Revisão da Lei de Parcelamento do Solo Urbano. In: SAULE JÚNIOR, Nelson(org.). *A Perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei do parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008., p. 10.

<sup>481</sup>MUKAI, Toshio; ALVES, Alaôr Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos. Comentários à lei de Parcelamento do solo urbano, Lei n. 6.766, de 19/12/1979*. 2a edição, 2a tiragem.São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p. 8.

<sup>482</sup>Embora o Plano Diretor seja obrigatório apenas para cidades com mais de 20.000 habitantes, o dever constitucional de planejamento envolve todos os municípios da federação, o que acaba por incluir o planejamento urbano induzindo os municípios não contemplados pela obrigatoriedade do Plano Diretor a elaborá-lo ou a uma lei específica que trate da política urbana local.

mudança na lei de parcelamento do solo no que diz respeito à proteção do direito à moradia de populações carentes, ocupantes de áreas impróprias e sem estrutura para habitação. Foram instituídos novos elementos que permitem legalizar a moradia garantindo-lhe a segurança da posse, incluindo a alteração na lei de registros públicos e no decreto-lei que trata das desapropriações por interesse público.

A admissão de tamanhos de lotes diferenciados para loteamentos de interesse social constitui-se em um grande avanço, já que possibilitou a regularização, pelo Município, de habitações populares construídas em parcelamentos informais.

As modificações ocorreram, portanto, corroborando a ideia de que é preciso flexibilizar a legislação, para que seja possível modificar o quadro de urbanificação e ilegalidades que maltratam o meio ambiente e a ordem urbana. Ainda, não descuida na reavaliação legislativa que se adeque às novas/velhas características de construção do espaço urbano, envolvendo a elaboração e implantação de políticas públicas de desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Dando seguimento à proposta de solucionar problemas no uso e ocupação do solo urbano, a flexibilização leva à possibilidade de regularizar o que está contra e à margem da lei, como é o caso dos parcelamentos populares em áreas desapropriadas pelo Poder Público em que o uso do imóvel para fins de moradia pode ser legalizado mediante o firmamento do instrumento de cessão de posse e registro público, que pode tanto ser da imissão provisória da posse como a promessa de cessão e a própria cessão de posse, de acordo com os artigos 1º e 2º da Lei n.º 9.785/1999. A regularização não pode se ater somente à questão jurídica, já se sabe, mas qualquer programa de regularização fundiária só será completo se permitir o acesso ao registro em cartório.

Pela lei, o parcelamento destinado à população de baixa renda quando aprovado deve ser registrado em Cartório de Imóveis, sendo dispensado o título de propriedade do imóvel que for declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas a implantar o projeto de habitação. As alterações feitas pela Lei n.º 9.785/1999 abarcam necessariamente a lei de registros públicos.

Da análise que caracteriza a flexibilização das normas percebe-se que houve equiparação dos efeitos jurídicos da imissão provisória da posse e do título de propriedade, já citados, quando esta for concedida ao Poder Público para a implantação

de parcelamento urbano popular<sup>483</sup>. Tal registro produz efeitos reais para o seu titular, que também poderá cedê-lo a terceiros, valendo como garantia em contratos de financiamento habitacional, de acordo com o artigo 26 da Lei n.º 6.766/1979 e alterações<sup>484</sup>.

No que se refere à regularização fundiária, a lei n.º 6.766/1979 prevê tal ação no caso de parcelamentos não autorizados ou executados sem observância das determinações do ato administrativo de licença.

O artigo 40 foi inserido pela Lei n.º 9.785/1999, prevendo a possibilidade da regularização fundiária de loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações feitas pelo ato administrativo de licença, com o objetivo de evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e garantindo a defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Os critérios para que se dê a regularização estão previstos no artigo 3º e 4º da mesma lei, trazidos pela Lei n.º 9.785/1999, e se referem à possibilidade de regularização somente em áreas incluídas no zoneamento como urbanas e de expansão urbana, ressalvados os índices urbanísticos estabelecidos pela lei de zoneamento municipal. A zona urbana de urbanização específica pode ser identificada como uma área com grande concentração de loteamentos irregulares ou com loteamentos populares com elevada densidade populacional.

Com a previsão da regularização fundiária pelo município, diante de situação de loteamento ou desmembramento irregular, garantiu-se o reconhecimento do direito à moradia de população assentada irregularmente.

No bojo da Lei n.º 11.977/2009, artigo 52, encontra-se uma interessante inovação, autorizando o Município que esteja implantando regularização fundiária anterior a julho de

---

<sup>483</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção Jurídica nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p.359-360.

<sup>484</sup>Art. 26 - Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18º e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

§ 3º - Admite-se, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitadas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando a disposição do inciso II do art. 134º, do Código Civil.

§ 4º - A cessão da posse referida no § 3º, cumpridas as obrigações do cessionário, constitui crédito contra o expropriante de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamento habitacionais.

§ 5º - Com o registro da sentença que, em processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse referida no § 3º converter-se-á em propriedade e a sua cessão, em compromisso de compra e venda ou venda e compra, conforme haja obrigações a cumprir ou estejam elas cumpridas, circunstâncias que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas, na matrícula relativa ao lote. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, com alterações feitas pela Lei n. 9.785/1999, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências.

2009 – data da promulgação da Lei – a alterar o percentual de áreas destinadas ao uso público e também o da área mínima dos lotes que tenham sido definidos com base na legislação de parcelamento do solo urbano. Os ganhos com tal previsão podem refletir nos casos em que a Lei n.º 6.766/79 não preveja e/ou nem autorize determinados índices ou padrões para regularização fundiária, impedindo a intervenção em determinada área.

A possibilidade da modificação de padrões estipulados por uma lei que já está reconhecidamente defasada diante do traçado urbano das cidades, desenhado à revelia de textos legais complexos e conservadores, pode permitir uma intervenção pública eficiente, pautada em parâmetros reais, respeitadores da condição do assentamento, viabilizando aquilo que provavelmente estaria parado ou até mesmo proibido.

É com a publicação da Lei n.º 9.785/1999 que são criadas as Zonas Habitacionais de Interesse Social - ZHIS, a serem utilizadas como instrumento de regularização fundiária. Tais zonas devem ser declaradas por lei municipal, observando um rol mínimo de condições que devem prover os parcelamentos, regularizados ou instituídos pelo Poder Público, para atender à demanda habitacional de interesse social.

A delimitação das zonas especiais, como já dito no item anterior, identifica as áreas a serem regularizadas ou ainda as que serão utilizadas para a implantação de loteamentos populares, possibilitando o estabelecimento de normas de parcelamento, uso e ocupação do solo e edificação específicas, destacadas pelo plano de urbanização. Embora a lei não fale em Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, a delimitação prevista pode ser feita com tal nomenclatura.

No artigo 53-A a lei fala do interesse público em reconhecer legalmente os parcelamentos e assentamentos urbanos que estejam vinculados a Planos e Programas Habitacionais de iniciativa do Poder Público Municipal ou Distrital, declarando o tratamento diferenciado para os casos de ações e intervenções nas áreas assentadas.

Ao declarar o interesse público na regularização de áreas que promovam moradia para população de baixa renda, sedimenta o dever público de agir diante das situações de marginalidade da lei e desrespeito ao direito de morar adequadamente, corroborando com o que se defende. Ao Poder Público compete se utilizar dos instrumentos que a lei lhe garante para promover o interesse público, garantindo o exercício do direito de morar adequadamente, o bem-estar geral e a segurança dos cidadãos.

Não lhe cabe apenas a promoção da segurança da posse, tão bem destacada por esta lei, mas também o dever de urbanização e provimento das condições mínimas identificadas no próprio texto legal, que se configuram interesse público de todos os que

habitam na cidade.

Cacilda LOPES<sup>485</sup> faz análise sobre as modificações feitas na Lei n.º 6.766/1979 pela Lei n.º 9.785/1999, identificando o que entende como o fundamento da nova abordagem legal sobre a moradia:

“[...] Constatamos que as alterações introduzidas pela Lei no 9.785/99 na Lei no 6.766/79, no tocante à flexibilização das normas quando o Estado promover empreendimentos imobiliários, tiveram como intuito minimizar a ausência, por longos anos, de investimentos em programas habitacionais. Isso em um quadro de profundas mudanças econômicas, que ocasiona o aumento de pessoas que não conseguem obter, mesmo com o trabalho, a garantia de habitação digna. O Estado, ao perceber que o modelo de acesso à terra no Brasil privilegia apenas determinadas classes sociais, o que não conseguiu atender a uma classe numerosa de miseráveis, promove alterações na legislação, instituindo um modelo dual de acesso a lotes: um para os pobres e outro para a classe média, já reproduzido em outros momentos da História. Uma legislação de parcelamento do solo que exclui determinadas classes sociais do acesso legal à terra causa grande impacto na produção dos espaços urbanos. A parcela da sociedade que não consegue obter habitação pelo modo tradicional de aquisição de lotes fica sujeita a outras formas de apropriação do espaço urbano. Dessa forma, são criados os espaços das favelas, dos cortiços, dos loteamentos clandestinos e irregulares e espaços mais privilegiados, como os loteamentos regulares, sem falar daqueles que não têm acesso a nenhuma dessas formas de moradia, vivendo em ruas, praças, marquises e viadutos.”

A pesquisadora destaca um ponto importante sobre a compreensão do conjunto de leis urbanísticas que se tem no país, apontando a concepção elitista que colabora com a ilegalidade dos assentamentos. Diante disso, a necessidade de revisão da Lei de Parcelamento, tanto quanto as necessárias alterações em textos normativos que refletem direta ou indiretamente na questão do uso e ocupação do solo, é muito importante, ainda que a Lei n.º 11.977/2009 tenha sido um grande avanço legal para a promoção do direito de morar bem através do uso da regularização fundiária.

O que não cabe mais nos processos de elaboração ou revisão de textos legais é a desconsideração com os princípios e as diretrizes da política urbana estabelecida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade, tais como o da função social da propriedade urbana e da cidade, a garantia do direito a cidades sustentáveis, o direito à

---

<sup>485</sup>LOPES, Cacilda. *As influências das legislações de parcelamento do solo na produção dos espaços urbanos*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001, p. 94-95.

moradia e o direito a regularização fundiária.

Outro dispositivo legal que dialoga com o instituto da regularização fundiária é a Lei n.º 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos que define o atendimento obrigatório para fins de registro do loteamento e respectivos títulos de propriedade e que recebeu algumas alterações significativas desde a sua promulgação.

Tais alterações caminharam no sentido de amparar as ações de promoção do direito à moradia facilitando os atos de registro como o caso do registro dos termos administrativos ou das sentenças da concessão de uso especial para fins de moradia, independente da regularidade do parcelamento do solo ou da sua edificação.

Prevê ainda a averbação à margem do registro da notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de imóvel urbano, a retificação administrativa do registro mediante a assinatura dos confrontantes e outros procedimentos simplificados, de grande importância para Regularização Fundiária de Interesse Social pois dispensa a retificação quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos, bem como dispensa de custas ou emolumentos notariais ou de registro.

A Lei n.º 11.481/2007, que prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, incluiu na Lei n.º 6.015/1973 um artigo que fixa critérios objetivos para o reconhecimento da Regularização Fundiária que seria aquele conjunto de procedimentos destinados a atender famílias com renda de até cinco salários mínimos, reforçando a gratuidade com a previsão de que ocorrerá quando do primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de Regularização em áreas urbanas ou rurais de agricultura familiar, bem como a averbação de construção residencial de até 70 m<sup>2</sup> de edificação em áreas urbanas, afastando qualquer impedimento ao registro que garante a segurança da posse.

Com a publicação da Lei n.º 11.977/2009, que determina a Regularização de Interesse Social de assentamentos irregulares em área urbana e os requisitos para que ocorra, está previsto que “não serão cobradas custas e emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de legitimação e de sua conversão em título de propriedade e dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social” e também para os contratos ou termos administrativos, assinados pela União, Estados e Municípios no âmbito de programas de regularização fundiária, sendo dispensado o reconhecimento de firma para tais casos.

Há ainda a previsão para que a imissão provisória da posse seja registrada no

registro de imóveis competente, mantendo a ideia da segurança da posse para proteger a moradia daqueles que não a adquiriram por meio de trâmites formais.

Aqui foram destacados alguns pontos de relevância para o sucesso da regularização fundiária, sem prejuízo da importância que possuem as demais previsões contidas não só na Lei n.º 6.015 e devidas alterações, como na Lei n.º 11.977/2009.

A regularização fundiária não pode ser renunciada pelo Poder Público em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, cabendo ao mesmo promovê-la como direito subjetivo já consagrado que pode ser exigível judicialmente, especialmente agora com o novo reforço trazido pela edição da Lei n.º 11.977/2009, que não só cuida de informar como se dará seu desenvolvimento, mas também indicar que a presença ativa da população beneficiada e dos diversos atores envolvidos no processo, como condição para o sucesso do investimento público, reafirmando o princípio da gestão democrática da cidade.

#### **4.4. A ATUAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E SOCIAIS NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

O processo de regularização fundiária implica atividades de natureza pública e privada como trabalho técnico e social, estudos urbanísticos e ambientais, pesquisa jurídica, ações judiciais, administrativas e legislativas, envolvendo agentes públicos e privados, bem como as populações beneficiadas pela intervenção, cartórios e organizações não-governamentais.

Os diversos atores envolvidos interferem e contribuem cada um na sua área, compondo um complexo conjunto de ações e posturas que podem auxiliar no provimento da regularização ou ainda que se realiza plenamente, de acordo com a finalidade para o qual foi instituída.

Sendo assim, é interessante verificar quem são e quais os papéis exercidos para que a regularização se desenvolva e beneficie concretamente quem dela necessita para ver realizado o direito à moradia.

No sistema federativo brasileiro a previsão de repartição de competências legislativas e administrativas entre União, Estados e Municípios, inclui responsabilidades definidas com base nas competências constitucionais privativas, exclusivas, comuns, concorrentes, reservada e suplementar. O princípio norteador é o da predominância de interesses, competindo à União tratar de matérias de interesse nacional e internacional, aos Estados os assuntos de interesse regional e aos Municípios os temas de interesse



local.

De acordo com o artigo 23, IX da Constituição, a obrigação de promover o direito à moradia é competência comum da União, Estados e Municípios, que deverão implementar programas habitacionais, de saneamento e de melhorias urbanas.

O Estatuto da Cidade estabelece no artigo 3º o papel da União para a consecução da política urbana tratando de diretrizes, princípios, regras jurídicas gerais, enquanto ao Município cabe legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber e promover adequado ordenamento territorial, nos termos do artigo 30 da Constituição Federal.

Com base no artigo 182 da Constituição o Município é o principal responsável pela promoção da política urbana, atuando na regulação do uso e ocupação do solo urbano, com condições de adequá-lo às necessidades de seus habitantes. Segundo Regina Maria Macedo Nery FERRARI<sup>486</sup>, citando Pedro Calmon, “o Município é uma instituição mais social do que política, mais histórica do que constitucional, mais cultural do que jurídica”.

O Plano Diretor, principal instrumento de política urbana municipal, estabelecerá as diretrizes e os instrumentos de uso e ocupação do solo urbano e de cumprimento da função social da propriedade, devendo ser elaborados mediante a participação direta da população. Por essa previsão, para a promoção do direito à moradia, os Municípios devem adotar leis e instrumentos específicos de habitação de interesse social, regularização fundiária e planos de urbanização de assentamentos informais, bem como mecanismos de participação e gestão popular da política habitacional.

Dentro das suas competências está a responsabilidade por intervir em áreas ocupadas irregularmente, garantindo que possam ser integradas à cidade formal, modificando a precariedade que atinge a vida da população assentada.

É o Município que estipula, por meio de seu Plano Diretor ou de lei específica, a divisão do território pela definição de zonas. Dentre elas está a instituição de Zonas Especiais de Interesse Social, que podem garantir não só a implantação da regularização fundiária como impedir o remembramento de lotes e a modificação da área, que poderia resultar na expulsão da população beneficiada.

Ainda, cabe ao Município a utilização dos instrumentos jurídicos previstos no Estatuto e que devem também estar contidos na Lei do Plano Diretor, tais como a Concessão Especial para fins de Moradia ou a Concessão de Direito Real de Uso,

---

<sup>486</sup>FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2ª edição revista, atual. e ampliada da obra *Elementos do Direito Municipal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

permitindo que ocupantes de imóveis públicos com o fim primordial de habitá-los possam continuar na posse em contrato que garante segurança jurídica tanto ao beneficiário quanto ao Poder Público.

A diretriz da participação popular deve ser observada e consolidada um modelo de gestão participativa no território urbano. Para tanto, as ações que criam e desenvolvem a regularização fundiária e o conjunto de políticas de inclusão social aplicadas pelos governos, em parceria com a sociedade civil, devem envolver a população carente em todas as fases do processo, capacitando-a para o exercício da gestão democrática e da defesa de seus interesses. O formato de sua participação deve estar definido no plano de urbanização da regularização fundiária.

Ainda, cabe aos municípios promover o acesso gratuito de assessoria técnica e jurídica que possa fazer o levantamento físico e jurídico das áreas a serem regularizadas, permitindo especialmente a promoção das ações judiciais cabíveis que possam garantir a segurança da posse.

A criação do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano e Habitação é um importante aliado do Município para a obtenção de recursos e parcerias com atores públicos e privados que possam apoiar a política habitacional local. A criação do Conselho Municipal de Desenvolvimento e Habitação atende às recomendações do Estatuto da Cidade e garante a participação paritária do Poder Público e da sociedade civil na elaboração e ação de políticas públicas para habitação, dentre outros.

A gestão plena não é uma categoria inacessível a nenhum Município brasileiro. A observância de critérios como um Plano Diretor atualizado conforme o Estatuto da Cidade, a presença de órgãos colegiados e deliberativos de controle social das políticas urbana e ambiental e órgãos executivos específicos de gestão, podem garantir seu sucesso e o desenvolvimento sustentável do município.

Ao Município cabe a oferta de advogados para a população de baixa renda, que possam assessorá-los juridicamente durante o processo de regularização fundiária. Para tal oferta de serviços jurídicos gratuitos, o Município poderia disponibilizar servidores públicos municipais da área. Podendo inclusive, dependendo da sua estrutura administrativa, realizar concurso público, disponibilizando assim advogados de carreira pública com competência e compromisso para exercer tal função.

Dentre os órgãos essenciais ao acesso à justiça, a Defensoria Pública se destaca como outro importante agente no processo de regularização fundiária. Sua participação se firma em parcerias com o Município, realizadas por meio de convênio que permita sua

atuação na assessoria jurídica dos processos relativos à aquisição da propriedade, orientação da população sobre os instrumentos disponíveis para promover a regularização.

Ainda, está acessível ao Município, dependente de vontade política, a realização de convênios com departamentos jurídicos de Universidades ou com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ou mesmo com organismos não-governamentais para que atuem junto à prefeitura na prestação de serviços jurídicos, sempre complementares no processo de regularização fundiária de assentamentos irregulares.

A atribuição preponderante do Município na regularização de loteamentos e conjuntos habitacionais, não significa reduzir a importância das demais instituições públicas. No Poder Judiciário, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça tem papel relevante para a instituição de provimentos que possam simplificar os procedimentos de registro de loteamentos e conjuntos habitacionais irregulares. As Varas Especializadas de Registros Públicos, mediante portarias internas, também podem simplificar os critérios e procedimentos administrativos e judiciais para fins de regularização fundiária.

Sendo assim, cabe ao Judiciário em âmbito federal processar e julgar ações relativas à regularização fundiária, que têm como parte a União, Autarquias Federais ou Empresas Públicas, no papel de réis, autoras ou assistentes. No âmbito estadual, tem-se os Estados e Municípios envolvidos, sendo que a Lei de Organização Judiciária identificará as competências para o julgamento de ações que envolvam questões fundiárias, podendo ser responsáveis as varas da Fazenda Pública ou as varas de Registros Públicos.

Nos programas de regularização fundiária a participação do Judiciário é bastante significativa e, até bem pouco tempo, antes da promulgação da Lei n.º 11.977/2009, que prevê instrumentos administrativos auxiliares ao desenvolvimento mais ágil das definições fundiárias, a regularização prevista pelo Estatuto estava bastante presa aos trâmites judiciais. Sem as decisões finais que garantem ao assentado a titulação do imóvel, a regularização não consegue atingir seu maior objetivo, legalizar a permanência dos assentados na áreas que foram ocupadas em desacordo com a lei.

O diálogo com o Judiciário era e ainda é constante, na perspectiva da dimensão jurídica que a regularização possui. Fala-se da necessidade de despachos e decisões judiciais envolvendo, por exemplo, desde o usucapião urbano até a ordenação para que se promova a política pública de acesso à moradia, considerada a situação da ocupação, o dever público de agir e o cumprimento da função social da propriedade. Porém, como já dito, os novos instrumentos têm a função de auxiliar administrativamente, desafogando o

Judiciário quando não há litígio.

A presença dos profissionais da área do Direito, cada um em sua função, é fundamental para a viabilização do direito à moradia na perspectiva da função social da propriedade, como bem lembra Sérgio FERRAZ<sup>487</sup>:

“[...] o profissional do Direito, do advogado ao juiz, do legislador ao administrador, terá de reformular seus arquétipos, abrindo-os para que sejam permeáveis, como critério de elaboração das normas, de sua interpretação e de sua aplicação, à idéia-força de função social da propriedade.”

Tem-se ainda a presença dos Cartórios de Notas e Registros Públicos como atores importantes no processo de regularização fundiária, sem os quais uma de suas etapas não se cumpre, a da segurança da posse.

Os cartórios executam ações relativas ao registro de escrituras de imóveis que podem ser de cessão, legitimação da posse, compra e venda de imóvel, aquisição da propriedade, garantindo a gratuidade do primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar, como também a gratuidade da primeira averbação de construção residencial de até 70m<sup>2</sup> (setenta metros quadrados) de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social.

Sua maior função é permitir a segurança jurídica nas transações imobiliárias, beneficiando famílias com renda mensal de até 5 (cinco) salários mínimos, atendidas por programas de interesse social sob gestão de órgãos ou entidades da Administração Pública, em área urbana ou rural. Sua base legal consta no parágrafo 15 do artigo 213 da Lei n.º 6.015/73, inserido pela Lei n.º 10.931/2004, que estabelece não serem devidos custos ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da Administração Pública.

Para garantir o sucesso de uma das etapas mais importantes da regularização fundiária é preciso ter como parceiros os Cartórios de Registros, que podem garantir a desburocratização e desjudicialização, que é o processo de transferência para os cartórios extrajudiciais de alguns serviços que estão na esfera justiça, com o intuito de simplificar processos e agilizar ações que não envolvem litígio.

O Ministério Público é outro importante agente desse processo e seu papel se

<sup>487</sup> FERRAZ, Sérgio. Usucapião Especial. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 140.

constitui na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais, coletivos, difusos, sempre zelando para que sejam respeitados, de acordo com a ordem jurídica. Sendo assim, o direito à moradia e à regularização fundiária são direitos que devem ser protegidos pelo Ministério Público, especialmente porque a ordem urbanística é direito coletivo e difuso.

A Constituição Federal lhe atribuiu funções que estão descritas no artigo 129 e infraconstitucionalmente a Lei de Parcelamento do Solo Urbano n.º 6.766/1979 indica sua atuação obrigatória nas questões que ferem a ordem urbanística. Com a promulgação da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, foi introduzida a ação civil pública com o fito de auxiliar na defesa do meio ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, paisagístico, histórico e turístico, em que o Ministério Público teria competência para interpor quando necessário.

Com a publicação do Estatuto da Cidade, o Ministério Público passou definitivamente a atuar em questões que envolviam o parcelamento do solo e a ordem urbanística, atuando também por meio do inquérito civil. Com tantas atribuições que guardam os direitos fundamentais, seus membros têm sido presentes e atuantes parceiros da população carente, quando o Poder Público age ou se omite desrespeitando direitos que envolvem a questão urbana e ambiental.

Também é fato que representantes do Ministério Público, atuando predominantemente na área ambiental, têm resistido em dialogar sobre situações que envolvem moradia e meio ambiente, nos casos de ocupações em áreas ambientalmente frágeis. Porém, com a publicação paulatina de textos normativos autorizando a regularização fundiária desde que preenchidos os requisitos legais, sua participação tem sido no sentido de somar forças para promover o direito à cidade para todos.

A participação das Câmaras Municipais é fundamental para a implantação da regularização fundiária, já que institui a legislação aplicável à política urbana municipal, de acordo com o recomenda o Estatuto da Cidade, garantindo a participação popular em todo o processo de elaboração e aprovação das leis urbanísticas, como também do processo de regularização.

A regularização fundiária se dá mediante a aplicação de uma série de instrumentos que devem estar previstos em lei. A instituição do programa de urbanização e a regularização das áreas apontadas no Plano de Regularização não ocorre sem a previsão legal específica. Ainda, para ver implementada a regularização, é necessário que sua previsão e a de suas ações estejam incorporados na Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois

sem recursos financeiros não é possível agir.

Trata-se de apontar o Poder Legislativo como fundamental na elaboração da política urbana, planejamento e ação que pode promover o direito à moradia adequada. O Poder Legislativo tem compromisso institucional firmado desde a sua origem. Representa os interesses do povo e em seu nome cria leis que possam tornar real o acesso aos direitos constitucionalmente previstos, como o direito à moradia, o direito à cidade, o direito ao meio ambiente saudável.

As Companhias Habitacionais também são atores importantes, responsáveis pela execução de projetos de habitação nos municípios ou mesmo dentro do Estado, normalmente constituídas sobre a forma de Sociedades de Economia Mista, fazendo parte da Administração Pública Indireta.

São braços executivos do Poder Público, podendo ser responsáveis pela criação de programas de regularização fundiária que promovam a legalização das ocupações, sua urbanização e recuperação pela implantação de infraestrutura. Pode ainda conduzir o processo de maneira que envolva a comunidade por meio de mutirões, além de ter a capacidade de ofertar subsídios para a compra de material de construção e de produzir habitação de interesse social para população de baixa renda.

Alguns órgãos federais têm papel definitivo na política de regularização, tais sejam o Ministério das Cidades, o Ministério do Planejamento, a Secretaria de Desenvolvimento Urbano, o Departamento de Patrimônio da União, a Defensoria Pública da União, a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, bem como entidades como a Caixa Econômica Federal, que viabilizam a política habitacional planejada pela União mediante o apoio aos Municípios dentro das suas necessidades e capacidades, especialmente no repasse de verbas e recursos para a promoção da regularização.

Dentre aqueles que atuam no processo de regularização fundiária estão os agentes privados. A política habitacional é um dos elementos de uma política mais ampla que envolve o desenvolvimento econômico e social urbano atrelado à promoção da igualdade de condições. Seu efeito sobre o território urbano é inquestionável e sua função, além de modificar a privatização dos espaços públicos pelos grupos economicamente mais fortes tornando seu uso mais democrático, impulsiona o mercado, amplia a oferta de empregos, valoriza áreas e, conseqüentemente, aumenta o consumo.

No dizer de Hermínia MARICATO<sup>488</sup>, “o controle da localização dos investimentos públicos, certamente é mais eficaz para a democratização da cidade – já que influi no

---

<sup>488</sup>MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*. 2a edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 86.

mercado imobiliário – [...]”

Sendo assim, a parceria com agentes privados é inevitável. A indução ao uso e ocupação de áreas com infraestrutura, o estímulo ao investimento privado, pode modificar o status de determinadas regiões da cidade, valorizando-as e transformando-as estruturalmente com a participação de proprietários de imóveis, moradores, investidores privados<sup>489</sup>, ou seja, uma relação entre Poder Público e a sociedade civil com o mesmo objetivo, embora buscando finalidades diversas.

Tais agentes podem participar dos programas de regularização se utilizando os instrumentos urbanísticos sugeridos pelo Estatuto da Cidade e que devem estar previstos no Plano Diretor Municipal como a outorga onerosa do direito de construir ou a operação urbana consorciada, gerando recursos a serem investidos na ação de regularizar.

A outorga onerosa do direito de construir é a possibilidade de concessão do direito de superfície do imóvel para que nele se construa, independente do direito de propriedade. Dessa transação pode resultar a obtenção de valores que podem ser utilizados dentro do processo de regularização fundiária.

Na operação urbana consorciada as empresas podem realizar ações de urbanização e regularização como contrapartida da licença para investir em empreendimento de grande porte e que pode produzir impactos na vizinhança, produzindo a requalificação urbana prevista em Plano Diretor, mas não sem antes promover amplo debate com a população beneficiada e (ou) interessada.

A parceria do Poder Público com a iniciativa privada deve ser feita por meio dos instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto, sempre observando suas diretrizes, sem perder de vista que se trata de intervenção urbana com certo grau de complexidade, além de ter-se um sem número de interesses mercadológicos envolvidos. Para sua realização, necessário que o Poder Público se posicione de maneira firme e comprometida com o interesse público e social, conduzindo o processo e fiscalizando-o. Não se pode acreditar ingenuamente que, após anos de crescimento urbano conduzido pelo Poder Econômico, após a criação desses instrumentos, tudo seria modificado e a ética nas relações entre iniciativa privada e Poder Público passaria a proteger e promover os direitos dos economicamente fracos.

Como exaustivamente apontado, a existência de moradia precária e irregular não é eventualidade no nosso país, como em tantos outros, seja na América Latina ou em outro

---

<sup>489</sup> LOMAR, Paulo José Vilela. Operação Urbana Consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1a ed. 2a tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.252-253.

Continente. As pessoas envolvidas nos processos de ocupação também são aquelas que buscam melhorar suas condições de moradia, lutando para que possam ser reconhecidos como indivíduos destinatários de bens e serviços públicos. A regularização fundiária de interesse social é uma das possibilidades e não é possível desconsiderar sua presença fundamental para o sucesso de tal empreitada.

A luta pela moradia digna tem alcançado resultados importantes no que diz respeito à modificação da legislação que trata do assunto ou mesmo a introdução de novos instrumentos que podem auxiliar na promoção de tal direito, sendo encampada por movimentos sociais organizados e conscientes do papel que lhes cabe desempenhar.

O Estatuto da Cidade, produto da participação ativa e articulada dos movimentos sociais populares urbanos<sup>490</sup>, prevê a gestão democrática da cidade como garantia para que os instrumentos introduzidos pelo texto legal não se tornem obsoletos ou ferramentas a serviço da tecnocracia, firmando a ideia de um novo pacto territorial a serviço da justiça social<sup>491</sup>. A plena realização do direito à cidade tem no direito à moradia seu ponto nodal e a regularização fundiária pode ser considerada elemento para a sua consecução.

Assim, a organização e presença da população envolvida deve se dar desde o início do processo de planejamento para sua implantação, por meio, se possível, de associação formalmente constituída que possa garantir a representação dos interessados e como se dará a sua participação no processo.

Sua organização se materializa por reuniões e assembleias que devem informar à população assentada dos seus direitos e sobre a documentação necessária para a solicitação da regularização de sua situação, a ser encaminhada coletivamente, de preferência.

Por meio das Associações, mas também individualmente se for o caso, pode ser feito o acompanhamento do processo, com direito à informação de fácil compreensão e voz ativa nas decisões mais importantes a serem tomadas. Todas as ações de Regularização deverão ser precedidas de audiências públicas com as populações envolvidas no processo.

Tal participação se enquadra na definição de participação comunitária apontada por Regina Maria Macedo Nery FERRARI<sup>492</sup>, segundo as palavras de Uriel Alberto Amaya

---

<sup>490</sup> GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. In: GOHN, Maria da Glória (org.). Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p.7.

<sup>491</sup> DALLARI, Maria Paula. *Gestão Democrática da Cidade*. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1a ed. 2a tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 337.

<sup>492</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. 2a ed. rev., atual. e ampl. da obra *Elementos*



Olaya:

“ [...] quando se fala em participação popular é preciso distinguir o conceito de participação cidadã do de participação comunitária. O primeiro alude essencialmente ao exercício dos direitos políticos dos cidadãos de votar e ser votado. Porém, o de participação comunitária “ está ligado aos processos organizativos da comunidade de caráter supraindividual, com ênfase na prevalência social e coletiva que se desenvolve na interação indivíduo/sociedade/Estado, como um processo social de intervenção dos sujeitos na definição do coletivo.”

A população interessada deve ter acesso aos posicionamentos da Administração Pública Municipal sobre o processo de regularização e tudo que implica as ações para regularizar. Sua participação orienta a formação da atividade administrativa e da tomada de decisões relativas ao caso, podendo se materializar em debates públicos, audiências públicas, coleta de opiniões<sup>493</sup> envolvendo também os representantes de cartórios, membros do Ministério Público, a assessoria jurídica responsável pelo suporte aos beneficiados, os órgãos estaduais e federais, em especial aqueles que atuam na área ambiental e até membros do Judiciário.

Com a instituição das ZEIS para que se inicie a intervenção, é importante que seja criado um Conselho com a responsabilidade de acompanhar todas as atividades desenvolvidas na área. Por intermédio desse Conselho a população participa, também, de forma ativa, garantindo o sucesso e a manutenção do projeto. Ainda, cria vinculação tal com o Poder Público que o compromete à finalização do programa, já que tais intervenções não raro ultrapassam a duração de uma gestão.

Outra maneira de informar à população se dá pela produção de cartilhas e manuais, campanhas públicas que esclareçam sobre a ação de regularizar, os direitos e deveres dos beneficiários, evitando que o processo possa ser corrompido com a presença de estelionatários e aproveitadores, ameaças de desocupação por pessoas que se intitulem proprietários, verdadeiros ou não.

Com a comunidade unida e consciente do processo pelo qual passará para ter acesso à moradia adequada é possível requerer os benefícios a que têm direito, tais como a justiça gratuita, o usucapião coletivo, obtendo respostas mais rápidas.

Por fim, são também atores no processo de regularização fundiária os organismos

---

*de Direito Municipal* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27

<sup>493</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

não-governamentais, que não raro exercem o papel fundamental de conscientização dos direitos dessa comunidades, auxiliando-nas na organização que permitirá a reivindicação dos direitos já apontados. Seu papel se desenvolve na preparação de cursos, seminários e atividades que levam a uma maior compreensão dos direitos e deveres, como também da maneira como podem acessá-los.

São agentes sociais que também auxiliam o Poder Público Municipal na elaboração de políticas públicas habitacionais, implantação de regularização fundiária, levantamento de informações técnicas e jurídicas sobre a situação do território que receberá intervenção.

O reconhecimento da regularização fundiária como direito é resultado do debate encampado pela união de diversos e diferentes atores em um processo social de avanços e retrocessos. A mobilização em torno do direito à moradia faz emergir uma série de questões envolvendo valores e princípios que se refletem no agir individualizado dos assentados, nas ações do Poder Público, nas decisões do Judiciário, na postura do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos debates promovidos pelas Associações, organismos não-governamentais e sociedade civil, advogados e também no exercício da função administrativa dos mais diversos agentes públicos. Embora suas posturas e opiniões reflitam no desenvolvimento na forma como se permite o acesso à moradia, não será mais possível negar, juridicamente, o direito ao acesso à moradia digna, direito inerente à condição humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho procurou-se discriminar dentre as normas constitucionais a previsão e a garantia do direito social à moradia adequada, destacando sua fundamentalidade, não só porque assim o disse o texto jurídico, mas pelo que representa no conjunto de bens que o indivíduo necessita para viver dignamente.

A intenção foi mostrar que a moradia adequada deve estar acessível a todos e que o Estado, por meio de sua atuação política e administrativa tem o dever de criar possibilidades para tal acesso por meio dos instrumentos que já estão à sua disposição.

A construção das ideias parte do histórico da relação entre indivíduos, seus direitos e a formação do Estado Democrático e Social de Direito. O respeito aos direitos humanos que, incorporados por textos constitucionais, passaram a receber a designação de fundamentais, foi destacado com o objetivo de demonstrar os avanços e retrocessos ocorridos no campo da conquista dos direitos, com destaque para a liberdade, igualdade e propriedade, não necessariamente nesta sequência. Antes de se apresentarem como direitos representam um valor determinante para o desenvolvimento da humanidade e são, até os dias de hoje, objetos de desejo da mesma.

Pois bem, sem igualdade não há liberdade e sem propriedade não há como exercer a liberdade e vivenciar a igualdade. São direitos e valores que sempre estiveram no centro dos debates sobre o modelo econômico capitalista, sobre a definição do papel do Estado e, de certa forma, do Direito.

A liberdade, porque tem e deve ser garantida pelo Estado é defendida a todo custo pela economia capitalista, embora sua defesa não se estenda a todos os que compõem o tecido social. A propriedade é o bem preciosíssimo. Por ela, desde remotos tempos, se mata e se morre, representando o elemento central da questão urbana e do déficit habitacional. A igualdade, conclamada por todos e um dos fundamentos do Estado de Direito, até os dias de hoje não consegue o respeito que a faria promover o acesso aos direitos anteriormente citados e tantos outros que deles descendem.

Ora, nenhum dos direitos que acabo de descrever têm alcance para toda a sociedade. Porém, parece-me que dentre eles, a igualdade, de tratamento e condições para o desenvolvimento individual, materialmente falando, é a mais desrespeitada.

Para além da previsão de que a propriedade deverá atender a uma função social que promova frutos para a sociedade, necessária a implantação de políticas que controlem o uso e a ocupação do solo em todo o território da cidade, de maneira proba e

eficiente, se afastando de ações públicas elitistas que corroboram com a corrupção no exercício do poder de polícia administrativo.

Diante do que foi abordado, conclui-se que não só a previsão normativa e sua estrita e equilibrada observância são necessárias à modificação do quadro existente no Brasil de hoje, mas também a forte presença pública na correlação de forças que envolve o poder político, patrimonial e o poder econômico. Nesse espaço de disputas comumente são abandonados aqueles que não possuem atributos financeiros ou são escravizados aqueles que representam colégios eleitorais significativos.

A igualdade é viabilizadora real da liberdade cidadã, não a liberdade de ir e vir como alguns entendem, mas a liberdade de ser e estar, de se desenvolver e poder escolher sobre sua vida e o modo pelo qual será vivida. Essa igualdade, a material, para um determinado seguimento social só poderá ser alcançada mediante a forte presença do Estado provedor.

Entende-se que as normas constitucionais não são, como diria Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>494</sup>, “conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações.” Cabendo ao Estado, por meio de seus “poderes” obedecê-las obrigatoriamente. Sem fugir ao debate e nem aprofundá-lo na medida que merece, entende-se não ser possível identificar o direito à moradia como de eficácia limitada, apontando para os caminhos que o fortalecem com um direito autoaplicável, que impõe deveres de promoção e proteção ao Poder Público. A moradia é um direito subjetivo, justiciável por meio de instrumentos previstos constitucionalmente e infraconstitucionalmente, de conteúdo social relevante, pois contribui para a materialização da Justiça Social.

A descrição reflexiva sobre a questão urbana e seus desafios foram abordados para demonstrar que os problemas surgidos a partir do crescimento das cidades não se tratam somente de adensamento humano, inexistência ou ineficácia normativa e ausência do Poder Público. A presença do poder econômico, que motivou as migrações campo/cidade, comanda também a condução do desenvolvimento urbano com certa conivência do Poder Público, definindo os usos para a propriedade urbana e tornando-a inacessível à população de baixa renda, que migrou para as cidades à procura de uma vida melhor. Entenda-se como vida melhor trabalho ou emprego, acesso à educação, às novas tecnologias, à saúde, à alimentação, à moradia adequada e ao lazer. A moradia adequada é também moradia digna, pois componente para o exercício da vida digna.

---

<sup>494</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 11.

Dentro desse panorama as cidades incham e são incapazes de absorver toda a demanda social que se lhes apresenta. Como um rolo compressor, o passivo social aumenta sem que o Poder Público possa dar-lhe atendimento e, dentre as inúmeras necessidades dessa população, está a habitação, necessidade básica a ser buscada, ao lado da alimentação.

A busca por um local para morar levou grandes contingentes de pessoas a ocuparem locais abandonados pela presença humana, pelo Poder Público, pelo mercado imobiliário. Terrenos desocupados, públicos ou privados, à beira de córregos, à beira de ferrovias, em encostas, morros, todos passaram a compor a real possibilidade de moradia, mesmo que sem condições estruturais ou físicas para atendê-las. A habitação tem dimensão nuclear para a questão urbana e, normalmente está envolvida na questão ambiental, já que parte dos locais ocupados estão em áreas de preservação ambiental, gerando um (falso) conflito entre o direito de morar e o dever de preservar o meio ambiente. O dever de garantir o acesso à moradia não é o reverso da proteção ao meio ambiente.

A habitação ganhou dimensão central para a questão urbana e ambiental com o crescimento de manchas urbanas de pobreza pulverizadas pelas cidades e em torno delas, sendo grande o número de assentamentos humanos fixados em áreas de preservação ambiental.

O trabalho demonstra, na segunda parte do capítulo segundo, o conteúdo do *Capítulo sobre Política Urbana* descrito na Constituição Federal de 1988, dando ênfase ao tratamento normativo sobre a questão urbana, a propriedade, as condições para a viabilização de moradia adequada e o planejamento, atividade essencial e obrigatória para que as cidades possam promover ao acesso aos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, em especial para as cidades com mais de vinte mil habitantes.

A criação de uma nova espécie de usucapião, o urbano, e a possibilidade da concessão especial de uso para fins de moradia<sup>495</sup> institucionalizou a regularização jurídica da posse, já utilizada como solução pontual para legalizar ocupações, garantindo a possibilidade da segurança da posse aos ocupantes irregulares, além de viabilizar os reclamos pela regularização urbanística, diante do caput do artigo 182.

A conquista dos instrumentos jurídicos e políticos para a proteção efetiva da moradia não veio como dádiva, mas representa o resultado de lutas incessantes empreendidas por

---

<sup>495</sup> A concessão especial não foi desenvolvida textualmente pela Constituição como o usucapião urbano, mas a partir da Medida Provisória n.º 2.220/2001 ganha dimensão instrumental.

diversos seguimentos sociais comprometidos com a causa. A tensão entre os vários atores sociais e as dificuldades para que se compreenda que a moradia é um direito humano a ser promovido são impostas por posturas de cunho antissocial que impedem a implantação de ações direcionadas a promover o acesso à moradia.

A Constituição não é simples expressão de anseios e aspirações que podem ou não ser realizadas.

O capítulo constitucional específico sobre política urbana fortalece a concepção do planejamento urbano para todas as cidades, especialmente as que possuem mais de vinte mil habitantes e o Município recebe definitivamente a responsabilidade pela intervenção em seu território, o que significa um enorme avanço na abordagem dos problemas urbanos.

Mesmo que a situação orçamentária de muitos municípios seja deficitária, entende-se que a tal ente cabe, sem dúvidas, a responsabilidade pelo planejamento e intervenção territorial com melhores possibilidades de solução, o que não quer dizer a defesa do afastamento da presença da União e dos Estados, corresponsáveis pela política habitacional e pelo desenvolvimento urbano segundo a Constituição Federal de 1988.

As considerações sobre políticas públicas urbanas apontam a questão habitacional como o grande problema contemporâneo que vitimiza um sem número de pessoas em todo o território nacional, mesmo com a mudança de postura estatal a partir das novas ações públicas direcionadas para tal área.

Pela leitura dos artigos que tratam sobre direito à moradia, políticas públicas de desenvolvimento, planejamento urbano, função social da propriedade e possibilidades de exigência para o seu cumprimento, a partir do que define o Plano Diretor ou mesmo Leis de desenvolvimento urbano municipais, são dois os vieses possíveis de intervenção pública: um programa nacional de investimento para habitação de interesse social, que inclui a construção de unidades, a implantação de subsídios para o seu acesso; e um forte controle do uso e ocupação do solo urbano, e a regularização fundiária, que se firma como instrumento próprio à promoção da moradia adequada em assentamentos irregulares, tendo como base a Constituição e o Estatuto da Cidade, até chegar à edição da lei que regulamenta seu uso e as condições para tanto.

A Lei n.º 10.257/2001 é a segunda grande conquista na luta pela ordenação justa das cidades brasileiras e as diretrizes gerais juntamente com os instrumentos jurídicos e políticos capacitam os entes federativos, em especial o Município, a promover a ordem urbana e melhores condições de moradia para a população cidadina.

O instituto da regularização fundiária é apresentado como um meio para a viabilização da moradia dos ocupantes irregulares de assentamentos urbanos, permitindo eficácia à previsão do direito à moradia. O uso da regularização permite que grupos de pessoas sem alternativa para adquirir regularmente um imóvel passem a exercer o direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 pelas vias legais, tanto no que se refere à posse como quanto à regularidade do uso e ocupação do solo, sinteticamente falando.

Pois, a partir dessa perspectiva, o interesse público que possui a regularização fundiária, estreitamente vinculado à atividade administrativa, tem por finalidade promover também a inclusão daquele indivíduo ou grupo de indivíduos no conceito de cidadão propriamente dito, garantindo-lhe o *status* de destinatários das ações exercidas pelo Poder Público. O dever de agir na implantação da regularização fundiária em assentamentos urbanos irregulares se apresenta de maneira bastante definida.

A função administrativa e o interesse público, institutos do Direito Administrativo, foram rapidamente analisados para dar substância à defesa do dever de agir através da implantação da regularização que permita aos ocupantes de assentamentos irregulares ter viabilizado o direito à moradia adequada. Cada componente do que materializa a moradia adequada é uma ação a ser realizada pela função administrativa do Estado.

Para agir de acordo com o dever cabível é preciso que o Poder Público assumira sua responsabilidade social, que também é jurídica. Entende-se que a regularização, conquanto possa ser identificada como uma política pública, é também uma atividade administrativa, na qual não caberia apresentar-se como exercício da competência discricionária, tendo em vista as indicações emanadas da Constituição Federal a partir da previsão sobre o direito à moradia, passando pelo dever público de ordenar o desenvolvimento urbano garantindo a função social da cidade e o bem-estar de seus habitantes, até chegar à possibilidade de regularização jurídica da posse que não mais pode estar dissociada da regularização urbanística e ambiental, identificada como plena.

Cabe ao Estado exercer as atribuições que lhe são típicas, dentre elas a legislativa e administrativa, obedecendo aos comandos jurídicos para cada um das funções. O juízo de valor característico da atuação estatal para elaboração de políticas públicas e que se encontra, como demonstrado, no âmbito da função política do Estado, não se dá dissociado do Direito.

As opções públicas sobre o conteúdo e a forma das ações estatais são consubstanciadas em normas que estão dispostas impondo uma conduta ao Poder

Público, que pode exercê-la hoje ou amanhã, mas tem o dever de exercê-la.

No que se refere à questão da habitação, um dos requisitos para a moradia adequada, segundo normas internacionais<sup>496</sup>, não cabe ao Poder Público ignorar a demanda pela concretização de tal direito, especialmente diante da situação de inacessibilidade real imposta a milhares de pessoas.

Para além do dever de regularizar garantindo o acesso à moradia adequada, há o dever de prestação do serviço público, uma das atividades a ser exercida pela função administrativa na concretização do interesse público. Não cabe ao Poder Público eximir-se de prestá-lo, ainda que a realidade se mostre diferente. Insiste-se em mostrar que não há autorização legal para a omissão pública.

O interesse público se configura na promoção do Direito à Moradia Adequada, que também é Digna. A Constituição e o Estatuto da Cidade indicam os instrumentos para a formalização da posse, desde que cumpridos os requisitos descritos. Existentes os requisitos para a regularização da posse, não cabe ao Poder Público a decisão discricionária para exercer a função pública de urbanizar, materializada por meio da função administrativa.

Com a edição da Lei n.º 11.977/2009, sedimenta-se o entendimento sobre a importância do instrumento, dá-lhe forma encerrando a discussão teórica e prática sobre a dimensão da ação de regularizar, além de definir claramente, não sem o cabimento para críticas, a regularização fundiária de interesse social da de interesse específico. Peca o legislador que busca “acender uma vela para dois santos”, quanto a previsão dessa última não se conforma com a definição de política pública de conteúdo social, já que diz respeito à regularização de imóveis ocupados por pessoas de renda média alta e alta.

Para além dessa gafe que só demonstra a eterna tensão entre as classes sociais, é um novo marco legal que mais uma vez fortalece a defesa sobre o dever público de agir na promoção da moradia, corroborando com o entendimento, anterior à aprovação da lei, de que a regularização fundiária é o instrumento a ser utilizado diante dos casos de assentamentos urbanos irregulares.

Defende-se ainda, que a regularização seja reconhecida como um processo em que os atores envolvidos, especialmente os destinatários da intervenção, construam coletiva e conscientemente tal processo para que se torne viável e cumpra sua função de inclusão territorial, segurança da moradia e promoção da cidadania, viabilizando a gestão

---

<sup>496</sup> Entenda-se, o comentário geral n.º 4 que descreve o conteúdo da moradia adequada foi tomado como base, sem ser entendido como documento além do que representa: auxílio na interpretação do direito a ser garantido, tendo em vista os elementos que o circundam.



democrática da cidade sustentável.

Quanto a alternativas diversas à regularização fundiária, a remoção não é uma regra e só pode ser utilizada em casos expressos em que não caiba a regularização, tal como trata a Lei n.º 11.977/2009. O direito à moradia deve ser garantido juntamente com o direito à manutenção dos bens, da memória, da cultura, o que invariavelmente está presente nos assentamentos urbanos, construídos com o esforço físico, psíquico e financeiro. Não se pode esquecer que a luta pelo direito de habitar dignamente representa a resistência e a resiliência contra a negativa do acesso aos direitos.

Além do patrimônio material, significa, muitas vezes um patrimônio pessoal composto de lembranças, dolorosas ou não, mas que não cabe ao Poder Público ou a quem não exerce legal e legitimamente seus direitos dando cumprimento à função social da propriedade, destruir aquilo que representa a conquista de um direito que já está garantido no plano formal.

A regularização fundiária é um dever cabível ao Poder Público que pode ser localizado nos comandos que indicam o dever de garantir a redução das desigualdades sociais, as funções sociais da cidade sustentável, o direito à terra urbana, à moradia adequada, ao transporte público de qualidade, acesso ao trabalho, ao lazer, ao esporte, aos serviços públicos. A regularização é um processo de inclusão social que deve, inclusive, transversalizar com outras ações públicas possibilitadoras do desenvolvimento socioeconômico dos seus destinatários, não cabendo aos agentes públicos e políticos desconsiderarem que se trata de ferramenta à disposição do Poder Público para dar efetividade ao direito fundamental social à moradia.

Para tanto, sabe-se que não cabe apenas o investimento na ação de regularizar, pois essa é apenas um dos veios de uma política pública urbana que deve ter dimensão ampla, rompendo com o poder econômico e sua intervenção sem limites na esfera social e pública, bem como com as deficiências institucionais. É preciso fortalecer as bases culturais, sociais, econômicas e éticas que promovem o crescimento da cidade, permitindo o desenvolvimento humano pleno com a inserção social e territorial de todos gradativamente.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Pedro (org.). *A cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras/Faperj, 2003.
- ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Traducción de la 3ª ed. italiana por Boaventura Pellisé Prats. TOMO I, Barcelona: Bosch, 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- 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.
- \_\_\_\_\_. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003,
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito administrativo*. 3ª ed., São Paulo:Malheiros, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, 57/58, 1981.
- \_\_\_\_\_. Proteção Jurisdicional dos Interesses Legítimos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 176, p. 1-14, abr.-jun., 1989.

\_\_\_\_\_. *Elementos do Direito Administrativo*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.º64, de 24.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, número 85, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, julho de 1997.

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

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZNOS, Clóvis. *Aspectos Jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo

Horizonte: Fórum, 2006.

BINEBOMJ, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil*. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Estatuto da Cidade: guia de implementação pelos Municípios e cidadãos: Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana*. - 3ª ed. - Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

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

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente vinculação do legislador*. Lisboa: Almedina, 2001.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. (Org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: IPEA, 2009.

CARDOSO, Patrícia. *Sistema nacional de habitação de interesse social à luz do*

*novo marco legal urbanístico: subsídios para implementação nos Estados e Municípios: lei federal n.º 11.124/05.* São Paulo: Instituto Pólis, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles B. *A Constituição Federal Comentada.* Vol. 3. São Paulo: José Konfirno Editor, 1949.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político Tomo 1 Da Cidade-Estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico.* Trad. De Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 2ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREA, Antonio Celso Di Munno. *Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios.* Revista de Direito Público, v. 24, n. 98, abr./jun., 1991.

COSTA, José Marcelo Ferreira. *Licenças Urbanísticas.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais.* Rio de Janeiro; Renovar, 2007.

CUNHA, Sergio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.* São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado.* 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio.(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01.* São Paulo: Ed Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_ ; DI SARNO, Daniela Campos Libório(Coordenadores). *Direito Urbanístico e Ambiental.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no Direito Administrativo Brasileiro.* In: *Interesse Público,* Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico.* Barueri: Manole, 2004.

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Trad. Jaen Ramon e Adolfo G. Posada. Argentina: Heliasta SRL Editorial, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interesse Público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *La Lengua de los derechos. A formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madri: Civitas, 2002.
- \_\_\_\_\_; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas ediciones, S.L., 2002.
- ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (org.); RIBEIRO, Vera (trad.); Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FAGUNDES, Seabra. Conceito do mérito no direito administrativo, *RDA*, v.23, jan./mar., 1951.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularizacao Fundiária: contexto, proposta e limites. In: *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, Janeiro/Junho 2004.
- FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- \_\_\_\_\_.& ALFONSIN, Betânia Moraes de. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FERNANDES, Edésio. *A natureza curativa dos programas de regularização fundiária, regularização da terra e moradia. O que é e como implementar*. Instituto Pólis ( coord.). Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE. Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra despejos, São Paulo, 2002.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- FINK, Daniel Roberto; JÚNIOR, Hamilton Alonso; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca( org.) Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.
- FRISCHEISEN, Luiza. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009.
- GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese(Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008
- \_\_\_\_\_. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: direito fundamental*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GARCIA, Maria (Org.). *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. 8ª ed., Buenos Aires: FDA, 2003.
- GOHN, Maria da Glória (org.). *Movimentos Sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GROPALLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1962.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª ed., rev. e ampli.. São Paulo: RCS Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade, Vol I*, Rio de Janeiro: Boitempo, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 1ª ed., São Paulo: Rideel, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.26, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003

LE CORBUSIER. *Planejamento Urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *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, 2006.

LEI n.º 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43,



de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo e outros escritos*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, Calcida. *As influências das legislações de parcelamento do solo na produção dos espaços urbanos*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MACÊDO, Dimas. *O Discurso Constituinte – Uma Abordagem Crítica*. 2ª ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar – UFC, 1997

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed, rev, atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades. Alternativas para a crise urbana*. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

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

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Aleman. Tomo I*. 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MENCIO, Mariana. *Regime Jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

---

\_\_\_\_\_ . A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa

Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 45, ano 11, p. 85, out/dez, 2003.

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.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MUKAI, Toshio; ALVES, Alaôr Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos. Comentários à lei de Parcelamento do solo urbano, Lei n. 6.766, de 19/12/1979*. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 - Estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009,

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª edição, rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MENCIO, Mariana. *Estudos de Direito Urbanístico – I: licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de Parcelamento do Solo*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Regime Jurídico das Licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade: (os três caminhos)*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945.

PRESTES, Vanêsa Buzelato (organizadora). *Temas de direito urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidade de la*

*actividad administrativa*. Valência: Tirant Blanch, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. In: *Revista Interesse Público*, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Princípio constitucional da função social da propriedade*. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA Fabrício (Coord.) *Direito Público Moderno: Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_ (coordenadora). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico em homenagem à Professora Magnólia Guerra*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo*. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP, 1997.

\_\_\_\_\_. *Regulação Urbanística e Exclusão Territorial*. *Revista Polis* 32. São Paulo: Instituto Polis, 1999.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. São Paulo: Instituto Polis, 2001.

ROSENFELD, Denis. *Introdução ao Pensamento Político de Hegel*. São Paulo: Editora Ática, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Público*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SALAZAR JÚNIOR, João Roberto. *O Direito Urbanístico e a tutela do meio ambiente urbano*. In: DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista. *Licença Urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_; LIMA, Adriana Nogueira Vieira; ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib de. As zonas especiais de interesse social como instrumento da política de regularização fundiária. *Fórum de Direito Urbano e ambiental – FDU*. Ano 1, n.1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson(org.). *A Perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei do parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de março de 2009.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *ABC do Desenvolvimento Urbano*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 2ª tiragem, rev., aument. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

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

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

VICHI, Bruno de Souza. *Política Urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto e STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Tradução António F. de Sousa. Vol. 1, 11ª ed., rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, julho de 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n.º. 9, dezembro, 2001.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/01/2009.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Pedro (org.). *A cidade da informalidade*. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras/Faperj, 2003.
- ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- \_\_\_\_\_. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Traducción de la 3ª ed. italiana por Boaventura Pellisé Prats. TOMO I, Barcelona: Bosch, 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- 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.
- \_\_\_\_\_. FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003,
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito administrativo*. 3ª ed., São Paulo:Malheiros, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, 57/58, 1981.
- \_\_\_\_\_. Proteção Jurisdicional dos Interesses Legítimos no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 176, p. 1-14, abr.-jun., 1989.
- \_\_\_\_\_. *Elementos do Direito Administrativo*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.º64, de 24.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, número 85, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, julho de 1997.

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

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZNOS, Clóvis. *Aspectos Jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BINEBOMJ, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição. Rio de Janeiro:

Editora Forense, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social no Brasil*. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 40ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Estatuto da Cidade: guia de implementação pelos Municípios e cidadãos: Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana*. - 3ª ed. - Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

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

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. São Paulo: Fundação Mário Soares, 1999

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente vinculação do legislador*. Lisboa: Almedina, 2001.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. (Org.) *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: IPEA, 2009.

CARDOSO, Patrícia. *Sistema nacional de habitação de interesse social à luz do novo marco legal urbanístico: subsídios para implementação nos Estados e Municípios: lei federal n.º11.124/05*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles B. *A Constituição Federal Comentada*. Vol. 3. São Paulo: José Konfirmo Editor, 1949.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político Tomo 1 Da Cidade-Estado ao apogeu do Estado-Nação monárquico*. Trad. De Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.



CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREA, Antonio Celso Di Munno. *Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios*. Revista de Direito Público, v. 24, n. 98, abri./jun., 1991.

COSTA, José Marcelo Ferreira. *Licenças Urbanísticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CUNHA, Sergio Sérvulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio.(Org.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei 10.257/01*. São Paulo: Ed Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_ ; DI SARNO, Daniela Campos Libório(Coordenadores). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. In: *Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manole, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Trad. Jaen Ramon e Adolfo G. Posada. Argentina: Heliasta SRL Editorial, s/d.

\_\_\_\_\_. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: La Mémoire du Droit, 1999.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interesse Público como fundamento del derecho*

*administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Lengua de los derechos. A formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Civitas, 2002.

\_\_\_\_\_ ; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas ediciones, S.L., 2002.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos indivíduos*. SCHROTER, Michael (org.); RIBEIRO, Vera (trad.); Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FAGUNDES, Seabra. Conceito do mérito no direito administrativo, *RDA*, v.23, jan./mar., 1951.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

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.

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

\_\_\_\_\_. & ALFONSIN, Betânia Moraes de. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FERNANDES, Edésio. *A natureza curativa dos programas de regularização fundiária, regularização da terra e moradia. O que é e como implementar*. Instituto Pólis (coord.). Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE. Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pelo Direito à Moradia contra despejos, São Paulo, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FINK, Daniel Roberto; JÚNIOR, Hamilton Alonso; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.) Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

FRISCHEISEN, Luiza. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. *Déficit habitacional no Brasil 2007*. Brasília, 2009.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese(Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008

\_\_\_\_\_. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: direito fundamental*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Maria (Org.). *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. 8ª ed., Buenos Aires: FDA, 2003.

GOHN, Maria da Glória (org.). *Movimentos Sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GROPALLI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1962.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª ed., rev. e ampli.. São Paulo: RCS Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade, Vol I*, Rio de Janeiro: Boitempo, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 1ª ed., São Paulo: Rideel, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do direito*

*administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.26, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003

LE CORBUSIER. *Planejamento Urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *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, 2006.

LEI n.º 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009 que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória n.º 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo e outros escritos*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOPES, Calcida. *As influências das legislações de parcelamento do solo na produção dos espaços urbanos*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2001.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MACÊDO, Dimas. *O Discurso Constituinte – Uma Abordagem Crítica*. 2ª ed. Fortaleza: Casa de José de Alencar – UFC, 1997

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed, rev, atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades. Alternativas para a crise urbana*. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

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

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Aleman. Tomo I*. 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MENCIO, Mariana. *Regime Jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

\_\_\_\_\_. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 45, ano 11, p. 85, out/dez, 2003.

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.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

MUKAI, Toshio; ALVES, Alaôr Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos. Comentários à lei de Parcelamento do solo urbano, Lei n. 6.766, de 19/12/1979*. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988* -

*Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009,

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria Democrática do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª edição, rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MENCIO, Mariana. *Estudos de Direito Urbanístico – I: licenças urbanísticas e questões polêmicas sobre as exigências da Lei de Parcelamento do Solo*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2006.

\_\_\_\_\_. *Regime Jurídico das Licenças*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade: (os três caminhos)*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945.

PRESTES, Vanêsa Buzelato (organizadora). *Temas de direito urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidade de la actividad administrativa*. Valência: Tirant Blanch, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. In: *Revista Interesse Público*, n. 04. Porto Alegre: Nota Dez, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Princípio constitucional da função social da propriedade*. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA Fabrício (Coord.) *Direito Público Moderno: Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. (coordenadora). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org.). *Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico em homenagem à Professora Magnólia Guerra*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade*

de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP, 1997.

\_\_\_\_\_. Regulação Urbanística e Exclusão Territorial. *Revista Polis* 32. São Paulo: Instituto Polis, 1999.

\_\_\_\_\_(Org.). *Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos*. São Paulo: Instituto Polis, 2001.

ROSENFELD, Denis. *Introdução ao Pensamento Político de Hegel*. São Paulo: Editora Ática, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Público*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SALAZAR JÚNIOR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a tutela do meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista. *Licença Urbanística*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_; LIMA, Adriana Nogueira Vieira; ALMEIDA, Guadalupe Maria Jungers Abib de. As zonas especiais de interesse social como instrumento da política de regularização fundiária. *Fórum de Direito Urbano e ambiental – FDU*. Ano 1, n.1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SAULE JÚNIOR, Nelson(org.). *A Perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei do parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de

1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de março de 2009.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *ABC do Desenvolvimento Urbano*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., 2ª tiragem, rev., aument. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

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

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

VICHI, Bruno de Souza. *Política Urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto e STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Tradução António F. de Sousa. Vol. 1, 11ª ed., rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, julho de 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do*



perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n.º. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/01/2009.

# 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](#)