

José Luiz da Silva Netto

A MANUTENÇÃO DO DIREITO À MORADIA

E AS OCUPAÇÕES URBANAS
IRREGULARES



José Luiz da Silva Netto

**A MANUTENÇÃO DO DIREITO À
MORADIA E AS OCUPAÇÕES
URBANAS IRREGULARES**



**Fortaleza-CE
2022**

© Copyright 2022 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Gustavo José de Deus Souza Gomes

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

SILVA NETTO, José Luiz da SILVA NETTO
A MANUTENÇÃO DO DIREITO À MORADIA E AS OCUPAÇÕES
URBANAS IRREGULARES
Editora DINCE 2022. 89p

ISBN: 978-85-7872-672-0

1. Direito Penal 2. Penas 3. Limite das Penas

Todos os direitos reservados. Não é legalmente permitido reproduzir, duplicar ou transmitir qualquer parte deste documento em meios eletrônicos ou impressos. A gravação desta publicação é estritamente proibida.

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVO DO AUTOR** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

“Quer-se uma comunidade republicana na qual o juiz é cidadão e não herói ou reifilósofo”.

(BARBOSA, 2014).

APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual derivou um sistema de direitos e garantias fundamentais que extrapolam a visão individualista do ser humano. Nesta senda, foram positivados diversos direitos sociais no texto constitucional, os quais dependem de políticas públicas para se concretizarem. Dentre o rol de direitos sociais está presente o direito à moradia, incluído pela Emenda Constitucional nº 26/2000 no art. 6º da Constituição.

Ocorre que o irregular e intenso processo de urbanização resultou em diversas ocupações irregulares, não atendendo a condições mínimas de dignidade. Como forma de minimizar isso, a legislação urbanística apresenta um viés social forte, destacado com a diretriz geral estabelecida na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) pela qual deve ser garantido o direito às cidades sustentáveis. Ainda assim, diversas são as discussões judiciais sobre o tema, sobretudo quanto à necessidade de garantir o direito à moradia para habitantes de edificações que, pelas normas urbanísticas, precisam ser demolidas. Esse é justamente o caso de famílias residentes no Bairro Granja Portugal, em Fortaleza, Ceará, as quais são réus de Ação Demolatória proposta pelo Município de Fortaleza, cujo conteúdo é analisado

neste trabalho. Quanto ao aspecto metodológico, opta-se pelo bibliográfico, a partir de dados, documentos e normas sobre a matéria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO À MORADIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	17
1.1 Direito social à moradia	23
1.2 A difícil concretização de políticas públicas que assegurem o exercício do direito social à moradia no Brasil	28
2 O ASPECTO SOCIAL DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA	35
2.1 Garantia do direito à moradia e as cidades sustentáveis.....	40
2.2 O interesse social na regularização de edificações.....	46
3 PERSPECTIVA DO DIREITO À MORADIA DIANTE DE INFRAÇÕES URBANÍSTICAS: UM ESTUDO DE CASO DOS RESIDENTES NA GRANJA PORTUGAL- FORTALEZA-CE.....	53
3.1 Teses apresentadas na ação demolitória	55

4	INCONSISTÊNCIAS DE TESES APRESENTADAS E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES	67
4.1	Possibilidade de regularização	68
4.2	Manutenção do mínimo existencial e proibição do retrocesso	72
4.3	Possibilidade de solução	75
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
	REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, em seu art. 1º, que a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político.

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, a CF/88 consolidou um modelo de direitos e garantias fundamentais que visa defender um mínimo existencial a todos. Tal proteção marca a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social, no qual o Poder Público não se limita a respeitar a liberdade dos indivíduos, assumindo um papel de promotor de direitos.

Nesse contexto, a Carta Magna deu especial importância aos direitos sociais – direitos de segunda dimensão que exigem do Estado uma prestação positiva – ao separar um capítulo específico para declarar quais são esses direitos, dispostos sobretudo em seu art. 6º, *caput*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Como pode ser visto, o direito à moradia foi introduzido no rol de direitos sociais da CF/88 de forma que é incumbência do Poder Público zelar pela manutenção das moradias e promover programas governamentais para que as pessoas que não possuem acesso a um lar possam obtê-lo, conforme disposto no art. 23, IX, da CF/88:

“IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

No entanto, a Carta Magna outorgou aos Municípios a competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação, de forma que seja possível alcançar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Com isso, o Poder Público impõe uma série de restrições às edificações para que seja possível atender ao interesse da coletividade, qual seja o ordenamento territorial planejado.

Ocorre que o crescimento desenfreado dos núcleos urbanos somado com a burocracia existente nos procedimentos de regularização de edificações faz com que rotineiramente sejam realizadas construções em desacordo com as normas urbanísticas e ambientais.

Na maioria dos casos as irregularidades podem ser solucionadas com pequenas obras ou demolições de parte das edificações para que se adequem à legislação vigente. No entanto, em algumas situações específicas são criadas extensas discussões judiciais, mormente quando envolve o direito à moradia de pessoas de baixa renda.

Nesses casos, o cerne da discussão é a possibilidade de que essas pessoas sejam removidas de suas casas em virtude da irregularidade de suas habitações e, se removidas, se há necessidade de que o Poder Público disponibilize previamente uma nova casa para os removidos.

A discussão fica mais complexa quando o decurso do tempo entre a ocupação e a decisão judicial é tão longo que a remoção da população representaria uma ofensa gravíssima à dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia.

Nesse jaez, a presente pesquisa objetiva estudar e propor a melhor solução à uma ação demolitória ajuizada pelo Município de Fortaleza contra famílias do bairro Granja Portugal, com vista a ponderar sobre a manutenção do direito à moradia diante de ocupações urbanas irregulares, sobretudo através da realocação das famílias removidas para outras moradias, abordando,

ainda, o aspecto social existente no direito urbanístico a fim de permitir a regularização de edificações irregulares.

Para tanto, será utilizado o método de procedimento bibliográfico e descritivo a partir da exposição do referido caso judicial.

Ademais, quanto à abordagem do problema, utilizar-se-á o método qualitativo para identificar os principais aspectos do direito social à moradia, bem como apontar as principais características da legislação urbanística no que tange à garantia de regularização de edificações.

Nesse sentido, o capítulo dois se destinará a descrever a evolução histórica do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como abordará as dificuldades de efetivação das políticas públicas voltadas à programas habitacionais.

O capítulo três é destinado à análise do direito urbanístico sob o prisma da garantia do direito à moradia, mormente os instrumentos existentes para a regularização de edificações, demonstrando o teor social existente na legislação urbanística apto a atender a determinação constitucional de se desenvolver as funções sociais da cidade.

O capítulo quatro, por sua vez, será utilizado para apresentar a ação demolitória ajuizada pelo Município de Fortaleza e os principais argumentos utilizados pelas partes.

Por fim, o capítulo cinco busca ponderar as normas apresentadas na ação judicial em comento em busca da melhor solução possível ao caso apresentado.

2 CAPÍTULO 1

O DIREITO À MORADIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 1º da CF/88 afirma que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, consagrando-o como um dos princípios fundamentais. Ainda que seja um conceito aberto, a instituição de um Estado Democrático de Direito busca a concretização dos ditames da justiça social e da igualdade com a efetivação das liberdades públicas. José Afonso da Silva destaca a importância da ação estatal para a concretização do Estado Democrático de Direito (2009, p. 119-120):

(...) um processo de convivência social numa sociedade, livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos da

sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos individuais, coletivos, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas, suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Dessa forma, já em seu primeiro artigo, a CF/88, conforme explica SILVA (2016, p. 122):

... abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, III, da CF/88, possuindo uma função ordenadora do Estado brasileiro comum a todos os princípios fundamentais. Segundo Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 66):

(...) os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais.

(...) constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como um fundamento da República Federativa, tem um poder normativo-estruturante sobre todos os ramos jurídicos, funcionando como um norte para todo o sistema de direitos e garantias fundamentais adotado na CF/88 e também como elemento de coesão do sistema jurídico. Para Bonavides (2019, p. 233):

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Nesta senda, Silva (2016, p. 107) conclui que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (...)”. A dignidade da pessoa humana pode, portanto, ser considerada como um “superprincípio” cujo principal objetivo é proporcionar uma existência digna às pessoas. Para Rocha (2001, p. 55), é “um princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no

modelo de direito plasmado na formulação textual da constituição”.

Sarlet (2011, p. 58), por sua vez, entende que o princípio da dignidade humana atua como “limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”.

E mais, Sarlet (2011, p. 73) entende que o princípio da dignidade da pessoa humana determina uma atuação estatal para garantir condições existenciais mínimas:

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

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres (1999, p. 41) entende que o mínimo existencial representa “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Diante disso, percebe-se que toda a declaração de direitos e garantias fundamentais presente no Título II da Carta Magna representa a importância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana pelo Constituinte Originário, uma vez que foi elaborada da maneira mais ampliativa possível.

O Texto também se destacou por ter consagrado os direitos sociais como direitos fundamentais, reservando um capítulo exclusivo dentro do Título II para dispor sobre o assunto. Com isso, disposições da Ordem Social passaram a ser tratadas como direitos fundamentais da pessoa humana, deixando de ser tratada junto com a ordem econômica como nas constituições anteriores.

Isso decorre do fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana não ser limitado aos direitos individuais. Corrobora com essa afirmativa a doutrina de Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 58-59):

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma

ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-las para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Diante disso, percebe-se que para que seja alcançado o objetivo do princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a proteção de uma vida digna à população, não é suficiente que sejam garantidos apenas os direitos individuais, civis e políticos, uma vez que os direitos sociais consubstanciam fórmula insubstituível de amparo social e de promoção da justiça social. Na lição de Silva (2016, p. 288):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam aos direitos de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição

mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Ora, uma vez que um dos fundamentos constitucionais para a positivação dos direitos sociais é o princípio da dignidade da pessoa humana, não é difícil chegar à conclusão de que referidos direitos devem ser interpretados à luz do superprincípio, ou seja, não há como se discutir questões sociais sem levar em conta a manutenção das condições mínimas existenciais já destacada por Ingo Sarlet.

1.1 Direito social à moradia

O art. 6º da CF/88 não contemplou o direito à moradia em sua redação original, ainda que este já fosse reconhecido pela doutrina como um direito social por força do art. 23, IX, da CF/88, o qual determina ser de competência comum dos entes federativos a promoção programas de construção de moradias.

Não obstante, outros dispositivos constitucionais subsidiavam a ideia do direito à moradia como um direito social, sobretudo a expressa previsão de que a casa é um asilo inviolável presente no art. 5º, XI, bem como o direito à intimidade e à privacidade positivados no art. 5º, X, ambos da CF/88.

Não se pode olvidar que o direito à moradia possui íntima ligação com o próprio direito à vida, conforme leciona Canuto (2008, *online*) ao defender que “o postulado de que vida e moradia são indissociáveis e que não há dignidade da pessoa humana que não tenha um local para morar”.

Além disso, o Brasil já era signatário de tratados internacionais que expressamente consideravam o direito à habitação como um direito humano, conforme é visto no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “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”.

Finalmente, com a Emenda Constitucional nº 26/2000, a redação do art. 6º da CF/88 foi alterada para incluir o direito à moradia no rol dos direitos sociais positivados.

O direito à moradia, além de ter como norma fundamentante a dignidade da pessoa humana, pois possui estreita relação com o art. 3º, III, da CF/88, o qual estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a erradicação da marginalização.

Como a maioria das normas garantistas presentes no texto constitucional, não há uma definição precisa do que seria o direito à moradia, mormente a abstração do conceito de moradia.

Ainda que se aproxime do direito à propriedade, o direito à moradia é mais abrangente, conforme leciona José Afonso da Silva (2016, p. 318):

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente o direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar (...). Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia.

Dessa forma, é imprescindível que o intérprete utilize os princípios da hermenêutica constitucional para definir o objeto a ser protegido pelo direito social à moradia.

Para tanto, há de se recordar do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, assim, a interpretação do que seria concretizar o direito social à moradia deve ter o referido princípio como norte.

Nessa senda, Pedro Lenza (2017) leciona que, partindo da ideia da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III, da CF/88, é possível concluir que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada.

Nesse mesmo sentido, Silva (2016, p. 318-319):

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoa e a privacidade familiar (...). Em suma, que seja uma habitação digna e adequada (...). É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípio que exigem que ele tenha aquelas dimensões.

Visando dar efetividade ao texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas adotou sete indicadores básicos para definir condições mínimas de adequação das moradias:

...segurança nos direitos de propriedades, que garante a proteção contra despejos forçados; disponibilidade de serviços,

equipamentos e infra-estrutura, tais como serviço de esgoto, água coleta de lixo, energia, iluminação dentre outros; disponibilidade a preços acessíveis, para que o preço da moradia seja compatível com a renda da população e não comprometa outras necessidades da família; habitabilidade, garantindo aos seus moradores espaço adequado, protegendo-os de fatores climáticos garantido a sua segurança física; acessibilidade a todos os grupos sociais levando em conta as necessidades habitacionais específica de idosos, crianças, deficientes físicos, moradores de rua, população de baixa renda; localização que possibilite o acesso ao emprego, ao serviço de saúde, e outros equipamentos sociais; a adequação cultural, de modo a permitir a expressão das identidades culturais. (ONU, 1991)

Dessa forma, é seguro assumir que o direito à moradia não se limita ao direito de possuir uma casa, mas devem ser atendidas certas condições mínimas para que o ambiente domiciliar possa se enquadrar no conceito de mínimo existencial defendido por Sarlet. Para Canuto (2008, *online*), sem que sejam atendidas tais condições, “o direito à moradia será um direito empobrecido, pois, considerar como habitação um local que não tenha adequação para abrigar um ser humano, é mortificar a norma constitucional”.

Ainda que seja uníssono na doutrina que o direito à moradia visa a dignidade da pessoa humana e deve ser garantido a todos, cumpre destacar que sua

concretização é o maior desafio existente, uma vez que passa pela ação positiva do Estado através de políticas públicas.

1.2 A difícil concretização de políticas públicas que assegurem o exercício do direito social à moradia no Brasil

É de conhecimento comum que no Brasil a norma programática de erradicar a marginalização está longe de ser alcançada, uma vez que o número de pessoas que vivem nas ruas ou em assentamentos humanos irregulares e precários ainda é extremamente alto. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em março de 2020 haviam mais de 222 mil pessoas vivendo em situação de rua.

Além disso, um estudo divulgado em 2020 pelo IBGE apontou que mais de 5,1 milhões de domicílios encontram-se em condições precárias, caracterizadas por padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas que apresentam restrições à ocupação.

Esses dados apontam a forte dissonância existente entre a norma constitucional que garante o direito a uma moradia digna com a realidade das condições habitacionais no Brasil, demonstrando a insuficiência de uma política habitacional efetiva.

Conforme já apontado, o direito à moradia é uma norma programática cuja efetivação está ligada a ações positivas do Estado, sobretudo com o exercício da competência comum de promover programas habitacionais. Para José Afonso da Silva (2016, p. 319), isso decorre do caráter prestacional dos direitos sociais:

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia.

Com isso, “o Estado brasileiro no que diz respeito à política habitacional tem a obrigação de instituir organismos, constituir uma legislação, programas, planos de ação e instrumentos de modo a garantir esse direito para os seus cidadãos” (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 105).

A Constituição Federal é imperativa em relação ao Poder Público no que tange à obrigação de promover programas de construção de moradias e a melhoria das

condições habitacionais e de saneamento básico, conforme dispõe seu art. 23, inciso IX.

O conjunto de medidas adotadas pelo Estado para dar efetividade aos direitos sociais e ao Estado Democrático de Direito, como aquelas referentes ao direito à moradia, são chamadas de Políticas Públicas. Nesse sentido,

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. (GRAU, 2000, p. 21)

É necessário destacar que as políticas públicas são obrigações constitucionais impostas pela Constituição Federal de 1988 à Administração Pública, cuja pena para sua inexecução pelos administradores é tornar as normas constitucionais “letra morta”. Para Canuto (2008, *online*), “as políticas públicas devem ser fruto de um compromisso Estado-sociedade, com a finalidade de promover a igualdade, o que exige, naturalmente, a modificação de situações existentes em cada área específica de atuação, mediante a concretização dos objetivos presentes nessas políticas”.

Dessa forma, entende-se que o mandamento constitucional presente no artigo 6º da Carta Magna somente será atendido quando as medidas de efetivação do direito à moradia demonstrarem resultados concretos, os quais só poderão ser alcançados com a elaboração de programas habitacionais cujos projetos sejam realizáveis e bem planejados, contando com a participação da sociedade civil.

Ocorre que o processo de efetivação das políticas públicas relativas ao direito à moradia sofre com empecilhos de ordem jurídica, econômica e política, de forma que são comuns os debates judiciais sobre o tema.

Para que seja possível entender as principais dificuldades encontradas, precisa-se esclarecer, conforme leciona Toshio Mukai (2007, p. 66), que

o direito à moradia não se resume a programas habitacionais, mas às condições de habitabilidade proporcionadas pelos centros urbanos e que a impossibilidade de um pleno exercício deste impõe custo muito elevado para a sociedade e, por conseguinte, demanda efetiva sobre o Poder Público.

Ainda que seja uma obrigação do Poder Público realizar um planejamento para dar efetividade ao direito social à moradia, não se pode olvidar que muitas vezes a Administração encontra limites materiais, sobretudo econômicos para sua concretização.

Nesse contexto nasceu a teoria da “reserva do possível”, entendida como o limite Estatal de concretização dos direitos fundamentais a prestações positivas. A teoria da reserva do possível trata de situações reais de impossibilidade material – e não das teses construídas em discussões judiciais que visam meramente a escusa pelo Poder Público do seu dever de implementar direitos sociais. Para Sarlet e Figueiredo (2008, *online*), a teoria possui três principais dimensões:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como

ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

No entanto, a teoria da reserva do possível não alcança o que se passou a ser chamado de “mínimo existencial”, ou seja, a insuficiência de recursos da Administração Pública não pode ser oposta à pretensão de pessoas que, sem a ajuda do Estado, não são capazes de obter condições mínimas de uma existência digna.

Além dos entraves econômicos à efetivação dos direitos sociais, a motivação política dos gestores representa um dos principais fatores para que ocorra ou não a ampliação de programas que visem a ampliação dos direitos sociais. Dessa forma, a depender do governo, as políticas públicas de promoção de moradias – ainda que sejam uma obrigação constitucionalmente imposta – podem ou não ser prioridade.

Como tentativa de combater a inefetividade das normas programáticas, o Constituinte determinou que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da CF/88.

Com isso, diante da ineficiência das políticas públicas relativas ao direito de moradia, aqueles cidadãos que se encontrem em situações precárias podem acionar o Poder Judiciário para concretizar o exercício do seu direito, uma vez que, conforme leciona Matsumoto (2012), “é possível e legítimo que o Poder Judiciário atue na

concretização de políticas públicas, sendo também um garantidor da eficácia constitucional”.

A possibilidade de concretização de direitos sociais através do Poder Judiciário de modo a garantir o mínimo existencial dá ensejo a diversas ações judiciais cujos pedidos são de inclusão nos programas de moradia. A *contrario sensu*, no cotidiano da prática jurídica, igualmente é requerida a manutenção do direito à moradia quando o Poder Público ajuíza ações de demolição de habitações irregulares, ocasião na qual se discute a colisão entre o direito social à moradia e o ordenamento urbanístico.

3 CAPÍTULO 2

O ASPECTO SOCIAL DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA

Pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro, a Constituição da República de 1988 reservou um capítulo específico para tratar sobre a política urbana, no qual determina o objetivo da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público Municipal, bem como define seu principal instrumento e, ainda, apresenta a função social da propriedade urbana, conforme seu art. 182:

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.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

(...). (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal também outorgou aos municípios o poder-dever de promover o adequado ordenamento territorial através do planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, nos termos do seu art. 30, VIII.

Percebe-se, portanto, que o principal ente federativo executor das políticas públicas urbanísticas é o Município, não por acaso a Constituição determinou que o Plano Diretor – elaborado pela câmara municipal – seja o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Ainda que o papel da Administração Pública municipal seja indispensável à organização das cidades, não se pode perder de vista o porquê de existirem e seu destinatário – o cidadão, conforme alerta Canuto (2008, *online*):

A verdadeira razão da cidade é o seu cidadão, pelo que todas as ações sobre e para a cidade devem ter como objetivo os planos social, econômico, cultural, de lazer, saúde, educação e todos os demais direitos que integram a concepção de cidadania

plena. (...). A cidade nem sempre é para todos, ao sucumbir aos interesses imobiliários e às políticas públicas inapropriadas. Não raramente, a legislação referente ao solo urbano sofre modificações casuístas para atender interesses específicos, em detrimento da coletividade e do fim social, corolário da cidade. (...). A cidade, no seu lugar, deve abranger todos, não podendo ser o avesso do seu verdadeiro destino.

Portanto, entende-se que o desenvolvimento e a expansão das cidades não podem ser realizados de forma predatória, ou seja, não se pode permitir que a rápida e irregular urbanização prejudique o direito da coletividade de usufruir de serviços básicos, como serviços de água, luz, saneamento, dentre outros.

Além disso, igualmente não devem ser impostas restrições pelo Poder Público que inviabilizem a população de ter acesso à cidade, ou seja, de exercer seu direito à habitação. As políticas públicas urbanísticas devem ser adequadas à realidade da população e às especificidades de cada local.

Nesse sentido, da redação do art. 182 da CF/88 é possível extrair o principal objetivo da legislação urbanística: promover o ordenamento urbano para garantir o bem-estar dos cidadãos e possibilitar o desenvolvimento da função social da cidade.

A função social da cidade diz respeito ao desenvolvimento urbano sustentável, de forma que a

cidade deve ser um meio garantidor para que a população possa alcançar uma vida digna. Para Fiorillo (2013, p. 550):

(...) cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (CF, art. 5º, caput), bem como quando garante a todos um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros encartados no art. 6º.

O atendimento das funções sociais da cidade, portanto, representa a garantia à população de acesso aos direitos sociais presentes na Constituição Federal e, assim, atende aos anseios dos reais destinatários da cidade conforme defende Canuto (2008, *online*).

Destaque-se que a ação do Poder Público municipal deverá seguir as diretrizes fixadas em lei federal, por força do art. 182, *caput*, e do art. 21, XX, da CF/88. Nessa senda, em 2001 foi sancionada a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) cuja função é regulamentar os arts. 182 e 183 da CF/88 e estabelecer as diretrizes gerais da política urbana.

O Estatuto da Cidade, em seu art. 1º, parágrafo único, determina que o uso da propriedade urbana deverá

ser realizado em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Esse dispositivo expõe que a intenção do legislador é dar efetividade ao objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização.

Ademais, o art. 2º do Estatuto da Cidade, ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, determina que deve ser garantido o direito a cidades sustentáveis conforme dispõe seu inciso I:

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: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

(...).

Dessa forma, é clara a ligação intrínseca existente entre o Estatuto da Cidade – e o direito urbanístico como um todo – e a efetivação do direito social à moradia. Ora, se o planejamento do uso do solo urbano se dará em prol do bem coletivo, não há como imaginar a situação em que se planeja negar o direito de habitação à população, sob

pena de ofensa direta à ordem jurídico-constitucional brasileira.

2.1 Garantia do direito à moradia e as cidades sustentáveis

Inicialmente, há de se destacar que para que seja alcançado o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade não se pode ignorar a necessidade proteção ambiental, sobretudo pelo fato de o espaço urbano ser uma das vertentes do Meio Ambiente segundo classificação doutrinária (unicamente didática) – Meio Ambiente Artificial, conforme explica Fuks (1998, online):

A noção de meio ambiente e qualidade de vida, por outro lado, não está adstrita à sua expressão como patrimônio natural. A disciplina jurídica comporta um conceito mais amplo, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, de molde a permitir o seguinte detalhamento: meio ambiente natural, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a fauna e a flora; meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico e turístico; e meio ambiente artificial, formado pelas edificações e equipamentos urbanos.

No mesmo sentido, Barros (2008, p. 144) explica:

É possível afirmar que meio ambiente artificial é o construído pela ação humana que transforma espaços naturais em espaços urbanos e, consoante exegese do art. 21, inciso XX, arts. 182 e seguintes, e art. 225 da Constituição Federal, se constitui pelo conjunto e edificações, equipamentos, rodovias e demais elementos que formam o espaço urbano construído. Por este conceito tem-se que os espaços urbanos podem ser fechados, caracterizados pelo conjunto de edificações, e abertos, pelos espaços públicos. O meio ambiente artificial, em resumo, é o estruturado através da cidade e a possibilidade de nela se viver com qualidade de vida, contexto que é disposto através da lei.

Para Fiorillo (2009), com o entendimento de que a cidade é parte do meio ambiente, a vertente artificial é tutelada de forma mediata pelo art. 225 da Constituição Federal, sendo esta uma proteção geral ao meio ambiente com foco na vida e na dignidade da pessoa humana, e de forma imediata pela regulamentação dos arts. 182 e 183 da CF/88.

Dessa forma, entende-se que a função dos municípios como principal agente executor da política urbana visa, também, garantir o direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, conforme o mandamento presente no art. 225 da CF/88.

Ocorre que o rápido e intenso processo de urbanização ocorrido no país ao longo dos últimos anos foi realizado sem o necessário planejamento, motivo pelo qual boa parte das cidades brasileiras sofre com a falta de serviços públicos básicos adequados. Nesse sentido, para Coelho e Rezende (2015, p. 37), o processo de intensificação da urbanização tem se dado de forma global, demandando um planejamento urbano mais eficaz, sob pena de que se instaure um caos urbano.

Percebe-se daí o caráter cogente das normas urbanísticas, mormente com a determinação da Constituição Federal de que a política urbana deve garantir o bem-estar de seus habitantes. Tais normas vão além da regulamentação de como deve ser ordenado o espaço urbano, uma vez que funcionam como forma de proteção de direitos difusos e coletivos.

O Estatuto da Cidade foi promulgado com vistas à concretizar o mandamento constitucional e, portanto, trouxe uma série de instrumentos da política urbana para possibilitar os Municípios a promover o ordenamento do solo urbano, dispostos em rol exemplificativo no art. 4º. Nesse sentido (CORRALO, 2011, p. 246), o Estatuto da Cidade:

(...) significou a concretude da importante principiologia constitucional e das disposições do capítulo da política urbana na Constituição Federal, possibilitando aos

entes locais a instituição de vários institutos de indução do desenvolvimento urbano, de financiamento da política urbana, da regularização fundiária e de democratização da gestão.

Dentre os instrumentos trazidos pelo Estatuto destaca-se o Plano Diretor como parte integrante do planejamento municipal, atendendo ao disposto na Constituição Federal. É através dele que serão fixadas as exigências para a utilização de diversos outros instrumentos da política urbana, sobretudo os instrumentos tributários, financeiros, jurídicos e políticos.

Nesse contexto, há de se destacar a grande relevância do direito a cidades sustentáveis estabelecido pelo Estatuto da Cidade, uma vez que se trata do dispositivo que demonstra a força jurídico-social do direito urbanístico. Para Canuto (2008):

O direito às cidades sustentáveis se enquadra na categoria dos direitos difusos e a sua realização cumpre o objetivo pretendido com o desenvolvimento urbano: tornar as cidades brasileiras mais justas, humanas e democráticas, com condições dignas de vida, para exercício dos direitos civis e políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais e, nesse sentido garantir o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

Portanto, o Estatuto da Cidade direciona as políticas urbanas a serem adotadas pelo Poder Público municipal, de forma que devem estar pautadas na garantia dos direitos básicos da população para que seja possível proteger o direito à cidade sustentável.

Nesta senda, é indissociável a proteção do direito à moradia ao estabelecimento de cidades sustentáveis. Ora, em uma cidade com sérios problemas relativos ao déficit habitacional não há que se falar em sustentabilidade.

Para Cavalazzi (2007), o direito à cidade sustentável representa a efetivação da justiça distributiva e o equilíbrio das relações do complexo de atores sociais, possibilitando que o desenvolvimento econômico dos centros urbanos seja compatível com a qualidade de vida e a preservação ambiental de seus habitantes. Acrescenta, ainda, que a cidade sustentável, em síntese, representa a equidade.

Dessa forma, no que tange ao direito à moradia, vários são os diplomas jurídicos que visam reduzir os impactos da ocupação irregular nos grandes centros urbanos, como o procedimento da usucapião especial urbana de áreas irregulares previsto no art. 10, *caput*, do Estatuto da Cidade:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número

de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

No próprio Estatuto da Cidade existem diversos outros instrumentos que visam a regularização de edificações, dentre os quais destacam-se os procedimentos de regularização fundiária, demarcação urbanística para fins de regularização fundiária e legitimação da posse, previstos no art. 4º, inc. V, alíneas *q*, *t*, e *u*, respectivamente.

Ante o exposto, é evidente a conclusão de que as normas urbanísticas possuem um claro caráter social de preocupação com o desenvolvimento sustentável e o atendimento dos anseios da coletividade, de forma que as políticas públicas a serem desenvolvidas pela administração devem ter como objetivo a redução dos impactos da urbanização.

Ainda, entende-se que o direito à moradia representa uma faceta inexorável do desenvolvimento sustentável, o qual não pode ser ofendido pelo Poder Público, ou seja, em caso de conflito entre normas urbanísticas e o direito à moradia deve ser adotada uma interpretação teleológica da norma, buscando a concretização da função social da cidade.

2.2 O interesse social na regularização de edificações

O processo de urbanização no Brasil se deu, como em diversos outros países, de maneira abrupta, impulsionado pelos avanços tecnológicos e pela concentração dos polos comerciais em grandes cidades. Cumpre lembrar que entre os anos de 1940 e 1991 o país viveu um intenso processo de êxodo rural, inchando os centros urbanos.

É fato que as cidades não estavam preparadas para o grande aumento populacional e, somando-se a isso, a Administração Pública não elaborou políticas públicas voltadas à garantir moradia adequada para a população. Dessa forma, o processo de urbanização ficou marcado pela concentração da propriedade na parcela da população com maior poder aquisitivo, conforme explica Mattia e Santin (2014, online):

O poder público adotou estratégia errada de enfrentamento, desviando-se da real situação que se apresentava, planejando as cidades apenas para as classes detentoras do capital e esquecendo-se da necessidade de amparar, com habitações populares, esse enorme contingente advindo do meio rural. [...] as cidades brasileiras passaram a sofrer com problemas como a especulação imobiliária, o que levou grande número de pessoas a buscar outros meios de acesso à moradia, instalando-se em áreas periféricas, irregulares e sujeitas a problemas e riscos

ambientais, que não eram atendidas pelos serviços públicos.

A concentração da propriedade do solo urbano nas camadas sociais com maior poder aquisitivo gerou um forte movimento de ocupação das áreas livres públicas e privadas nos entornos dos centros urbanos, as quais não possuíam boas condições de habitabilidade. O resultado disso foi a criação de diversas favelas, loteamentos e parcelamentos clandestinos, bem como a existência de diversas edificações em locais com péssimas condições físicas para a ocupação humana, fato muito expressivo nos morros do Rio de Janeiro.

Atualmente, a população brasileira ainda sofre com o problema das ocupações irregulares fruto do processo histórico de urbanização. Não somente com as condições precárias de milhões de residências, mas também com a falta delas. O censo demográfico de 2010 realizado pelo IBGE apontou um déficit habitacional de 6,49 milhões de domicílios¹.

Em análise realizada do referido censo, Leite (2020, online) expõe:

¹ IBGE (RJ). Censo demográfico 2010: resultados gerais da amostra. Rio de Janeiro, [2012]. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/Microdados/>.

Ultrapassada uma década, o que se viu foi não só a manutenção dos assentamentos irregulares como, pior que isso, a proliferação desse cenário para outros centros urbanos ao redor do País. É inegável o enorme contingente de habitantes que não tem acesso à “cidade formal”: sem direito à propriedade da terra ou sem a regularização do imóvel, os moradores sofrem com a insegurança legal, além dos riscos inerentes à autoconstrução, tais como os incêndios, desabamentos, alagamentos, afora a exposição aos malefícios físicos e psíquicos advinentes da falta de planejamento humano que coloca em risco a vida dessas populações etc.

O problema se torna mais complexo de ser solucionado quando é levada em consideração a efetiva consolidação dos núcleos urbanos informais, ou seja, quando o nível de ocupação é tão alto que se torna impossível sua reversão.

Nesse contexto, resta claro que o preceito da Constituição Federal de que devem ser desenvolvidas as funções sociais da cidade e garantido o bem-estar de todos não vem sendo realizado na prática no Brasil. A ocupação irregular desenfreada, a existência de núcleos urbanos informais sem condições mínimas de habitação e o alto déficit habitacional existente no país são exemplos do desrespeito ao direito social à moradia.

Nessa senda, urge a necessidade de regularização dessas edificações, não somente jurídica como também

das condições habitacionais, mormente a expansão dos serviços públicos básicos para áreas não atendidas. O aspecto finalístico da legislação urbanística não envolve apenas definir as regras as serem seguidas quando no momento de se construir, uma vez que sem a regularização da “cidade informal” jamais será atingido o objetivo das cidades sustentáveis previsto no Estatuto da Cidade.

Para tanto, foram elaboradas diversas políticas públicas federais, estaduais e municipais cujos objetivos eram a regularização de ocupações irregulares. Conforme já mencionado, o próprio Estatuto da Cidade trouxe institutos para possibilitar a promoção da regularização fundiária, mormente as zonas especiais de interesse social (ZEIS) e a figura da usucapião especial urbana.

Em 2009 foi editada a Lei nº 11.977 que instituiu o programa Minha Casa Minha Vida, o qual, além de ter como objetivo a construção de moradias para famílias de baixa renda, também estabeleceu diretrizes gerais para programas de regularização fundiária, sobretudo com a figura da legitimação da posse e a demarcação urbanística.

Por sua vez, a Lei nº 13.465/17 instituiu a regularização fundiária de interesse social (Reurb-S) e a regularização fundiária de interesse específico (Reurb-E). Aquela forma de regularização possui como alvo específico as áreas ocupadas pela população de baixa renda, ao passo que a Reurb-E possui um caráter geral quando às áreas de ocupação. Destaque-se que a Lei nº 13.465/17 possui um nítido objetivo social pautado no

alcance das cidades sustentável, conforme é possível extrair do seu art. 10:

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

A Lei nº 13.465/2017 representa um marco importante do direito urbanístico brasileiro, demonstrando a preocupação do Estado em minimizar os efeitos nocivos da urbanização irregular e do crescimento desregrado dos centros urbanos. Para Alberto Gentil de Almeida Pedro, a referida lei “é importante para a legitimação dos ocupantes das áreas irregulares, bem como para o reconhecimento e acolhida da nova realidade urbanístico-ambiental pelo estado (com reflexos imediatos no fólho real)”.

Ainda que a regularização das moradias deva ser o foco do Poder Público, são muito comuns diversas discussões judiciais, sobre o direito à moradia e a irregularidade de edificações. Sobre o tema, Cardoso e Neto (1988, *online*) apontam:

Com efeito, nos dias atuais, ganha bastante relevo o estudo dos mecanismos de regularização fundiária, uma vez que o crescimento desordenado das cidades sem atuação preventiva do Estado, impõe hoje ao administrador duas opções: o despejo forçado ou a regularização das ocupações, mostrando-se esta como a opção que melhor concretiza o direito fundamental e social à moradia digna.

Ante o exposto, é possível concluir pelo forte aspecto social existente no direito urbanístico brasileiro, o qual busca concretizar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, bem como desenvolver as funções sociais da cidade.

PERSPECTIVA DO DIREITO À MORADIA DIANTE DE INFRAÇÕES URBANÍSTICAS: UM ESTUDO DE CASO DOS RESIDENTES NA GRANJA PORTUGAL- FORTALEZA-CE

Na prática jurídica, conflitos entre o direito à moradia e o dever dos municípios de promover o ordenamento do uso e ocupação do solo são frequentes. Isso porque diversos conjuntos habitacionais, sobretudo da população de baixa renda, são criados em patente desrespeito à legislação urbanística e, por vezes, ambiental vigentes.

Importa pontuar que, em diversos casos, as construções irregulares são inseridas em bens públicos, sejam municipais, estaduais ou federais, e não possuem a necessária licença prévia para construção que ateste a possibilidade de edificação no local.

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro estabeleceu como papel do Município zelar pela proteção de seus bens, tendo em vista que, pelo menos em tese, deverão ser utilizados na forma pela qual foram afetados e visando o atendimento do interesse público.

Ocorre que, sobretudo em grandes cidades, a Administração Pública não é capaz de identificar prontamente invasões ou mesmo tomar providências quando as identifica, fato que leva a consolidação de propriedades em situação irregular por um longo período de tempo.

O mesmo problema de identificação ocorre em relação às infrações urbanísticas, mormente a necessidade de fiscalização *in loco* para que sejam constatadas e, ainda, são diversas as alterações legislativas que dificultam o trabalho dos fiscais.

Nesse contexto, são rotineiras as proposituras de inúmeras Ações de Reintegração de Posse e Ações Demolitórias por parte do Poder Público para reaver seus bens esbulhados e fazer cumprir as normas urbanísticas vigentes.

Com isso, surgiram diversas teses quanto à possibilidade de reintegração de posse de imóveis que são utilizados como moradia, dentre as quais se destaca a levantada pelas defesas dos réus invasores – a necessidade de inseri-los em programas habitacionais de forma prévia à remoção.

O raciocínio desenvolvido por quem a adota é pautado no sistema jurídico-constitucional de proteção ao direito fundamental à moradia, utilizando-se, inclusive, das diretrizes gerais da política urbana para que não ocorra o retrocesso social em relação aos réus das referidas ações, ou seja, para que não sejam removidos de suas residências sem a garantia de que possuam outro local para morar.

Para a melhor compreensão dessa tese, urge realizar a análise do caso de famílias residentes no Bairro Granja Portugal que foram integradas ao polo passivo de ação demolitória proposta pelo Município de Fortaleza/CE.

3.1 Teses apresentadas na ação demolitória

Inicialmente cumpre analisar a Ação Demolitória nº 0194105-78.2013.8.06.0001 proposta pelo Município de Fortaleza em face de algumas famílias residentes na Granja Portugal que atualmente tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE. Embora o caso seja aparentemente simples, a matéria de direito discutida é representativa de milhares de processos propostos pela Administração Pública, qual seja a invasão de bens público ou privado por particulares com o objetivo de estabelecer residência.

No caso em questão, destaque-se que as edificações foram realizadas sem as devidas licenças e em área pública.

Na Exordial, a Procuradoria Geral do Município alega que 05 casas localizadas no bairro Granja Portugal haviam sido construídas em via pública, prejudicando o livre trânsito de pedestres e veículos.

Após notificações aos moradores e diligências *in loco* realizadas pelo Poder Público, a regularização das edificações pela via administrativa restou infrutífera. Com

isso, a PGM propôs no dia 16/09/2013 a Ação Demolitória para fazer valer a legislação urbanística vigente à época.

Conforme já relatado, a CRFB/88 reservou grande importância à legislação municipal no âmbito do direito urbanístico, mormente ao determinar que o Plano Diretor aprovado pela Câmara Municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Nesta senda, no mérito da referida ação, o Município invocou dispositivos da legislação urbanística, dentre os quais destaca-se o art. 172 do antigo Plano Diretor de Fortaleza: “As áreas sujeitas a prolongamentos, modificações ou ampliação do sistema viário não poderão ser ocupadas por construções, tendo que permanecer com o solo livre de qualquer edificação ou pavimentação”.

Ademais, também foram utilizadas normas presentes na Lei nº 5.530/1981 (Código de Obras e Postura vigente à época da propositura da ação), as quais exigiam a licença prévia da prefeitura para quaisquer obras em logradouros públicos, bem como a conformidade com as disposições da Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

Por fim, o Município requereu a demolição das residências com base no art. 172 do antigo Plano Diretor (atualmente seu conteúdo está expresso, também, nos arts. 187 e 755 do Código da Cidade): “Art. 172. As áreas sujeitas a prolongamentos, modificações ou ampliação do sistema viário não poderão ser ocupadas por construções, tendo que permanecer com o solo livre de qualquer edificação ou pavimentação”.

Uma vez que se trata de ação com litisconsórcio passivo, cada réu apresentou sua contestação. No entanto, para o presente trabalho, impende destacar as teses levantadas pela Defensoria Pública do Estado do Ceará.

Primeiramente, a Defensora Pública defendeu que a falta de fiscalização por parte do ente público havia gerado uma permissão tácita e, em virtude do tempo decorrido entre a aquisição do imóvel “A” por um dos contestantes (ocorrida em 2008) e a data da propositura da ação (2013), a ordem de demolição implicaria em mácula ao princípio constitucional da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Nesta senda, o referido princípio também deveria ser aplicado para garantir a segurança jurídica e o direito à moradia. Ou seja, a DPE construiu uma linha de raciocínio consistente na proteção do direito à moradia em virtude da consolidação da situação jurídica dos réus, destacando que, na atual fase do processo, o lapso temporal entre a aquisição do imóvel e superveniente sentença será, no mínimo, de 13 (treze) anos.

Com o fito de reforçar o argumento de que com a inércia do poder público deve ser resguardado o direito à moradia aos ocupantes, o qual não se confunde com o direito à propriedade, os réus colacionaram diversas decisões dos Tribunais Pátrios, dentre as quais destaca-se importante decisão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos autos da Apelação Cível nº 0028798-36.1999.807.0001:

IMÓVEL PÚBLICO. CONTRATO DE USO. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESCISÃO DE CONTRATO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. ESTATUTO DA CIDADE. LEI 10.257/01. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. APELO PROVIDO. 1. O IMÓVEL EM QUESTÃO FOI OBJETO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO PARA FINS AGRÍCOLAS EM 1989, SENDO QUE SOMENTE EM 1999 A ADMINISTRAÇÃO CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE LOTEAMENTO IRREGULAR NO LOCAL. 2. CARACTERIZADA A INÉRCIA A ADMINISTRAÇÃO POR 10 (DEZ) ANOS, RESGUARDA-SE O DIREITO À MORADIA AOS OCUPANTES DO LOCAL. 3. O DIREITO À MORADIA NÃO SE CONFUNDE COM O DIREITO À PROPRIEDADE. 4. CABÍVEL A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS CONSTANTES DO ESTATUTO DA CIDADE PARA A CONSECUÇÃO DAS DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA. 5. NA PRESENÇA DE INSTRUMENTOS LEGAIS HÁBEIS À HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO À MORADIA DOS OCUPANTES DA ÁREA, INCABÍVEL A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO PODER PÚBLICO, POR TRATAR-SE DE MEDIDA DRÁSTICA CAPAZ DE ENSEJAR O SURGIMENTO DE NOVOS CONFLITOS SOCIAIS. 6. APELO PROVIDO.”

(TJDFT, 2ª Turma Cível, Apelação Cível nº 0028798-36.1999.807.0001, Rel. p/

acórdão Des.Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, j. em 16/09/2009, DJ-e 22/10/2009, p. 65)

No julgamento da supramencionada apelação, o Relator realiza uma ponderação entre as normas constitucionais, concluindo pela proteção ao direito à moradia em virtude do *déficit* habitacional no país:

Cuida-se, de fato, de terra pública, e, portanto, impassível de usucapião urbano ou desapropriação. Numa análise superficial do tema, a solução seria, de fato, a posta a r. sentença, qual seja, a reintegração de posse da TERRACAP, pois o loteamento é irregular e encontra-se erigido em área pública, cedida a particular mediante contrato de concessão real de uso que previa a utilização da área tão somente para fins agrícolas. Entretanto, a questão posta nos autos versa sobre questões maiores do que o simples descumprimento do contrato celebrado com a administração pública. O que está em discussão, não é apenas o direito da TERRACAP à posse do imóvel, mas também o direito à moradia das pessoas que hoje ocupam a área. Como é sabido, o direito à moradia foi erigido à qualidade de direito social nos termos do disposto no art. 6º “caput” da Constituição Federal. No dizer de Alexandre de Moraes: “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado

Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.” (in Constituição do Brasil Interpretada, Alexandre de Moraes, Ed. Atlas, 2ª Edição, pág. 470). O déficit habitacional no país é um dos principais fatores de exclusão social a ensejar os mais diversos problemas enfrentados pelos grandes centros urbanos na atualidade, como a violência e a baixa qualidade de vida da população. As soluções para as questões relacionadas à moradia podem e devem ser buscadas também pelo Poder Judiciário, seja em face de sua função essencial de composição dos conflitos entre os jurisdicionados, seja pela necessidade de prevenir inúmeras lides nesse sentido. (...). A questão posta nos autos deve ser resolvida pela harmonização entre o direito de propriedade e o direito à moradia, que embora se assemelhem em alguns aspectos, são institutos distintos, sobretudo na atualidade, à luz de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da função sócio ambiental da cidade. Dessa forma, a reintegração do Poder Público na posse do bem configura medida drástica que não leva em consideração a situação consolidada no local, a inércia da própria administração, bem como o direito social à moradia.

Com esteio no supramencionado julgamento, a Defensoria Pública do Estado do Ceará entende que, pela boa-fé das famílias residentes no local bem como pelas

condições econômicas, deveria ser estudada a possibilidade de ser realizada uma regularização fundiária, já adotada em recente julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Para a defesa, a regularização seria a melhor forma de garantir a segurança jurídica, de acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles (2003, p.95):

(...) em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado, mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme de legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sobre o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mau maior do que preservar o status quo.

Não obstante o esforço em argumentar pela não demolição dos imóveis, a defesa dos réus propôs outra forma de ponderação entre as normas urbanísticas e o direito à moradia, na qual defende que o município é responsável pela proteção aos contestantes em caso de demolição dos bens, mormente o risco de condenar as famílias que perderiam suas casas à miséria.

Com isso, solicitou que fosse ofertado prazo razoável para que os réus promovam a regularização da construção junto ao Poder Público Municipal. Para tanto,

os réus entendem pela necessidade produção de provas visando demonstrar que não há lesão ao ordenamento territorial urbano apta a justificar a demolição das edificações, bem como para que sejam identificadas as eventuais irregularidades de forma pormenorizada para subsidiar seu pedido de regularização.

Ademais, solicitaram, apenas para caso o julgador entenda impossível a regularização, que sejam disponibilizadas novas moradias através de programas de assistência à moradia do poder público municipal, sustentando, assim, a desproporcionalidade de retirar os réus de suas residências para viverem desabrigados.

Portanto, a retirada dos contestantes estaria condicionada à disponibilização prévia de nova moradia para os mesmos, vendando-se ao município a possibilidade de retirá-los da propriedade sem redirecioná-los para outra.

Diante dos argumentos levantados na contestação da Defensoria Pública, o Município de Fortaleza juntou aos autos sua réplica, na qual reforça a irregularidade das edificações, apontando a demolição como a solução cabível, bem como defende que não houve qualquer inércia por parte do Poder Público que pudesse gerar direito adquirido.

Em virtude do decurso do tempo e de alterações legislativas, a municipalidade apresentou dispositivos legais distintos daqueles apresentados à época da inicial, restando o pedido de demolição amparado pelos arts. 187, §2º e 755 do Código da Cidade:

Art. 187 - O Município de Fortaleza exercerá monitoramento das licenças emitidas, podendo a qualquer tempo realizar vistorias nos imóveis.

(...).

§ 2º - Na impossibilidade de regularização da obra, a cassação não gera direito a qualquer indenização, incumbindo ao proprietário ou possuidor da obra demolir, às suas custas, toda a construção incorporada ao bem imóvel.

(...)

Art. 755 - Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a licença concedida: Infração: grave. Penalidade: multa simples, demolição da obra e reparação, reposição ou reconstituição.

Ainda para justificar a necessidade de demolição dos imóveis construídos sob via pública, a municipalidade alega que o reconhecimento, por decisão judicial, do suposto direito de se construir casas em desrespeito à legislação urbanística e ambiental retira do ente municipal a competência fixada pelo art. 30, VIII da CRFB/88, bem como será precedente para o efeito multiplicador de atos infratores.

No entanto, concordou com o pedido de análise pericial pois entende que a produção de provas é capaz de esclarecer qualquer controvérsia fática sobre as infrações urbanísticas existentes.

Ainda na réplica, o Município pugna pela improcedência do pedido do contestante para que os réus permaneçam no imóvel até que seja providenciada outra moradia. Para tanto, defende que tal medida configuraria a preterição das famílias de baixa renda que regularmente e conforme os ditames legais procuram o poder público e ingressam nos programas habitacionais, bem como constituiria precedente que incentivaria atos irregulares de invasão e construções sem a permissão da prefeitura.

Não obstante, defende que para que os réus possam ser inseridos no programa habitacional municipal devem atender aos critérios fixados para sua inclusão, mormente o cadastro prévio dos interessados e a habilitação aos sorteios das edificações.

Por fim, reforça que não se pode admitir que as famílias cadastradas nos programas habitacionais sejam preteridas por aqueles que violaram a legislação vigente e ignoraram as notificações do Poder Público, não sendo papel do Judiciário permitir que o direito daqueles que buscaram pelas vias legais sua moradia seja violado.

Desde novembro de 2021 o processo está aguardando a decisão do magistrado de primeiro grau, a qual provavelmente deverá deferir o pedido de produção de provas, uma vez que, pela prudência e pelo longo decurso de tempo entre a inicial e o atual momento

processual, é indispensável para que sejam supridas eventuais dúvidas sobre questões fáticas.

5 CAPÍTULO 4

INCONSISTÊNCIAS DE TESES APRESENTADAS E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES

O caso em epígrafe, apesar de parecer simples à primeira leitura, carrega importante discussão jurídica: a necessidade de manutenção ao direito à moradia em caso de ocupações irregulares. Conforme já exposto, essa discussão está presente em milhares de ações judiciais, mormente as que envolvem o Poder Público.

Nesta senda, dos fatos e argumentos apresentados no processo é possível extrair que a melhor resolução só será alcançada a partir da análise da possibilidade de regularização dos imóveis, conforme pedidos de produção de provas por ambas as partes.

Após, cumpre analisar o caso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, em sua vertente da manutenção do mínimo existencial e da proibição do retrocesso.

Sem que sejam realizadas esses levantamentos, qualquer decisão tomada poderá incorrer no erro de não

trazer à tona o objetivo previsto na Constituição Federal, qual seja a erradicação da marginalização e da pobreza, sobretudo em virtude da condição financeira dos réus.

4.1 Possibilidade de regularização

A possibilidade de regularização das edificações passa, primeiramente, pela análise da natureza jurídica do bem no qual estão inseridas. Conforme relatado, há controvérsia sobre o terreno no qual as construções foram feitas, pois o Município de Fortaleza alega ser um bem público e, com isso, exige a demolição das moradias, ao passo que a Defensoria Pública alega que se houver invasão a bem público é mínima e de fácil regularização.

Cumprido ao magistrado autorizar a instrução probatória para que seja elaborado um mapa georreferenciado atestando se há invasão de bem público, seja total ou parcial.

É incontestável que uma vez identificada que não há invasão de bem público ou se a invasão seja mínima a ponto de a demolição parcial não afetar o direito de habitação, não há que se falar em ofensa ao direito social à moradia.

Além da possível invasão de bem público, o Município também alega que as construções foram realizadas sem a licença da Prefeitura, enquadrando-se como infração à legislação urbanística. Nesse ponto,

cumprir destacar que as licenças emitidas pelos entes municipais visam, além do ordenamento urbano, o alcance das cidades sustentáveis e atuam como forma de limitar os efeitos nocivos da urbanização. Nesse sentido, Silva (2008, p. 433-444):

A licença para construir constitui mais que simples remoção de obstáculos; constitui técnica de intervenção nas faculdades de construir, reconhecida pelas normas edilícias e urbanísticas, com o objetivo de controlar e condicionar o exercício daquelas faculdades ao cumprimento das determinações das mencionadas normas edilícias e urbanísticas, incluindo as determinações dos planos urbanísticos.

Não é necessário exercício aprofundado de hermenêutica para se constatar a patente ilegalidade em que incorre a parte ré ao não atender ao requisito da prévia licença de construção, conforme disposto no artigo 179 da Lei Complementar Municipal nº 270/2019:

Art. 179 - Em todo o Município de Fortaleza, as obras particulares ou públicas, de construção ou reconstrução, de qualquer espécie, acréscimos, reformas, demolições, obras ou serviços nos logradouros públicos só poderão ser executadas em conformidade com as disposições deste Código, da legislação municipal, estadual e

federal pertinentes, no âmbito de suas respectivas competências, das normas técnicas oficiais e com a prévia licença da Prefeitura, mediante o pagamento da taxa respectiva, ressalvado o disposto no artigo 182 deste Código.

Contudo, a legislação urbanística do Município de Fortaleza, mormente o artigo 755 do Código da Cidade, é clara ao determinar a demolição do bem apenas em caso de absoluta impossibilidade de sua regularização. Ainda que as construções já tenham sido realizadas sem a licença prévia, uma vez que seja comprovado que as demais infrações urbanísticas, sobretudo de taxa de ocupação do solo, são reversíveis, não há qualquer óbice no Código da Cidade à sua regularização.

Qualquer ordem demolitória baseada somente na ausência de licença prévia, sem sopesar a possibilidade de regularização, é uma afronta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A situação é diferente caso seja identificado que os imóveis objetos da lide se encontram, totalmente ou com parcela significativa, inseridos em bem público municipal. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro deu regramento especial aos bens públicos, os quais são dotados dos atributos da impenhorabilidade, impossibilidade de oneração, inalienabilidade relativa e imprescritibilidade, esta última disposta no art. 183, §3º, da CF/88:

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.

(...)

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Além disso, a possibilidade de uso de imóveis públicos por particulares é regulamentada pelo Direito Administrativo através de instrumentos específicos, mas sempre resguardando o interesse público e da administração. *In casu*, resta claro que o interesse do Município é contrário ao dos particulares de forma a não subsistir a possibilidade de regularização por esta via.

Ainda assim, há de se considerar que o decurso de tempo existente entre a ocupação dos imóveis e a possível ordem de remoção/demolição gerou a consolidação da situação jurídica dos réus.

Conforme visto, a legislação urbanística possui um forte vetor social pautado no princípio da dignidade da pessoa humana com vistas a atingir cidades sustentáveis e o desenvolvimento das funções sociais da cidade. Nesta senda, sendo inevitável a remoção das famílias de suas casas em virtude da suposta natureza pública do bem, esta não pode se dar de qualquer modo.

Portanto, a ordem de demolição a ser dada pelo magistrado, uma vez confirmada a natureza pública do terreno e a impossibilidade de regularização, deve respeitar o mínimo existencial e não pode representar uma ofensa ao direito social à moradia dos habitantes.

4.2 Manutenção do mínimo existencial e proibição do retrocesso

O direito social à moradia foi inserido no Capítulo II do Título II da CF/88 pela EC nº 26/2000, de forma que passou a ser, dessa vez de maneira expressa na Carta Magna, considerado um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, a doutrina entende que os direitos fundamentais não podem ser completamente afastados em determinados casos concretos, uma vez que devem ser garantidas condições mínimas de existência, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana.

Ainda que a doutrina entenda que deve existir uma garantia do mínimo existencial, insta destacar que a dificuldade existente na concretização dos direitos sociais é real, em virtude da ausência de recurso financeiro necessário para que todos possam ter acesso ao referido direito (basta lembrar do déficit habitacional existente no país).

Portanto, as ações estatais para garantir as condições mínimas relativas aos direitos sociais são mais complexas e onerosas que aquelas necessárias à garantia de direitos individuais, mormente a concretização dos direitos sociais envolver uma série de políticas públicas.

Ainda assim, dentro do Estado Democrático de Direito, “não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana fique à mercê da vontade política, razão pela qual, evocando-se o mínimo vital, determinados direitos, como o de moradia, devem ser passíveis de concretização (NUNES JÚNIOR, 2009. p. 135).

Nesse sentido, cumpre destacar que na Ação Judicial em comento os réus, atualmente, estão exercendo seu direito à moradia, ainda que de forma completamente irregular.

Dessa forma, o pedido do Município de Fortaleza para que o Poder Judiciário ordene a remoção das famílias sem que seja previamente destinada uma nova habitação mostra-se desarrazoado e a sua procedência releva uma ofensa grave ao mínimo existencial representado pelo direito à moradia.

Nesse ponto, há de incidir o princípio da vedação ao retrocesso social. Ainda que esse princípio esteja mais desenvolvido em países como Alemanha, Itália e Portugal, pode ser plenamente aplicado no direito brasileiro.

Em suma, o referido princípio elucida que uma vez concretizado determinado direito fundamental social, é

defeso ao Poder Público reverter a situação de forma a afetar o núcleo essencial do direito constitucionalmente assegurado.

Sua aplicação está diretamente relacionada com a ideia de segurança jurídica em relação aos direitos sociais. Nesse sentido, Canuto (2008) esclarece:

A dignidade da pessoa humana é basilar para a proibição do retrocesso, diante de medidas supressivas ou restritivas de direitos sociais. Suprimir os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, afeta a dignidade da pessoa humana e revela-se uma medida inadmissível, pois as prestações mínimas para uma vida condigna têm que ser preservadas e, quanto a elas, a reserva do possível representa uma falácia.

O princípio da proibição do retrocesso ou regresso decorre do próprio texto constitucional, coadunado com o princípio da máxima eficácia de todas as normas de direitos fundamentais.

Sarlet (2010, p. 98-99), por sua vez, defende que “a proibição de retrocesso representa uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que vai além da tradicional proteção da coisa julgada e do direito adquirido”.

A aplicação do princípio da vedação mostra-se plenamente aplicável ao caso concreto apresentado na Ação Demolitória, tendo em vista que, caso não seja previamente designada nova moradia aos réus, estariam sendo expostos à situação de rua, em clara ofensa a todo o ordenamento jurídico de defesa dos direitos fundamentais.

4.3 Possibilidade de solução

Ante o exposto, percebe-se que o deslinde da Ação Demolitória pode seguir alguns rumos a depender da instrução probatória a ser realizada. Contudo, entende-se que a solução mais adequada deve, necessariamente, buscar defender os direitos constitucionalmente estabelecidos.

Dessa forma, em uma interpretação sistemática das normas constitucionais relativas ao ordenamento urbano, mormente o disposto no art. 182 da CF/88 sobre o desenvolvimento das funções sociais da cidade, e das normas infraconstitucionais relativas à busca de cidades sustentáveis e à regularização fundiária, sobretudo presentes no Estatuto da Cidade, tem-se que a primeira tentativa do magistrado deve ser regularizar a situação das edificações.

A instrução probatória deve trazer especificamente todos os pontos em que as edificações apresentam infrações urbanísticas, desde a possível invasão de bens

públicos até a adequação do projeto arquitetônico ao local, de forma a possibilitar a análise técnica com vistas à regularização.

Sendo impossível a regularização, em último caso, não é razoável que a solução adotada seja a de despejo das famílias à própria sorte. Não se nega, aqui, o papel da Administração Pública municipal de ordenar a cidade e de fazer valer a legislação urbanística vigente, contudo insta lembrar que os municípios devem seguir as diretrizes gerais fixadas no Estatuto da Cidade.

Nesta senda, realizando uma interpretação teleológica das normas do Direito Urbanístico, sobretudo as referentes ao desenvolvimento de cidades sustentáveis, nota-se que o direito social fundamental à moradia não pode ser completamente afastado *in casu*.

Portanto, é papel do Município de Fortaleza providenciar a previamente realocação das famílias em programas habitacionais, em caso de demolição das edificações. Nesse sentido, o posicionamento dos Tribunais Pátrios tem sido o de preservação do direito à moradia, ainda que seja necessária a demolição, como pode ser visto nos julgados colacionados a seguir:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OCUPAÇÃO IRREGULAR. RESEX. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEIS. REALOCAÇÃO DE MORADORES. O direito ao meio ambiente preservado e o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana devem ser interpretados e

positivados de forma harmonizada, de maneira que a retirada de moradores e a demolição de seus imóveis somente pode ser perfectibilizada após adequada realocação a cargo do ente municipal, nos moldes da legislação de regência e conforme considerações e determinações específicas que o juízo da execução de sentença julgue adequados para o caso concreto.

(TRF-4 - AG: 5021858-86.2019.4.04.0000. Relatora: Vânia Hack De Almeida. Data de Julgamento: 03/09/2019.)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. INÉRCIA DO ENTE MUNICIPAL. PROJETO DE LOTEAMENTO DE CASAS POPULARES. DIREITO À MORADIA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.220/2001. NECESSIDADE DE REALOCAÇÃO DO RÉU E SUA FAMÍLIA. 1. Hipótese em que o réu e sua família são pessoas hipossuficientes, possuindo como único bem imóvel a casa que construíram sobre a propriedade do Município, onde mantêm sua moradia. 2. Mostra-se contraditório e irrazoável determinar o despejo das pessoas carentes do local para a posterior demolição do imóvel sob o fundamento da necessidade de promoção de projeto de loteamento de moradias populares, deixando as pessoas que ali se encontravam desabrigadas e desprovidas do direito à moradia que se pretende conceder aos cidadãos. 3. A fim de dirimir tais situações, editou-se a Medida

Provisória nº 2.220/2001, que dispõe acerca da concessão de uso especial de imóvel público, de modo a se dar especial relevância à função social da propriedade, esta com previsão expressa no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal. 4. Sendo necessária a desocupação do imóvel para a posterior demolição, a fim de que haja a regularização do local conforme a legislação municipal, deve o Município, às suas custas, proceder à realocação do réu e sua família para outro imóvel que mantenha assegurado o seu direito à moradia. 5. Até que se proceda à realocação do réu e sua família, deve ser suspensa a execução da demolição ou, caso entenda o Município, deve ser concedido o uso especial para fins de moradia, na forma da Medida Provisória 2.220/2001, hipótese de perda do objeto da presente ação. 6. Sentença reformada. Ônus de sucumbência invertidos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-RS - AC: 70074454984 R., Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Data de Julgamento: 13/09/2017. Primeira Câmara Cível. Data de Publicação: 10/10/2017)

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência corrobora a proposta apresentada para que as famílias sejam previamente realocadas para que seja possível efetivar a demolição, privilegiando, assim, o direito social à moradia sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou realizar o estudo do caso demonstrado na Ação Demolitória nº 0194105-78.2013.8.06.0001 que tramita na décima vara da Fazenda Pública de Fortaleza, abordando o direito social à moradia à luz do princípio da dignidade humana, bem como a tentativa da legislação urbanística de desenvolver as funções sociais da cidade.

Primeiramente, demonstrou-se que o direito social à moradia, embora tenha sido incluído no texto constitucional apenas com a EC nº 26/2000, já era tido como um dos direitos fundamentais pela doutrina a partir do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Como um direito social, sua concretização deve ser um dos objetivos do Poder Público, sobretudo através de políticas públicas promotoras de programas habitacionais. Ocorre que no Brasil o direito à moradia ainda está no campo das normas programáticas, haja vista o gigantesco déficit habitacional existente no país.

Nessa senda, destaca-se que a efetivação das políticas públicas que garantam o direito à moradia enfrentam diversos problemas para serem efetivadas, mormente a dificuldade fática de angariar recursos para

os vultosos programas habitacionais, o que passou a se chamar de reserva do possível.

No entanto, ainda que a reserva do possível seja um obstáculo real à concretização dos direitos sociais, não se pode perder de vista que, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir condições mínimas de existência digna à população. Essa incumbência do poder público gera, na prática, milhares de ações judiciais buscando efetivar direitos básicos que garantam o mínimo existencial.

Além disso, a presente pesquisa abordou o forte teor social presente na legislação urbanística brasileira, pautando-se, sobretudo, na determinação constitucional de que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e garantir o bem-estar de seus habitantes.

A rápida urbanização ocorrida no país gerou uma série de problemas estruturais nas grandes cidades e, desse modo, o legislador buscou minimizar esses efeitos nocivos através de diretrizes urbanas pautadas em aspectos sociais, ou seja, que visam atender as necessidades básicas dos reais destinatários do direito à cidade: seus habitantes.

Nesta senda, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabeleceu como diretriz geral da política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendida como aquela em que se protege o “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Outrossim, foram criados diversos instrumentos jurídicos que buscam regularizar edificações construídas de maneira irregular, uma vez que a existência de núcleos urbanos informais nos quais não são fornecidos serviços públicos basilares representam um óbice ao alcance de cidades sustentáveis. Essa necessidade de regularização advém de uma interpretação teleológica da legislação urbanística, a qual não deve representar obstáculo intransponível ao direito à moradia, mas apenas ordenar a cidade para garantir o bem-estar da população.

Diante dos diversos embates judiciais em que se discute o direito à moradia relativo às ocupações irregulares, foi realizado o estudo de caso da Ação Demolitória nº 0194105-78.2013.8.06.0001 proposta pelo Município de Fortaleza em face de algumas famílias residentes no bairro Granja Portugal, utilizada como representativo de controvérsia das milhares de ações análogas propostas rotineiramente pelos municípios brasileiros.

Por fim, restou demonstrado que caso a demolição das edificações seja a única alternativa viável, não há como exigir de seus habitantes que tenham seu direito social à moradia completamente ignorado em virtude das normas urbanísticas, mormente a finalidade destas de garantir o direito à cidades sustentáveis.

Nesse sentido, conclui-se que os conflitos existentes entre o direito social fundamental à moradia e as exigências das normas urbanísticas devem ser analisados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, mas sem importar sacrifício do dever municipal de ordenar a ocupação e o uso do solo urbano. Portanto,

há de ser feita uma ponderação caso a caso para que o direito à moradia e o dever municipal de ordenamento do solo possam coexistir.

REFERÊNCIAS

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. Imprensa: São Paulo: Atlas, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 10.257/2001**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 11.977/2009**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 13.465/2017**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. **Lei 5530/1981.** Disponível em: <
<https://urbanismoemeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/urbanismo-e-meio-ambiente/128-%20codigo-de-obras-e-posturas>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar 270/2019.** Disponível em: <
<https://urbanismoemeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/urbanismo-e-meio-ambiente/609-codigo-da-cidade>>.
Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 0028798-36.1999.807.0001.** Relator: Waldir Leôncio C. Lopes Júnior. Publicação: 22/10/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5021858-86.2019.4.04.0000.** Relator: Vânia Hack de Almeida. Data de Julgamento: 03/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70074454984.** Relator: Sergio Luiz Grassi Beck. Publicação: 10/10/2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** 3º ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

CARDOSO, M. A. C., & NAVES NETO, R. C. (2020). **O Direito Fundamental À Moradia E As Políticas Habitacionais No Brasil.** Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania, 7(7). Disponível em:

<<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1608>> .
Acesso: 22 jan. 2022.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **O estatuto epistemológico do direito urbanístico brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade.** In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Org.). Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. **A responsabilidade civil pela degradação do meio ambiente artificial: possibilidade?** Disponível em <<http://erevista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/viewFile/15341/10415>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CORRALO, Giovani da Silva. **Curso de Direito Municipal.** São Paulo: Atlas, 2011.

Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações Déficit habitacional municipal no Brasil. / Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações - Belo Horizonte, 2013.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUKS, Mario. **Arenas de Ação e Debate Públicos: Conflitos Ambientais e a Emergência do Meio Ambiente enquanto Problema Social no Rio de Janeiro**. Dados, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S001152581998000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jan. 22.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

IBGE (RJ). **Censo demográfico 2010: resultados gerais da amostra**. Rio de Janeiro, [2012]. Disponível em

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/Microdados/>. Acesso em: 16 jan. 2022.

LEITE, Rita de Cassia Curvo. **Regularização Fundiária Urbana (Fases Administrativas): Efetivo Direito À Moradia Digna Nos Centros Urbanos?**. Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito, 2020. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/208>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MATSUMOTO, Meggie Iara; BARBOSA, Claudia Maria. **A legitimidade do poder judiciário na condução de políticas públicas para a realização de direitos fundamentais**. In: PAMPLONA, Danielle Anne. (Coord.). Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável. Curitiba: Juruá, 2012.

MATTIA, Ricardo Quinto; SANTIN, Janaina Rigo. **Direito urbanístico e estatuto das cidades**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&sr c=rl&srguid=i0ad8181500000144c1f9771ed40f9cf2&d ocguid=I5a5271d0973c11e1a87f000085592b66&hitguid=I5a5271d0973c11e1a87f000085592b66&spos=8&epos=8&td=1484&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. **Temas de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

Organização das Nações Unidas. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 11 jan. 2022.

Organização das Nações Unidas. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral nº 04: O Direito à moradia adequada**. Geneva, 1991. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/AnnualReports.aspx>>. Acesso 16 jan. 2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** Revista do Instituto de Brasileiro de Direitos Humanos, v. 2, n. 2, 2001.

SARLET, Ingo WOLFGANG. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: visitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais.** In Direitos Fundamentais Sociais. Coord. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Saraiva: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Estatuto da Cidade: novos horizontes para a reforma urbana.** São Paulo: Pólis, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 5ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 39ª ed. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. v.3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.