

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
Programa de Pós-Graduação em Direito**

**OMISSÃO ADMINISTRATIVA E DISFUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE URBANA NA LEI N. 10.257/2001:**

**O dirigismo urbanístico e a efetivação do
direito social à moradia na cidade do Recife.**

LEONIO JOSÉ ALVES DA SILVA

**TESE DE DOUTORADO
Área de concentração: Direito Público**

**Recife
2005**

LEONIO JOSÉ ALVES DA SILVA

OMISSÃO ADMINISTRATIVA E DISFUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE URBANA NA LEI N. 10.257/2001 :

O dirigismo urbanístico e a efetivação do
direito social à moradia na cidade do Recife.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito do Recife/
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira

Recife
2005

CATALOGAÇÃO NA FONTE

341.374 S586o	Silva, Leonio José Alves da Omissão administrativa e disfunção social da propriedade urbana na Lei n. 10.257/2001: o dirigismo urbanístico e a efetivação do direito social à moradia na cidade do Recife / Leonio José Alves da Silva. – Recife : Edição do Autor, 2005. 288 f.; tab., il. Orientador: Gustavo Ferreira Santos. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2005. Inclui bibliografia e anexos. 1. Direito urbanístico - Recife (PE). 2. Política urbana – Recife (PE). 3. Planejamento urbano – Legislação - Recife (PE). 4. Favelas - Aspectos sociais - Recife (PE). 5. Brasil [Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001]l. Santos, Gustavo Ferreira. II. Título.
UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-efr	341.374 (CDD-Dóris de Queiroz Carvalho) (4.ed.2002) BPPGD2005-12

LEONIO JOSÉ ALVES DA SILVA

OMISSÃO ADMINISTRATIVA E DISFUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NA LEI N. 10.257/2001:

o dirigismo urbanístico e a efetivação do
direito social à moradia na cidade do Recife.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito do Recife/
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor.

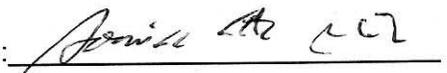
Área de concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira

A banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Prof. George Browne Rego, Dr. UFPE
Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Prof. Francisco Gaetano Pereira, Dr. UNICAP
Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Prof. Adonis Costa e Silva, Dr. UNICAP
Julgamento: APDO ✓ + 12 Assinatura: 

Profa. Fabíola Santos Albuquerque, Dra. UFPE
Julgamento: Aprovado Assinatura: Fabíola Santos Albuquerque

Prof. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão, Dr. UFPE
Julgamento: aprovado Assinatura: 

Recife, 12/12/2005.

Coordenador do Curso:
Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Dedicamos a presente obra

aos milhares de brasileiros que ainda lutam pela conquista sagrada do direito à moradia, em um País marcado pela péssima distribuição de renda e estratificação social,

aos meus pais, José Alves da Silva e Maria do Carmo Santos da Silva, alicerces de minha resistência moral,

à minha irmã, Maria Betânia, e aos demais familiares sempre presentes na minha infatigável jornada acadêmica,

à Flávia Christiane, presença carinhosa em minha vida.

a José Luiz dos Santos grande amigo e incentivador de nossos estudos, exemplo de ser humano dedicado ao trabalho que foi chamado pelo Criador. (*Abundantius illis ominis laboravi*)

Agradecemos

a Deus, fonte de toda a vida e trabalho, a
necessidade das necessidades,

a todos os funcionários do curso de Doutorado
em Direito da UFPE, em especial Josy,
Carminha e Dona Joanita, pelo agradável
convívio e dedicação,

ao Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos,

a todos os que contribuíram direta ou
indiretamente na coleta de dados da presente
pesquisa.

Tá vendo aquele edifício, moço?
ajudei a levantar
foi um tempo de aflição
era quatro condução
duas pra ir, duas pra voltar
hoje depois dele pronto
“óio” pra cima e fico tonto
mas me vem um cidadão
e me diz desconfiado:
tu tá admirado
ou tá querendo roubar?
meu domingo tá perdido
vou pra casa entristecido
dá vontade de beber
e pra aumentar o meu tédio
eu nem posso “oiá” pro prédio
que eu ajudei a fazer.

Tá vendo aquele colégio, moço?
eu também “trabaiei” lá
lá eu quase me arrebento
fiz a massa, pus cimento
ajudei a rebocar
minha “fia” inocente
vem pra mim
toda contente
pai, vou me matricular
mas me diz um cidadão:
criança de pé no chão aqui não pode estudar
essa dor doeu mais forte
porque é que eu deixei o Norte
eu me pus a dizer: lá a seca castigava
mas o pouco que eu plantava
tinha direito a comer.

Tá vendo aquela igreja, moço?
onde o padre diz amém
pus o sino e o badalo
enchi minha mão de calo
lá eu “trabaiei” também
lá foi que valeu a pena
tem quermesse, tem novena
e o padre me deixa entrar
foi lá que Cristo me disse
rapaz, deixe de tolíce
não se deixe amedrontar
fui eu quem criou a terra
enchi o rio
fiz a serra
não deixei nada faltar
hoje o homem criou asa
e na maioria das casas
eu também não posso entrar

Cidadão. Autoria: Lúcio Barbosa

RESUMO

SILVA, Leonio José Alves da. Omissão administrativa e disfunção social da propriedade urbana na Lei n. 10.257/2001: o dirigismo urbanístico e a efetivação do direito social à moradia na cidade do Recife. 2005. 288f. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O cenário de crescente déficit habitacional verificado na cidade do Recife, a precariedade das condições de vida inerentes à falta de equipamentos urbanos e o histórico êxodo e clássico movimento de transumância são os pontos de partida da presente tese. Do método de investigação teórico-empírico delineamos os objetivos capitais de nosso estudo: causas e conseqüências da omissão administrativa na disfunção social da propriedade urbana e a efetivação do direito à moradia com a promoção de políticas sociais mínimas destinadas a priorizar os investimentos públicos nas necessidades vitais. Serão problematizados: ocupação desordenada do espaço urbano, especulação imobiliária, favelização na capital pernambucana, negação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, ausência de continuidade dos projetos de habitação popular, péssima qualidade de moradia, a anarquia urbana por décadas reinante em nossa cidade, comprovada com a inexistência de gabaritos limitadores do direito de construir, a negação do direito fundamental à moradia em harmonia com as políticas ambientais da Constituição Federal de 1988 e Lei n. 10.257/2001, morosidade da constitucionalização do direito privado e a falta de limites para a discricionariedade administrativa como óbice à consecução de políticas sociais mínimas. A teoria do dirigismo urbanístico repousa nas seguintes condutas: revisão da discricionariedade administrativa nos Tribunais sociais, quebra do mito da invasão de competências e aplicação da demanda difusa contida no Estatuto da Cidade e eficaz contra a improbidade administrativa por omissão.

ABSTRACT

SILVA, Leonio José Alves da. Omissão administrativa e disfunção social da propriedade urbana na Lei n. 10.257/2001: o dirigismo urbanístico e a efetivação do direito social à moradia na cidade do Recife. 2005. 288f. PhD – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The most important relationship for this theses is the crucial and legal problem of political urban plans in Recife. The last population census (1.422.905 - IBGE, 2000) measuring a continuous work in popular home programs. There are not possibilities to development in urban politics without large federal, state and regional investment in life's quality. Targets of this research are: a) the growth of "favelização" and "especulação imobiliária" (process of large scale around the diseable home politic); b) historical problem of urban anarchism in Recife (old downtown and peripheries areas); c) negatives studies to keeps the environmental political questions into the Magna Law of Brazil wrote in 1988. Also the many problems this theses talks about the worst doubt in to the Courts: the judicial limit in the social and coletive cases presents in the jurisprudence and modern doctrine of urban law (Federal law number 10.257/ july, 10, 2001).

Keywords: Urban problems. Public found in social programs. Federal Law number 10.257, july,10, 2001.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
1.1. Objetivos geral e específico da presente Tese:.....	11
1.2. Metodologia de pesquisa utilizada e apreensão da realidade empírica na presente Tese.....	20
1.3. Problematização e variáveis estudadas para a aplicação do “dirigismo urbanístico”.....	28
1.4. Fatos sociais determinantes da presente Tese: os problemas da “especulação imobiliária” e da “favelização” e o conteúdo do “dirigismo urbanístico”.....	34
1.5. Aplicabilidade jurídica da presente Tese: a motivação do “dirigismo urbanístico”.....	53
2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO APARENTE DO DIREITO CIVIL E A EXCLUSÃO SOCIAL PELA NEGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	71
2.1. Reflexos da supremacia do interesse público e a absorção das normas de direito privado pela realidade social inerente aos direitos de personalidade.....	77
2.2. A proteção dos direitos de personalidade e a contradição com a inaplicabilidade das normas constitucionais brasileiras pertinentes ao cumprimento da função social da propriedade urbana.....	91
2.2.1. Ausência de efetividade na Constituição Cidadã quanto ao direito social à moradia ou efetividade condicionada ao abuso estatal?.....	96
2.2.2. Efetividade normativa e o enlace da atividade judicial.....	100
2.3. A efetividade do ordenamento jurídico nacional na promoção da função social da propriedade urbana depende exclusivamente da provocação do Poder Judiciário?.....	102

3. EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NO DIREITO BRASILEIRO: DO CONSERVADORISMO LIBERAL NO INÍCIO DO SÉCULO XX ATÉ O ESTATUTO DA CIDADE.....111

3.1. Da sociedade agrária aos conglomerados urbanos: a longa trajetória do direito de propriedade e da exclusão social na realidade brasileira.....124

3.2. Instrumentalidade do direito de propriedade: a promoção da dignidade e a vinculação da função social da propriedade.....130

3.3. Disciplina urbanística na Constituição Federal de 1988: ordem econômica versus ordem social: antinomias de normas constitucionais?.....136

3.4. Estatuto da Cidade: aparente constitucionalização do direito civil ou efetiva promoção da cidadania?.....139

4. OMISSÃO ADMINISTRATIVA E DISFUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: FUNDAMENTOS DO DIRIGISMO URBANÍSTICO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À EXCLUSÃO SOCIAL.....143

4.1. Estudo dos fundamentos sociais de uma nova mentalidade no plano da responsabilidade civil estatal.....143

4.2. Estudo da morosa constitucionalização de um direito civil estagnado: a lenta absorção da responsabilidade civil na temática da propriedade urbana.....147

4.3. Bases jurídicas do “dirigismo urbanístico” para sanar o problema da exclusão social em matéria de propriedade imobiliária na cidade do Recife: hierarquização nos mecanismos do art. 182, §4º da Constituição Federal de 1988.....154

4.4. Antinomia ou colisão de interesses na responsabilidade objetiva por omissão no trato do direito de propriedade: a Constituição Federal necessita de regulamentação em sede de direito fundamental?.....159

5. DIRIGISMO URBANÍSTICO E OS MECANISMOS PROCESSUAIS COLETIVOS: DIREITO À MORADIA E A QUEBRA DO MITOS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E DO “GOVERNO DO JUDICIÁRIO” NA LEI Nº 10.257/2001.....163

5.1. Demonstração da viabilidade de aplicação do “dirigismo urbanístico” na cidade do Recife: os mecanismos e bases de sua efetividade estão ao alcance do administrador municipal.....163

5.2. O dirigismo urbanístico pode ser efetivado coercitivamente pela população recifense em face da possibilidade e garantias mínimas insertas na Constituição Federal de exigir do Poder Público Municipal comportamento comissivo.....194

5.3. O que existe em comum entre a função social da propriedade urbana e o processo civil solidarista no cumprimento do “contexto mínimo fundamental”?.....	200
5.4. Tutela coletiva da propriedade no atual direito processual brasileiro.....	213
5.4.1. O renovar do processo como primeiro passo no cumprimento da função social da propriedade urbana.....	213
5.4.2. A tutela promocional na efetividade do direito social à moradia passa por uma mudança de comportamento jurisprudencial brasileiro?.....	216
5.4.3. Mecanismos processuais previstos no processo coletivo e a função social da propriedade urbana.....	222
6. INTERESSES DIFUSOS E VIABILIDADE DA CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER: A IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI Nº 10.257/2001 E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA.....	230
6.1. O Estatuto das Cidades como instrumento de defesa dos interesses coletivos na temática da propriedade urbana.....	230
6.1.1. Aplicação de um processo civil coletivo como garantia do cumprimento dos direitos sociais.....	234
6.2. Hierarquização de sanções previstas no art. 182,§4º da Constituição Federal de 1988 e limitação da desapropriação urbanística.....	243
6.3. Da possibilidade da condenação da Fazenda Pública em obrigações específicas de fazer e o problema do desrespeito às decisões judiciais:da necessidade de aplicarmos o crime de lesa-Corte no Brasil.....	245
7. CONCLUSÃO.....	251
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	268
ANEXOS.....	277

1. INTRODUÇÃO.

1.1. Objetivos geral e específico da presente Tese.

Estudando a oferta do direito à moradia na cidade do Recife, decidimos debater um tema extremamente polêmico e olvidado no recente meio acadêmico local; não pretendemos apenas incutir, ao longo deste trabalho, a idéia meramente promocional da garantia constitucional em comento, mas, reversamente, apontar as variadas causas diretas e indiretas do déficit habitacional e a precária oferta de serviços básicos inerentes ao próprio conceito de habitação condigna, presentes na capital pernambucana, apontando soluções concretas de médio e longo prazos, executadas no âmbito dos três poderes constituídos, uma vez que a efetivação deste direito não depende exclusivamente de uma postura afirmativa do Poder Executivo.

O direito à habitação de qualidade não é atingido, como exporemos em capítulo específico, não se encerra ou não é exercido, na simples construção de conjuntos habitacionais destinados à população de baixa renda, mas, de modo inverso, contempla inúmeras outras atitudes comissivas, dentre as quais podemos exemplificar desde logo: a oferta regular dos serviços de saneamento básico, a implementação da eletrificação, expansão da telefonia pública, o regular oferecimento de transporte coletivo, a instalação de postos de saúde, creches, escolas, correios, estabelecimentos bancários, dentre outros.¹

¹ O direito à moradia não pode ser concebido sem a ótica promocional da qualidade de vida, complexa por sua própria natureza e circundada pela oferta condigna da habitabilidade ofertada, dentre outras circunstâncias, com a presença de serviços públicos essenciais ao desenvolvimento humano e a possibilidade de mobilidade social, como debateremos em capítulo específico. Quanto mais densa a estratificação social de um país, notoriamente será a crise da oferta de moradia: "A questão da moradia é primordialmente a de sua crise. Falta de conforto e de equipamentos, superpovoamento (apesar de subpovoamento de certas moradias), velhice, insalubridade tornam esta questão uma experiência vivenciada por grande parte da população (...). O que caracteriza esta crise é que ela afeta outras camadas sociais além das que se encontram embaixo da escala de rendas e atinge amplos setores dos

Sempre tivemos desmedida preocupação e interesse por temas jurídicos concretos e relegados em nossa doutrina e jurisprudência e a oferta de moradia e regulação das condutas do Poder Público e da iniciativa privada, notadamente entre o interregno da Constituição Federal de 1988 e a publicação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), desponta como mais um assunto a merecer aprofundamento.

No desenvolvimento de todo o raciocínio aqui defendido, o leitor encontrará continuamente discutidos os objetivos centrais de nosso trabalho, uma vez que estão interligados em todos os capítulos desta tese doutoral, quais sejam:

a) objetivo geral da presente Tese: descrever a evolução do tratamento legislativo da função social da propriedade urbana na realidade brasileira, além da influência herdada do direito europeu atinente ao instituto e o direito à moradia na cidade do Recife, delimitando as condutas administrativas omissivas responsáveis pela quebra deste princípio constitucional, estabelecendo novos paradigmas deste instituto edificado na primeira metade do século XX e enfrentar os seguintes problemas:

estratos médios, que se situam melhor em outros domínios do consumo, mas não podem escapar da penúria das moradias, suscitada pela contração urbana. Esta penúria não é uma necessidade inexorável dos processos de urbanização; ela responde a uma relação entre a oferta e a procura, a qual é determinada pelas condições sociais de produção do bem, objeto do mercado, quer dizer, a moradia. (...) Daí a importância do tema da especulação e a dependência da questão da moradia em relação às leis econômicas que regularizam o mercado. Não conviria concluir disto tudo que a crise da moradia seja puramente conjuntural e simples questão de equilíbrio entre a oferta e a demanda. Trata-se de uma defasagem necessária entre as necessidades, socialmente definidas da habitação e a produção de moradias e de equipamentos residenciais." CASTELLS, Manuel. A questão urbana. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.222-224.

a.1.) ocupação desordenada do espaço urbano recifense conferindo ao direito à propriedade e moradia caráter puramente mercantilista, propiciando a distribuição do solo urbano vinculada à clássica lei de demanda e oferta capitalista sem a menor preocupação com as políticas de acessibilidade aos equipamentos urbanos, realidade esta observada dos dados estatísticos sobre a verticalização fornecidos pela Prefeitura da Cidade do Recife;

a.2.) especulação imobiliária na cidade do Recife guiada por interesses isolados em gradativa ascensão, ditando severamente a melhoria dos espaços urbanos em consonância com o poder de barganha da iniciativa privada, revelada em suas duas vertentes (positiva e negativa), inclusive com a participação do Poder Público nos imóveis sob o seu domínio, como explicaremos adiante;

a.3.) favelização na cidade do Recife, incrustada por algumas décadas em virtude da ausência de qualquer preocupação com programas continuados de oferta de moradia popular de boa qualidade;

a.4.) negação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa diante da quebra de relação de continuidade na regulação do uso do solo e espaço urbanos na cidade do Recife, onde a legislação, salvante raras exceções, é elaborada com a preocupação de salvaguardar o meio ambiente artificial²(cidades) independentemente da postura administrativa do momento;

² Clássica é a divisão do patrimônio ambiental em natural, cultural e artificial. Dentre estes cuidamos no presente trabalho do último, constituído pela intervenção humana contínua e progressiva na paisagem formando os conglomerados populacionais ou urbanos: “ As construções do homem compõem o seu ambiente peculiar, não sem interferir sensivelmente no entorno e causar alterações nas características essenciais do meio e na preservação ou conservação dos recursos naturais. (...) Acrescente-se a isso que o meio ambiente artificial, ou construído, não se encontra etereamente na União ou nos Estados,

a.5.) péssima qualidade de vida para boa parcela da população recifense em virtude da negação do direito à moradia e de sua oferta não condizente com os demais fatores da ordem econômico-social vigente na Constituição Federal de 1988, notadamente no seu art. 170, gerando verdadeira segregação ou estratificação urbana³;

a.6.) a anarquia urbana predominante na cidade do Recife durante muitas décadas e comprovada, dentre os vários exemplos, pela inexistência de gabaritos limitadores ao direito de construir em algumas das 06 (seis) regiões político-administrativas como tópico indispensável do núcleo negativo do direito de propriedade;

a.7.) a falta de limites para a discricionariedade administrativa no tocante à oferta do direito fundamental à moradia (dotação de recursos públicos), amparada pela carcomida e infundada idéia da total e irrestrita liberdade de alocação orçamentária por parte do administrador municipal, estadual ou federal.

mas sim no território e no solo do Município. A este cabe a tutela do patrimônio ambiental artificial que está sob sua alçada, quer própria e direta, quer associada e indireta. Daí a importância do Plano Diretor, que provê ao desenvolvimento global de todo o Município (e não apenas das áreas urbanas), assim como de leis outras, derivadas, por assim dizer, do Plano Diretor, tais como uso e ocupação do solo, zoneamento, edificações e obras, limpeza pública etc." MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 219-220.

³ A realidade empírica, metodologia fortemente utilizada neste trabalho acadêmico, revela incontestavelmente que as cidades, desorganizadas em seu crescimento, produzem autênticos sítios de estratificação social, encorajado tal quadro pela ausência do administrador em minimizar tal situação e pelo avanço da especulação imobiliária: " A distribuição das residências no espaço produz sua diferenciação social e especifica a paisagem urbana, pois as características das moradias e de sua população estão na base do tipo e do nível das instalações e das funções que se ligam a elas. A distribuição dos locais residenciais segue as leis gerais da distribuição dos produtos e, por conseguinte, opera os reagrupamentos em função da capacidade social dos indivíduos, isto é, no sistema capitalista, em função de suas rendas, de seus *status* profissionais, de nível de instrução, de filiação étnica, da fase do ciclo de vida etc. Falaremos, por conseguinte, de uma estratificação urbana, correspondendo ao sistema de estratificação social (ou sistema de distribuição dos produtos entre os indivíduos e os grupos) e, nos casos em que a distância social tem uma expressão espacial forte, de segregação urbana. Num primeiro sentido, entenderemos por segregação urbana a tendência à organização do espaço em zonas de forte homogeneidade social interna e como intensa disparidade social entre elas, sendo esta disparidade compreendida não só em termos de diferença, como também de hierarquia." CASTELLS, Manuel. A questão urbana. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.249-250.

a.8.) a necessidade de mudança de comportamento do Poder Judiciário como um dos instrumentos de mutação da realidade atualmente vigente na capital pernambucana;

b) objetivos específicos da presente Tese: demonstrar a viabilidade de execução das políticas de moradia previstas na Constituição Federal de 1988, notadamente com o enfrentamento das seguintes questões:

b.1.) promover um debate sobre ao combate à omissão administrativa na oferta do direito à moradia na cidade do Recife, notadamente com a mudança de mentalidade do Poder Judiciário nacional diante das prestações sociais contidas nas políticas públicas;

b.2.) sugerir uma mudança doutrinária sobre a estrutura da responsabilidade civil estatal no tocante à política habitacional brasileira, enfatizando-se o nexo de causalidade com o debate da omissão presente na tese do risco administrativo;⁴

⁴ Em capítulo específico sobre a postura da responsabilidade civil estatal inerente ao cumprimento do direito à moradia, debateremos a necessidade urgente de mudanças de mentalidade na compreensão deste direito de natureza fundamental, ofertando crítica sobre o conservadorismo reinante na matéria e a aparição de algumas correntes doutrinárias úteis à sustentação de nosso raciocínio: “A responsabilidade do Estado extracontratual, com se demonstrou, deixa de ser aplicada quando haja eminentemente como causa excludente a força maior ou a culpa exclusiva da vítima. Logo, for a essas hipóteses, o Estado é o responsável até mesmo por omissão, ou ainda por criação de norma legal que cause prejuízo a outrem, sendo a tese da total irresponsabilidade sufragada pela maioria da doutrina nacional. Quanto ao direito à moradia, verifica-se que o Estado tem por obrigação e dever, não só em decorrência das normas internacionais de direitos humanos, como também agora em virtude da Constituição Federal de 1988, por meio do art. 6º, promulgar e criar legislação que beneficie, proteja e facilite o direito à moradia. A criação de normas infraconstitucionais que dificultem o acesso à moradia ou dificultem o seu exercício nas suas mais variadas formas, como na elaboração de contratos de financiamento ou de locação, de forma a inclusive retroceder nas conquistas anteriores já obtidas por legislação anterior, afronta não só o dever do Estado em garantir e efetivar o direito à moradia, mas também poderá ser tida como inconstitucional, em virtude da disparidade em relação ao art. 6º da Constituição Federal de 1988.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.253-254.

b.3.) propor a reforma de alguns artigos do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) enfocando sua distância entre as necessidades jurídicas para a imposição de penalidades ao proprietário omissos e quanto à própria execução de políticas sociais inerentes à moradia;

b.4.) examinar as bases da atitude especulativa imobiliária e explicar suas diferentes versões, propor uma mudança de mentalidade sobre a aplicação do urbanismo de mercado na realidade urbana recifense;

b.5.) promover uma reformulação conceitual sobre a postura do Poder Judiciário (implementação de uma jurisprudência verdadeiramente voltada às necessidades sociais) diante da carência do direito à moradia, inspirada tal revisão, na aplicação análoga de decisões inerentes à oferta de outros direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988;

b.6.) debater a disfunção social da propriedade urbana pelo próprio Poder Público em suas diferentes esferas administrativas, revisar a ultrapassada visão da “invasão de competências” ou governo do Poder Judiciário;

b.7.) apresentar proposta de reforma constitucional no tocante ao direito à moradia, inserindo capítulo específico na ordem social. Por fim, devemos registrar que as idéias aqui divulgadas serão distribuídas em sete capítulos obedecendo a seguinte estrutura:

Introdução ao tema (presente capítulo): abordando os objetivos geral e específicos da tese, a metodologia de pesquisa utilizada e sua implicação, dando-se ênfase ao trabalho empírico, além da problematização encontrada e os pilares de sustentação do dirigismo urbanístico como proposta de solução para o problema da negação do direito à moradia na cidade do Recife, expondo todas as variáveis dissecadas ao longo do trabalho;

Capítulo sobre a constitucionalização aparente do direito civil e a exclusão social pela negação ao direito fundamental à moradia: aborda-se a lentidão no processo de constitucionalização do direito privado brasileiro e seus reflexos diretos na oferta do direito à moradia na cidade do Recife, passando-se pela resistência à interpretações inovadoras em matéria de direitos fundamentais e mesmo quanto à inócua discussão sobre a categoria semântico-normativa do direito à moradia, própria de nossa morosa constitucionalização e consecução de políticas públicas sociais, percorrendo, em determinados casos, a via quase indispensável do Poder Judiciário;

Capítulo destinado a anotações sobre a evolução do direito de propriedade enfocando notadamente o princípio da função social da propriedade, a mudança de comportamento social quanto às necessidades individuais e busca pela oferta de emprego nas grandes cidades (onde será explicado o processo geográfico de transumância responsável pela urbanização da sociedade brasileira) debatendo-se sua aparição na realidade alemã de 1919 e sua discussão na doutrina francesa e italiana e a instituição da ordem econômica dirigente, além de ser traçado um acompanhamento do instituto nas Constituições brasileiras e sua esfera de incidência,

bem como são discutidas a promoção da dignidade humana na ordem urbana e sua repercussão na edição do Estatuto da Cidade;

Capítulo enfocando a omissão administrativa e a disfunção social da propriedade urbana, onde são descortinadas as bases do dirigismo urbanístico, suas implicações na aplicabilidade das normas constitucionais, a necessidade de uma reformulação dos conceitos e interpretações do Poder Judiciário, além da discussão sobre aparente ou efetiva antinomia das normas constitucionais dirigidas à imposição de penalidades ao proprietário omissor;

Capítulo discorrendo do dirigismo urbanístico e a aplicação dos mecanismos processuais coletivos ou de massa (como a usucapião coletiva urbana empregada em alguns bairros recifenses), onde debateremos a quebra dos mitos da “reserva do possível” e do “governo pelo Poder Judiciário”, realizando-se uma revisão de conceitos sobre este tema, além de uma severa crítica à feição emprestada ao contornos da discricionariedade administrativa na realidade brasileira sobre a aplicação dos recursos públicos na execução de programas sociais;

Capítulo enfrentando o tema dos direitos difusos e a condenação da Fazenda Pública em obrigação de fazer, a implementação de políticas públicas e o papel da magistratura social, a imposição de multa ao administrador refratário, além da importância do Ministério Público na concretização dos direitos fundamentais.

Conclusão dos debates chamando a atenção do indispensável somatório de medidas debatidas em toda a tese e oferta de soluções para o problema da falta de

moradia no Recife e Região Metropolitana da cidade do Recife, divididas em quatro grupos interligados de propostas devidamente enfrentadas ao longo de todo o estudo realizado, centralizados fundamentalmente em:

grupo de soluções 1: inversão de prioridades orçamentárias e imposição de penalidades aos proprietários omissos (públicos ou privados); grupo de soluções 2: reforma do Estatuto da Cidade e ativismo judicial; grupo de soluções 3: ampliação e efetivação da gestão democrática das cidades e combate à especulação imobiliária, inclusive com a aplicação rígida de gabaritos destinados a limitar o direito de construir por parte da iniciativa privada; grupo de soluções 4: reforma constitucional com a especificação do direito à moradia na ordem social e a imposição de percentuais de investimentos por parte dos entes federados (criação do art. 233 na Constituição Federal), além da extinção da outorga onerosa do direito de construir (art. 28 da Lei nº 10.257/2001) e retomada do modelo de concessão de uso especial vetado no Estatuto da Cidade (arts. 15-20 da Lei nº 10.257/2001) e regulamentado pela via de Medida Provisória.

1.2. Metodologia de pesquisa utilizada e apreensão da realidade empírica na presente Tese.

A elaboração deste trabalho jamais poderia ser levada a cabo sem a coleta de dados de diversas fontes, tais como as doutrinárias (literatura comentando a limitação das normas constitucionais e a imposição das tarefas institucionais e debatendo o papel do direito urbanístico, a política urbana nas cidades da América do Sul, além do processo de urbanização na realidade brasileira e a evolução da função social da propriedade urbana) e jurisprudenciais, até então existentes, se bem verdade que ainda distantes de uma observação crítica da realidade social presente no tema da moradia.

Da pesquisa jurisprudencial procedida na internet, salvante algumas exceções encontradas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e em órgãos monocráticos da Justiça Estadual no Sudeste e Sul do Brasil de arestos preocupados com a execução de políticas básicas voltadas ao cumprimento do direito à moradia, a grande maioria dos julgados consultados, dentre os anos de 1989 até 2005, ainda não despertou para a missão do Poder Judiciário nas democracias atrofiadas e estáticas como a brasileira, como demonstraremos em capítulo específico sobre a importância dos tribunais sociais.

Diante desta dificuldade, qual seja, a insuficiência da doutrina jurídica contemplando e defendendo a imposição dos ditames sociais destinados à execução da política da moradia e da responsabilidade administrativa para tanto, da efetividade dos comandos insertos na Lei nº 10.257/2001 e da implementação das penalidades contra a própria omissão administrativa no tocante à disfunção social da propriedade

urbana, recorreremos ao método de pesquisa empírica, pouco utilizado no meio jurídico quando a temática discutida é a propriedade urbana e a distribuição e mudança do solo urbano, tática esta de pesquisa indispensável pela natureza desta tese e sua temática, onde percorremos bairros estratégicos da cidade do Recife, situados em áreas de notório adensamento e bairros onde o elevado grau de miserabilidade social contrasta frontalmente com verdadeiras ilhas de desenvolvimento urbano.

Realizamos o levantamento de campo, que não necessitou de submissão ao Comitê de Ética em Pesquisa da UFPE, em virtude da inexistência de prejuízo social ou impacto ambiental na coleta de dados empíricos e nem tampouco comprometimento da reserva privada dos pesquisados, condições que justificariam tal avaliação como é o exemplo das pesquisas realizadas em quase sua totalidade nos cursos do Centro de Ciências Biológicas.

Anotando entrevistas livres não pautadas em questionários padronizados e induzidos de amostragem, tática altamente superficial ainda empregada nos censos demográficos, mas diretamente preocupadas com a opinião dos moradores, decidimos visitar comunidades localizadas nas diferentes Regiões Político-administrativas do Recife (v.g. RPAs n. 2, 3 e 6), como os seguintes bairros: Torre – Comunidade de Santa Luzia, de Casa Forte – ZEIS Vila do Vintém, da Boa Viagem – ZEIS Entra a pulso⁵, de Casa Amarela, de Dois Unidos, de Santo Amaro (margem oeste da avenida

⁵ A comunidade Entra a pulso é um dos exemplos mais clássicos de conflitos urbanos do Recife: "O próprio nome já dá uma pista da história de luta e resistência da população. Ele surgiu depois que a comunidade conseguiu impedir uma tentativa de remoção das casas pela Prefeitura do Recife. Os habitantes resistiram e ficaram literalmente "a pulso", ou seja, "à força". (...) O solo foi criado pelas mãos dos moradores que aterraram o mangue, e a área ribeirinha do rio Jordão, dando origem à favela conhecida anteriormente como "mata sete". Atualmente, cerca de dez mil pessoas dividem a área de 8,33 hectares." OLIVEIRA, Flávia Gomes e Silvana. Coelhos, Mustardinha e Entra a pulso: três histórias de resistência e luta pela moradia no Recife. Prezis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.44

Agamemnon Magalhães) e na Comunidade Tabaiães – contorno Sul da Ilha do Retiro com acesso pela Estrada dos Remédios.⁶

Procuramos, com a atividade empírica apreender, com a maior proximidade possível da realidade social, as verdadeiras necessidades de implementação do direito à moradia que a mera investigação doutrinária jamais permitiria.

Além disto, procedemos à coleta de dados estatísticos na Secretaria de Planejamento da Prefeitura da Cidade do Recife e na Diretoria do Meio Ambiente - DIRMAM, responsável pela guarda de dados essenciais sobre o processo de ocupação do solo urbano na capital pernambucana.

⁶ A utilização do método de pesquisa empírica revela a necessidade de complementação de fontes doutrinárias insuficientes e incapazes, isoladamente, de propiciar a resposta a todas os questionamentos levantados sobre o problema do déficit habitacional na cidade do Recife e em outras capitais brasileiras. Coletar dados diretos da realidade (pesquisa com fontes primárias) constitui recurso indispensável da presente pesquisa, própria de qualquer levantamento desta natureza: “ A importância crescente da urbanização, como dado quantitativo e como consequência e fator de graves problemas sociais e econômicos, contrasta, nos países subdesenvolvidos, com a timidez e a pobreza dos estudos empíricos e do esforço teórico. Esse é um campo de estudos em que, com exceção de alguns pesquisadores isolados, a indigência é gritante. As análises são, de um modo geral, desligadas da realidade social como um todo, contentando-se frequentemente com o exame parcelado de microproblemas e com um enfoque onde a sociedade em movimento está ausente. Um imenso corpo de literatura pôde assim ser escrito e difundido sem, entretanto, contribuir para o conhecimento da realidade. Para esse resultado, diversos fatores concorreram. Os estudos urbanos constituem um domínio científico onde a vulnerabilidade a modelos capitalistas é grande. De um lado, há as teorias e doutrinas espaciais e urbanas importadas, algumas buscando, honestamente ou apenas em aparência, um esforço de compreensão dos problemas próprios do Terceiro Mundo, enquanto outras claramente procuram transpor às realidades atuais dos países dependentes uma interpretação, às vezes discutível, das realidades dos países do centro, hoje e no passado. Ainda agora se insiste em comparar o fenômeno urbano no mundo desenvolvido atual com o acontecido na Europa e nos Estados Unidos à época de sua industrialização. Por outro lado, a planificação regional e urbana tornou-se um exercício extremamente útil não apenas à penetração mais fácil do imperialismo e do capital o Terceiro Mundo, mas também um veículo privilegiado das teorias subjacentes. As teorias de planejamento urbano e regional raramente decorrem de situações reais que se deseja modificar. Elas se apresentam muito mais como portadoras de um modelo a impor. Esse modelo é, mais freqüentemente, trazido dos países de centro, onde essas teorias são elaboradas para servir a interesses que raramente são os nossos. Nesse particular isso foi particularmente eficaz, pois tanto contribui à importação de doutrinas que nada têm a ver com nossas realidades, como, pelo seu uso prestigioso, impede que um pensamento autônomo e sério se desenvolva.” SANTOS, Milton. Da totalidade ao lugar. São Paulo: EDUSP, 2005. p.55-56.

Pretendemos demonstrar as prováveis soluções para a disfunção social da propriedade urbana na cidade do Recife, enfatizando neste primeiro momento o caráter especulativo assumido por determinados proprietários dos bairros recifenses e o notório desprezo dos comandos da Constituição Federal de 1988, negando também a função social das cidades.⁷

A literatura analisada traz posições em sua maior parte altamente brandas quanto ao problema discutido na presente pesquisa; razões diversas podem ser suscitadas para explicar a morosidade e o pouco interesse pelo desenvolvimento deste assunto, dentre as quais a ausência de uma política geral de crescimento urbano no Brasil e a quase completa inexistência de debates no âmbito promovidos pelas universidades brasileiras nas últimas décadas sobre a ação estatal no controle de qualidade de vida e a miserabilidade nas grandes cidades (notadamente nos Cursos Jurídicos).

⁷ “O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada. Pouco importa que o tecido urbano encerre em si o campo e aquilo que sobrevive da vida camponesa, conquanto que “o urbano”, lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovido à posição de supremo bem entre os bens, encontre sua base morfológica, sua realização prático-sensível. O que pressupõe uma teoria integral da cidade e da sociedade urbana que utilize os recursos da ciência e da arte.” LEFEBVRE, Henry. O direito à cidade. São Paulo: Centauro, 2001.p.116-117.

Lentamente surgiram comentários ao Estatuto da cidade, onde podemos destacar a parcimônia de seus autores, com raras exceções, ao debater o dever de atitude comissiva por parte do administrador municipal em gerenciar recursos destinados à habitação popular e promover a utilização compulsória dos espaços urbanos ociosos; nada que não se pudesse esperar, dado ao conservadorismo ainda reinante em nossa doutrina em matéria de função social da propriedade e improbidade administrativa.

Notória é a evolução da disciplina ambiental e a implantação de mecanismos de controle efetivo da poluição, tais como a destinação do lixo doméstico, o reaproveitamento dos recursos hídricos dentre outros; contudo, persiste a ausência de uma política séria e um debate contínuo e impessoal, com a participação da sociedade no tocante à questão urbana, estacionando a favelização, grave problema resultante da indesejável omissão administrativa em promover o direito social à moradia, e combatendo a especulação imobiliária.

Consultadas obras hodiernas sobre preceitos constitucionais e diretrizes da propriedade no atual ordenamento nacional, verificamos traços até certo ponto coincidentes, tais como:

- a) a literatura nacional civil e constitucional aproxima-se, algumas vezes, da estrangeira⁸ no sentido de apresentar uma postura conservadora e atrelada aos preceitos da programaticidade das normas constitucionais atinentes à promoção da função social da propriedade urbana, excetuando-se, neste ponto, o vanguardismo dos autores italianos que trabalharam com o chamado “conteúdo mínimo” da propriedade na década de 1970 (traduzida tal expressão na imposição estatal dos limites mínimos do uso correto da propriedade e sua vinculação à produtividade no setor agrário ou à própria distribuição do solo no setor urbano), e aqui no Brasil pouquíssimo explorado em virtude do exacerbado conservadorismo quanto à discussão dos limites do direito de propriedade e seu mandamento funcional;
- b) a literatura urbanística brasileira, com raríssimas exceções, revela-se insuficiente ou talvez tímida quanto à análise crítica e progressista dos comandos constitucionais pertinentes à exigibilidade de conduta comissiva do Prefeito, antes e após a edição do Estatuto da Cidade, no que tange à aplicação do Imposto Predial Territorial Urbano progressivo no tempo, à utilização compulsória do solo urbano com a sua edificação ou parcelamento (solo como espaço social urbano e promotor da qualidade de vida no direito

⁸ Grande é a resistência na reformulação dos paradigmas constitucionais atinentes à executoriedade dos programas sociais e de todas as suas normas referentes, seja na tutela dos direitos de personalidade ou em outros ramos. A programaticidade das normas constitucionais, no tocante à oferta do direito à moradia representa, ao nosso modo de sentir, assim como em outras áreas sociais, nítido exemplo do reconhecimento do desinteresse estatal em executar imediatamente políticas públicas indispensáveis à dignidade da pessoa, como revelaremos adiante. Certamente não estamos nem um pouco perto da abolição deste hiato nefasto entre proposição de comandos constitucionais e consecução de seus desígnios, notadamente com a manutenção de tal ideologia: “ La costituzione, in quanto massima fonte del diritto di un ordinamento, há una ovvia natura precettiva: ad essa va quindi attribuita una efficacia immediata e diretta. Questa considerazione, che appare fondata con riferimento al complesso della normativa costituzionale, è tuttavia desinata a rivelarsi non esatta se si considerano le diverse norme costituzionali. Infatti, solo una parte di tali norme há efficacia diretta, mentre altre hanno efficacia soltanto indiretta, necessitando per la loro attuazione di ulteriori interventi normativi.” VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: CEDAM, 2004. p. 157.

ambiental) e à desapropriação com o pagamento em títulos da dívida pública, ou seja, tal matéria quase sempre é concebida como visceralmente dependente da regulamentação por legislação ordinária que, no presente caso, encontrou resposta no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001);⁹

- c) o resistente e conservador atrelamento do cumprimento da função social da propriedade urbana (desde 1988) à edição de uma norma federal (no caso a Lei nº 10.257/2001), afastou qualquer possibilidade no período compreendido entre 1989 a 2001 dos Prefeitos (cidades com mais de 20000 habitantes ou não) promoverem o uso regular da propriedade e consolidar sua própria omissão no descaso do Poder Legislativo municipal quanto à edição de norma complementar aos Planos Diretores, adequando e distribuindo corretamente o solo urbano e combatendo a ociosidade do proprietário urbano;¹⁰

⁹ Quase toda a literatura nacional recentemente publicada, ao comentar o Estatuto da Cidade, não aprofundou o debate sobre a improbidade administrativa e muito menos arrostou o limite da discricionariedade no tocante à aplicação da desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em longo prazo. De tal forma, poucos foram os autores que acrescentaram contribuição específica para a redação de nosso estudo, chegando, em alguns casos, a sustentar idéias ao nosso modo de entender incompatíveis com a atual realidade urbana: “ A exemplo do IPTU progressivo, mecanismo de nítido caráter sancionatório, o instrumento ora comentado também se caracteriza como desapropriação-sanção, ou seja, o proprietário que não agir em conformidade com as exigências fundamentais de ordenação da cidade estabelecidas pelo Estatuto da Cidade estará sujeito à desapropriação de sua propriedade. Todavia, a desapropriação do imóvel apontada no art. 8º, deverá ser analisada de acordo com interpretação sistemática da Constituição Federal na medida em que, mesmo com as ressalvas apontadas no art. 5º, XXIV, da Carta Magna, a regra do procedimento constitucional da desapropriação estabelece fundamento claro em sintonia com nossa ordem econômica (art. 170 da CF), ou seja, o parâmetro constitucional, no que se vincula ao instituo da desapropriação, é o da prévia e justa indenização em dinheiro, com direito material constitucional fundamental descrito nas denominadas garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito (...) Daí nossa conclusão no sentido de ser inconstitucional a parte final do caput art. 8º, que, ao invés de estabelecer o pagamento ao proprietário através de moeda corrente nacional, estabelece referido pagamento em títulos da dívida pública”. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentado. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.80-81.

¹⁰ Jamais aceitamos o posicionamento da doutrina pátria quanto à programaticidade dos comandos do art. 182 da Constituição Federal de 1988. Defendemos a auto-aplicabilidade do citado dispositivo e nunca toleramos a idéia da impossibilidade administrativa de exigir a edificação compulsória ou parcelamento do solo urbano, de aplicar progressivamente as alíquotas do IPTU e desapropriar com o

d) observamos, ainda, inexistir um debate profundo na doutrina pátria no que pertine à responsabilização estatal quanto à omissão no controle urbano e na aplicação das punições previstas no texto constitucional, mormente quando é defendida a idéia da qual discordamos de que as atitudes do administrador municipal dependem do comando legislativo ordinário federal (v.g. nas situações de usucapião coletiva o administrador municipal poderia muito bem agilizar estudos topográficos e de regulamentação fundiária para auxiliar a tramitação dos feitos no Poder Judiciário, independentemente da edição de qualquer norma regulamentando, por exemplo, o art. 183 da Constituição Federal de 1988). Quando muito, cogita a doutrina em mera inércia do legislador e inexistência de causalidade entre a omissão administrativa e o descumprimento da função social da propriedade urbana.

pagamento em títulos da dívida pública sem a edição de Lei ordinária regulamentando tais sanções. Ao nosso modo de pensar, confirmando esta tese, defenderíamos a completa irresponsabilidade dos Prefeitos em aplicar penalidades aos proprietários ociosos entre os anos de 1989 até 2001, desconsiderando-se o período de *vacatio legis* de 90 dias preconizado no art. 58 da Lei n. 10.257/2001. Verdadeira *teratologia* jurídica afirmar que sem a edição do Estatuto da cidade os Prefeitos possuíam carta branca para a omissão e conseqüente improbidade administrativa. Infelizmente tal argumento tem sido encontrado direta e indiretamente na recente doutrina nacional: 'A Lei 10257/2001 regulamentou os arts. 182 e 183 da CF, estabelecendo normas gerais para os municípios efetivarem, segundo as suas características e necessidades locais, o disposto no seu Plano Diretor. O caminho, sempre se soube, não podia ser outro, faltava ao legislador ordinário, em verdade, vontade política de correr o risco de afrontar o bolor de doutrinas ultrapassadas. O receio, até certo ponto justificável, de que o proprietário fosse obrigado a desempenhar uma função que deveria ser de responsabilidade exclusiva do Estado, com recursos obtidos de impostos aplicados a esses mesmos particulares, conduzia à falsa impressão de que a interpretação da norma federal poderia levar a distorções perigosas e extremas.' OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da cidade. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.8-9.

1.3. Problematização e variáveis estudadas para a aplicação do “dirigismo urbanístico”.

A elaboração desta Tese, perseguindo a efetivação do direito à moradia na realidade recifense, busca o enfrentamento de uma considerável gama de problemas, distribuídos progressivamente nos capítulos seguintes, e que podem ser ordenados em três grandes grupos necessariamente interligados, a saber:

a) primeiro grupo: constante e crescente problema da favelização na cidade do Recife (de acordo com o último censo elaborado pelo IBGE em 2000 a capital pernambucana apresentava um índice de 1 favela a cada 2,9 km², o que resultaria em mais de 400 favelas em seu entorno, também denominadas de conglomerados irregulares ou clandestinos). Não podemos acreditar que a manutenção deste quadro possa caracterizar situação respeitante à dignidade humana e muito menos em conformidade com as tarefas reservadas às cidades como pólos de produção e circulação de bens e serviços, cenário este presente em boa parte das cidades brasileiras.¹¹

¹¹ A clandestinidade constitui traço marcante na confecção do espaço urbano brasileiro, calcada em um processo de acomodação e imobilidade social oriundo ainda de nossa formação colonialista, onde imperam a desigualdade e a deficiente distribuição de recursos em diferentes regiões das cidades: “ A produção das cidades brasileiras é marcada pela desigualdade: enquanto uma parte da cidade é produzida regularmente por proprietários e empreendedores privados, uma considerável parte do tecido urbano é produzida à margem da lei e da ordem urbanística – ilegal e irregularmente, portanto – criando uma via de acesso à terra e à moradia que obedece à uma lógica da necessidade. O fenômeno é amplamente conhecido e bem diagnosticado por urbanistas, juristas, economistas e sociólogos. Em um país que se urbanizou velozmente, no qual a percentagem da população vivendo em cidades aumentou de 31 para 81% entre 1940 e 2000, a lógica de produção das cidades tornou o produto “unidade habitacional” ou “lote urbanizado” uma mercadoria tanto mais cara quanto melhor dotada de centralidade, infra-estrutura e equipamentos. Inacessível para a maioria da população das cidades, a moradia regular passou a ser comercializada a um mercado cada vez mais restrito e elitizado. Enquanto isso, obedecendo à lógica da necessidade (a necessidade de morar) e buscando um espaço de exercício para o direito à moradia, os pobres da cidade passaram a sustentar um mercado imobiliário irregular, com características de sub-mercado, regras próprias e em franca expansão no País. Se o mercado imobiliário formal não conseguiu atender à demanda própria da população de baixa renda, o Estado fracassou de forma ainda mais notória.” ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: Porto Alegre e o urbanizador social. in. ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (org.) **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 281-282.

Demanda, tal realidade, a adoção de medidas concretas visando a implementação contínua de programas de moradia popular destinados à população de baixa renda que não dispõe de condições para participar dos planos de financiamento elaborados pela CEF – Caixa Econômica Federal em virtude das restrições de comprovação de renda e também pela insistente prática do anatocismo (incidência de juros sobre juros na correção das prestações do SFH – Sistema Financeiro de Habitação). Não há no Brasil uma política de habitação popular (ainda que com os recursos do FGTS) verdadeiramente comprometida com a continuidade de investimentos e muito menos existe em nossa legislação previsão para alocação de recursos mínimos na disposição orçamentária anual¹²;

b) segundo grupo: impunidade contra a gestão temerária dos recursos públicos. As Leis de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e da improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), relacionadas com a gestão urbana, ainda não foram devidamente encetadas em nossa realidade administrativa. Recentemente o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), em seu art. 52, acrescentou disposições diretas tipificando a inércia do administrador quanto à execução de programas públicos destinados à melhoria da qualidade de vida nas cidades, bem como o aproveitamento de imóveis desapropriados por descumprimento da função

¹² Abordaremos no capítulo referente à imposição do administrador público em corretamente direcionar os recursos orçamentários a necessidade de revisão de tal atribuição quando descumprida ou insuficientemente atendida. Quando analisamos as destinações orçamentárias quanto à execução de programas de moradia popular, constatamos que boa parte dos recursos é oriunda do FGTS e uma diminuta parcela advém do próprio OGU – Orçamento Geral da União: “Governo libera recursos do FGTS para atender 150 mil famílias com casas populares. Liberados R\$ 148 milhões para obras de saneamento ambiental em Regiões Metropolitanas. Os Ministérios das Cidades e da Saúde irão investir R\$ 148 milhões para municípios que compõem Regiões Metropolitanas aplicarem em obras de implantação e ampliação de sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário e tratamento e destinação adequada do lixo em benefício de cerca de 200 mil famílias.” Notícias do Ministério das Cidades. Disponível em <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em 13 de junho de 2005.

social da propriedade urbana e também quanto à aprovação do Plano Diretor nos moldes do art. 41 da citada Lei;

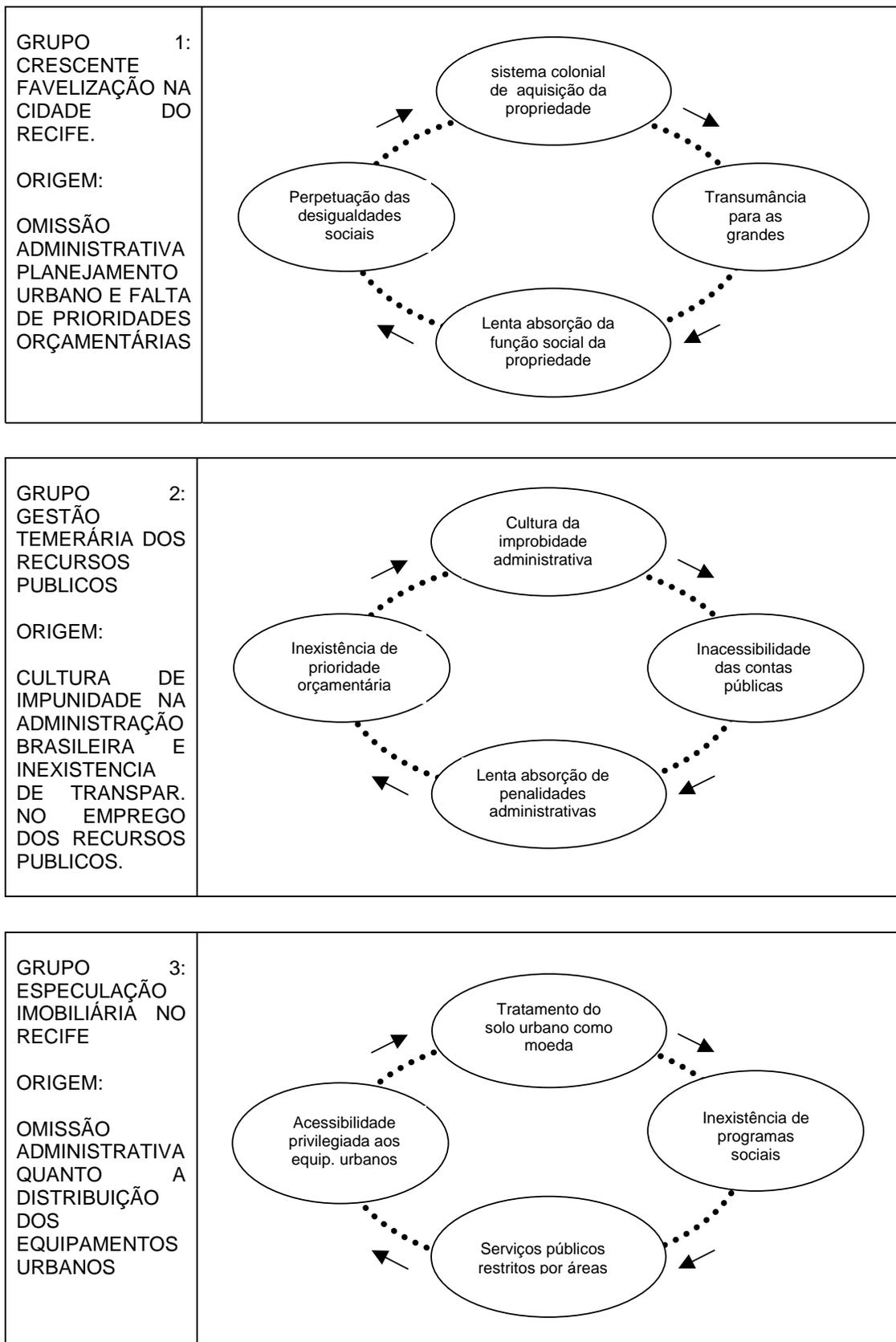
c) terceiro grupo: especulação imobiliária praticada tanto pelo Poder Público quanto pela iniciativa privada. O Administrador deixa de impor limites para o proprietário ocioso (destacando-se a possibilidade da desapropriação por interesse social prevista no Dec. 3.365/1941, a despeito de não ser possível nos moldes deste Decreto a aplicação do pagamento em títulos da dívida pública constitucionalmente previstos) colaborando para a acomodação social inerente à melhoria das habitações existentes ou mesmo sua oferta.

Devemos destacar ainda neste grupo a própria omissão administrativa no tocante à destinação dos imóveis públicos não utilizados por longas décadas na capital pernambucana, podendo-se apontar de logo os exemplos insertos em artérias como a avenida Guararapes e Dantas Barreto, além de muitas outras.

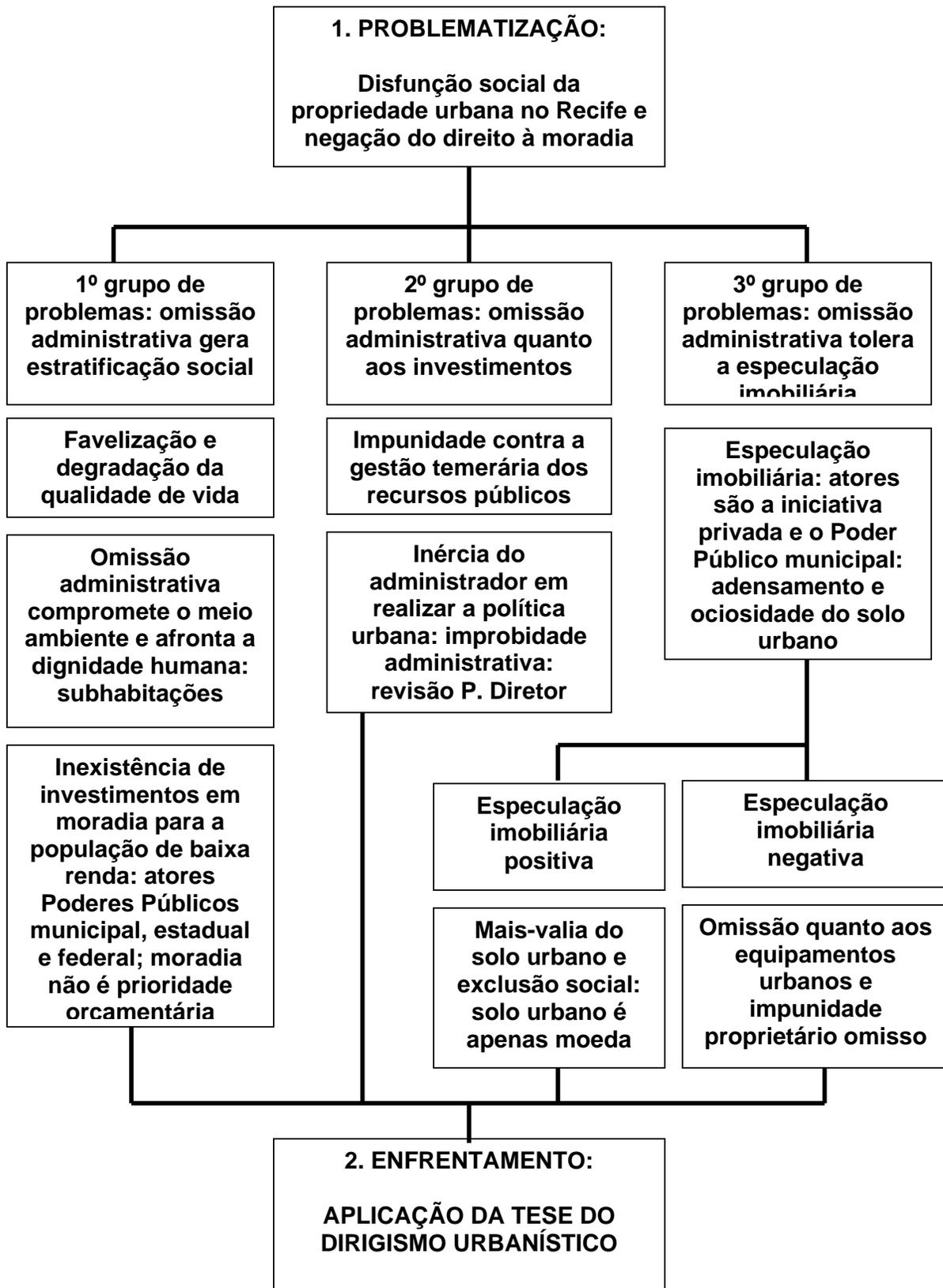
O solo urbano é tratado indiretamente (pela omissão administrativa) como uma moeda agregada e a maior ou quase exclusiva argumentação na tentativa de justificar a inércia administrativa é a inexistência de legislação infraconstitucional destinada a direcionar os comandos gerais da Carta Política de 1988.

Entretanto, tal linha de raciocínio não poderia ser suscitada antes mesmo da edição do Estatuto da Cidade em virtude da existência do Decreto acima citado e após a edição da Lei nº 10.257/2001 restou inviável a manutenção deste artifício procrastinatório.

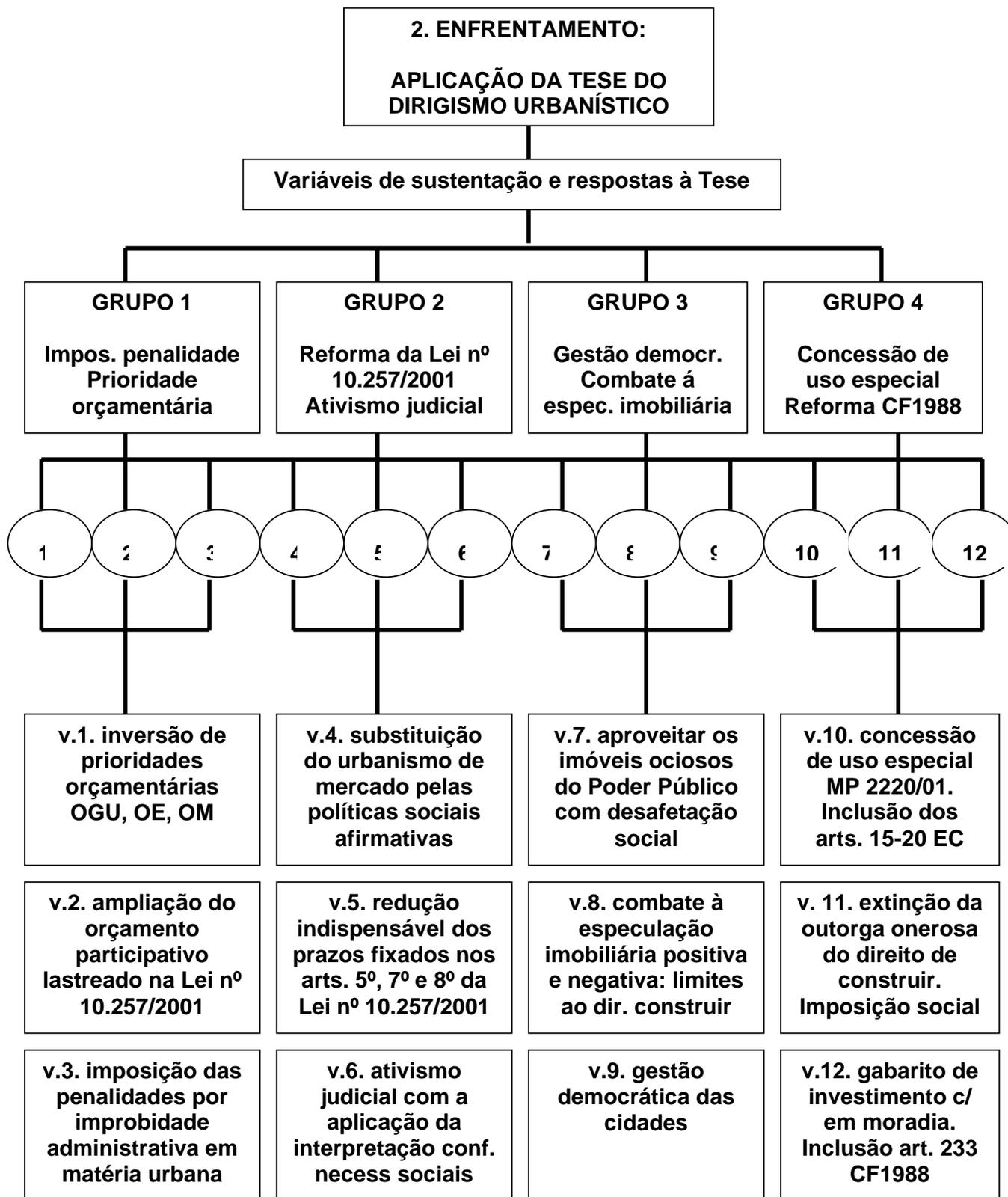
QUADRO EXPLICATIVO 1: GRUPOS DE PROBLEMAS INDIVIDUAIS.



QUADRO EXPLICATIVO 2: PROBLEMATIZAÇÃO DA TESE:



QUADRO EXPLICATIVO 3: VARIÁVEIS DE SUSTENTAÇÃO DA TESE:



1.4. Fatos sociais determinantes da presente Tese: os problemas da “especulação imobiliária” e da “favelização” e o conteúdo do “dirigismo urbanístico”.

O presente estudo objetiva fornecer subsídios para a efetivação do direito à moradia na cidade do Recife, elevado ao patamar de direito social pela Emenda Constitucional nº 26/2000, apesar de possuir nítidas características de autêntico direito fundamental, como o trataremos em todo o curso desta pesquisa, pelo que adotaremos a estrutura teórica de um direito fundamental de exigência imediata, contrariando a tese de um direito sem força executiva direta, representativo de meras tarefas sociais indiretas (Soziale Grundrechte in der Verfassung), consoante parte da recente doutrina constitucional.¹³

¹³ Extremamente improfícua a tarefa de estancar os direitos sociais dos de cunho fundamental, uma vez que sua proximidade é inevitável e, em alguns casos, são interesses pertencentes a um mesmo grupo. No Brasil, afeiçoam-se cada vez mais com a tese de verdadeiras prestações sociais normas definidoras dos deveres estatais, cuja executividade está concentrada na maioria das vezes, em nossa realidade, na contínua implementação forçada de seus comandos justamente por uma visão conservadora de sua estrutura: “No es por ello casual que el debate más reciente tenga por objeto el significado y la posible eficacia de los derechos sociales fundamentales, entendidos como garantía de las bases en que se asienta la existencia individual. Algunas constituciones de los Lander occidentales han incorporado derechos fundamentales sociales; dada, sin embargo, la prevalencia del Derecho federal, apenas han alcanzado importancia práctica. En el debate abierto sobre la reforma constitucional con ocasión de la unificación alemana se ha denadado la incorporación de derechos sociales fundamentales a la Constitución, si bien en forma de normas definidoras de tareas del Estado (Staatszielbestimmungen). La problemática de tales derechos se explica por tener una estructura distinta de la de los tradicionales derechos de libertad e igualdad. Derechos sociales fundamentales como por ejemplo el derecho al trabajo o el derecho a una vivienda adecuada o a la seguridad social no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede afectar a los derechos-libertad ajenos.” HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In. HESSE, Konrad. Manual de Derecho Constitucional. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p.97-98.

Ultimamente tem sido tal direito, indispensável ao conteúdo da dignidade humana, negado pelos efeitos da acomodação social e omissão administrativa nas três últimas décadas, em decorrência de fatores agregados em duas grandes vertentes, quais sejam: o descumprimento da função social da propriedade urbana e disfunção social da cidade¹⁴, decorrentes da “especulação imobiliária” e a disfunção social da propriedade corroborada no “processo de favelização”, ora pela ocupação desenfreada de áreas irregulares na cidade do Recife, ora pela monopolização dos equipamentos urbanos em diminutas regiões da capital pernambucana.¹⁵

Desde o surgimento das Regiões Metropolitanas¹⁶ na realidade urbanística brasileira (a partir da década de 1970) podemos constatar uma preocupação do legislador em levar o desenvolvimento a pontos circundantes das capitais e promover

¹⁴ O cumprimento da função social da cidade representa um somatório de atitudes por parte do administrador e administrados, tornando o espaço urbano sustentável e digno de ser habitado: “O art. 225 da Constituição assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. O que a Constituição propõe, sem dúvida, é uma revolução de mentalidade, diferente daquela que tem conduzido o crescimento artificial das cidades em seqüência ao desemprego rural, migrações internas, necessidades criadas até este momento.” GARCIA, Maria. **Direito à cidade**. Revista de direito constitucional e internacional. a.11, n.44, p.146, jul./set., 2003.

¹⁵ Equipamentos urbanos são o conjunto de serviços destinados ao cumprimento da função das cidades, tais como: ruas, avenidas, transportes, escolas, bancos, hospitais, creches, praças, parques, caixas de correios, rampas de acesso às pessoas com necessidades especiais, telefones públicos, rede de coleta e estações de tratamento de esgotos, centros comerciais etc.

¹⁶ A Região Metropolitana do Recife – RMR apareceu exatamente nesta época, concentrando peculiaridades de municípios vizinhos contíguos ou não e hoje congrega 14 municípios: “As fortes relações físicas entre os municípios da RMR, especialmente entre aqueles próximos ao Recife – núcleo metropolitano – viabilizam intensas relações de complementariedade funcional entre áreas de municípios distintos, porém interligadas por continuidade do tecido urbano. A enorme aglomeração que resulta apresenta-se, então, como uma cidade metropolitana com alto grau de interdependência física e funcional entre suas partes, seus bairros, seus locais de trabalho e moradia, suas atividades, suas comunidades e suas redes de serviços urbanos. Instituída em 1973, a Região Metropolitana do Recife compõem-se, atualmente, de 14 municípios e possui cerca de 2.800km², onde reside uma população de cerca de 3.330.000 habitantes (Censo Demográfico de 2000). Não reúne um conjunto de núcleos urbanos autônomos, mas se constitui uma grande cidade metropolitana; uma cidade transmunicipal, com 50 km de extensão na faixa litorânea, como área contínua por conurbação física e funcional, interligando praias de Jaboatão, Recife, Olinda e Paulista, e com sete sistemas de infra-estrutura e serviços urbanos em operação (transporte coletivo, pavimentação, abastecimento d’água, energia elétrica, iluminação e telefonia e limpeza urbana).” SOUZA, Maria Ângela de Almeida. Política habitacional para os excluídos: o caso da Região Metropolitana do Recife. Disponível em <http://www.ippur.ufrrj.br/observatorio>. Acesso em 20/10/2004.

gradativamente uma política de integração municipal; contudo, da vivência prática observamos o hiato existente entre comunidades isoladas e completamente discriminadas em parques quilômetros e áreas dotadas de completa infra-estrutura e elementos de produção, dentro de uma mesma cidade ou em cidades vizinhas contíguas, fornecendo os subsídios e as bases de sustentação da tese que passamos a denominar de “dirigismo urbanístico”, consistente em dois grupos de condutas: a) primeiro grupo de condutas:

a.1.) atuação do administrador público ofertando maior número de moradias compatíveis com a dignidade humana, permitindo a aplicação efetiva do orçamento público participativo¹⁷;

a.2.) definição da prioridade orçamentária para os programas sociais, alocando os recursos públicos oriundos do FGTS no setor imobiliário, não apenas com a gestão do aludido fundo, mas com a ampliação dos recursos públicos em moradia popular;

¹⁷ Atualmente, configura-se como inegável o tratamento do direito à moradia como nítida roupagem de direito fundamental e demandante de cumprimento imediato, uma vez que compõe a personalidade humana e todos os seus atributos morais e físicos: “ Na primeira classificação, temos que o direito à moradia enquadra-se com fator da integridade física, pois já é imanente a cada ser humano. Porém, as condições nas quais se exerce o direito à moradia é que implica sua violação ou não, ou mesmo a inexistência do seu exercício. É a hipótese em que certo indivíduo sofre com omissões do Estado para a criação de albergues, ou ainda de galpões, evitando o abandono em viadutos ou locais ermos, ou ainda, quando determinado indivíduo vive em favelas sem qualquer proteção e assistência do Estado, sem higiene ou com um conforto mínimo admitido para uma qualidade de vida, se não enriquecida ou farta, mas ao menos digna, tendo as condições mais elementares que uma pessoa necessita para a sua sobrevivência, como luz, água, saneamento, construções resistentes que o protejam do tempo e de suas variações previsíveis. Também, o direito à moradia pode ser mencionado como elemento tipificado da integridade moral do indivíduo. Isto porque não há como conceber o direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional, direito à identidade pessoa, familiar e social, se não for concebido, primeiramente ou paralelamente, o direito à moradia. Este é pressuposto, em verdade, daqueles, para o seu exercício de forma plena. Além disso, o cunho psíquico referente ao direito à moradia também poderá envolver o reflexo deste direito. SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. a.7, n.13. p.230-231., jan./jun., 2004.

a.3.) promoção do assentamento rural, prevenindo a transumância originada com a falta de condições de vida no meio rural;

a.4.) fornecimento de infra-estrutura para toda a cidade do Recife e não apenas para determinados bairros de modo isolado;

a.5.) aplicação de penalidades nos proprietários omissos afastando qualquer grau de conivência com a ociosidade do solo urbano e

a.6.) limitação criteriosa do direito de construir em homenagem à sustentabilidade ambiental, adotando gabaritos de construção rígidos, inclusive contrariando a aplicação da outorga onerosa do direito de construir, prevista no art. 28 da Lei nº 10.257/2001 que, ao nosso modo de entender, representa grande liberdade para a especulação imobiliária e fonte de adensamento urbano, privilegiando certas áreas da cidade em detrimento de outras, fomentando a especulação imobiliária;

b) segundo grupo de condutas:

b.1.) ativismo judicial provocado pelo Ministério Público e demais legitimados na promoção das políticas de moradia, destinado a sanar irregularidades administrativas no controle orçamentário e impor condutas comissivas ao Administrador Público quando de sua injustificável inércia;

b.2.) aplicação das penalidades por improbidade administrativa previstas na Lei nº 10.257/2001, contra os administradores municipais omissos;

b.3.) redução de todos os prazos regulamentados pelo Estatuto da Cidade para a aplicação de penalidades previstas no art. 182,§4º da Constituição Federal de 1988 e

b.4.) aplicação de tais sanções independentemente da aprovação de Planos Diretores em cidades com população inferior aos 20.000 habitantes, proibindo a existência de grandes espaços urbanos injustificadamente ociosos.¹⁸

A degeneração da cidade do Recife (diante da omissão administrativa continuada) e a concomitante, inconstitucional (uma vez que a distribuição dos benefícios da cidade deve contemplar todas as suas áreas e não apenas regiões isoladas) e abusiva prática da especulação imobiliária tornaram-se cada dia mais freqüentes gerando conseqüências danosas, dentre as quais podemos citar o tratamento conferido ao solo urbano como mero conteúdo monetário acessível a poucos.¹⁹

¹⁸ O direito urbanístico constitui disciplina pouco explorada no ambiente jurídico. De qualquer forma, com o advento do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) mereceu um pouco mais de destaque em virtude de apresentar normas de notável interesse público: “ De outro lado, são normas de interesse social disciplinadoras da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parte final do parágrafo único do art. 1., da Lei 10.257/2001). O interesse social, como toda a expressão colhida no ambiente cultural, é de difícil definição. (...) O objetivo primeiro é ter uma cidade sustentável, ou seja, apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável etc. Há o direito à moradia, mas não pode ela ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz. Deve haver condições para o saneamento ambiental, limpeza dos canais fluviais, canalização adequada etc.” OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da cidade. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.24-25.

¹⁹ O acesso ao solo urbano regularizado tem sido privilégio, na maioria das capitais brasileiras, das pessoas que podem dispor de recursos para pagar o seu valor de mercado ou valores agregados e àqueles que muitas vezes dispõem unicamente de recursos indispensáveis à sobrevivência, não resta outra opção senão ocupar clandestinamente áreas urbanas, tendo início o processo de favelização em uma de suas vertentes: “ A invasão de espaços públicos e privados para edificação de habitações de madeira ou alvenaria mostrou-se a única opção ao alcance de milhares de famílias, porque, sem a intervenção pública na questão fundiária urbana e estando mal equacionada e formulada a política habitacional de baixa renda, não têm as classes socialmente desfavorecidas para quem apelar, no nível formal ou oficial, para solucionar seu problema da habitação de baixa renda. Resta-lhes a marginalidade e a ocupação de terrenos ociosos.” GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Considerações sobre o déficit habitacional e os loteamentos clandestinos. Revista de direito ambiental. a.7, n.25, p.81., jan./mar. 2002.

A realidade recifense nada mais seria do que a própria imagem do processo de inchaço e concentração de serviços e capital encontrado na evolução urbana de inúmeras cidades não apenas do Brasil, mas da América Latina.²⁰

Mas o que podemos entender juridicamente pelo mau uso da propriedade e pelo significado da ação especulativa?

Presenciamos, na atualidade, a criação de distintas práticas urbanas incompatíveis e sensivelmente disfarçadas no cotidiano, entrelaçando na doutrina específica três espécies de condutas urbanísticas, quais sejam: a) o urbanismo dos homens de boa vontade; b) o urbanismo dos administradores e c) o urbanismo dos promotores de venda.²¹

²⁰ Não foi diferenciado o processo de ocupação e crescimento das metrópoles do chamado Terceiro Mundo; não que tal episódio não se verificasse em regiões européias e até mesmo norte-americanas. Traços comuns podemos colher na marcha do inchaço urbano: “ A urbanização ficou, primeiramente, ligada à expansão das atividades de intermediação. Depois, e sobretudo após a segunda metade do século XVIII nos países subdesenvolvidos, a necessidade, conseqüente ao desenvolvimento das máquinas, de concentrar os trabalhadores num só ponto, trouxe como repercussão geográfica o desenvolvimento das cidades. Na época atual, onde a terciarização se tornou galopante, a urbanização cresceu e o tamanho das cidades aumentou, sobretudo naqueles países, como os do Terceiro Mundo, onde a seletividade espacial na localização das variações modernizadoras se tornou cumulativa. Como os custos de transporte se reduzem, sobretudo se comparados ao custo dos outros fatores, há tendência à concentração da produção industrial na aglomeração mais poderosa do país.” SANTOS, Milton. Da totalidade ao lugar. São Paulo: EDUSP, 2005. p.69-70.

²¹ A doutrina urbanística agrupa três ordens de condutas: “ a) o urbanismo dos homens de boa vontade (arquitetos, escritores). Suas reflexões e seus projetos implicam uma certa filosofia. Geralmente, ligam-se a um humanismo: o antigo humanismo clássico e liberal. O que não deixa de apresentar uma boa dose de nostalgia. (...) b) o urbanismo dos administradores ligados ao setor público (estatal). Este urbanismo se pretende científico. Baseia-se ora numa ciência, ora em pesquisas que se pretendem sintéticas (pluri ou multidisciplinares). Este cientificismo, que acompanha as formas deliberadas do racionalismo operatório, tende a negligenciar o “fator humano” como se diz. Divide a si mesmo em tendências. (...) Esse urbanismo tecnocrático e sistematizado, com seus mitos e sua ideologia (a saber, o primado da técnica) não hesitaria em arrasar o que resta da cidade para dar lugar aos carros, às comunicações, às informações ascendentes e descendentes. (...) c) o urbanismo dos promotores de vendas. Eles o concebem e realizam, sem nada ocultar, para o mercado, visando o lucro. O fato novo, recente, é que eles não vendem mais uma moradia ou um imóvel, mas sim urbanismo. Com ou sem ideologia, o urbanismo torna-se valor de troca. O projeto dos promotores de vendas se apresenta como ocasião e local privilegiados: lugar de felicidade numa vida quotidiana miraculosa e maravilhosamente transformada.” LEFEBVRE, Henry. O direito à cidade. São Paulo: Centauro, 2001.p.23-25.

Outra vertente da especulação imobiliária é a própria negação do disposto no art. 5.º, XXII e art. 182, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pautada no descumprimento da função social da propriedade urbana em um dos seus mais relevantes tópicos: o destino do solo urbano na execução das políticas de moradia e saneamento e o combate à propriedade omissa em busca de uma oferta compensatória de mercado.²²

Regulamentada a política urbana (com a Lei ordinária nº 10.257/2001 – Estatuto da cidade), ainda é inerte no Recife o aplicar das medidas insertas no art. 182, §4º da atual Carta Política (uso compulsório do solo urbano, imposto predial territorial urbano com alíquota progressiva no tempo e desapropriação na modalidade sanção, distinta da desapropriação por interesse social em que o Poder Público não está atrelado à hierarquia de penas elencadas no mencionado dispositivo constitucional), sendo notório o quadro de completo abandono de determinadas áreas de elevado interesse imobiliário na capital pernambucana.

²² O tradicionalismo da concepção da propriedade como direito de caráter exclusivamente privado ainda sofre resistência para ser alterado. O mercado imobiliário não aceita de bom grado a imposição de normas de interesse público limitando sua atuação e exigindo uma mudança de comportamento na distribuição do solo urbano. De qualquer modo, ainda enfrentamos o dualismo social nas cidades, o hiato entre o real, ideal e o legal: “ Alimentar a noção da cidade dual ou fraturada poderia facilitar a compreensão da segregação e da exclusão, mas conduz a uma falácia: a de que o atual modelo de desenvolvimento poderia ser estendido a todos. Há uma relação biunívoca entre o moderno e o arcaico no Brasil. Os aparelhos eletroeletrônicos chegam às favelas antes da unidade sanitária completa (e evidentemente antes da moradia digna). A relação de favor e clientelismo continuam a mediar as relações sociais, como ocorre há séculos. A aplicação da lei ainda se subordina às relações de poder. (...) Ausência de uma política pública que abranja a ampliação do mercado legal privado é a essência das ocupações ilegais e da produção da cidade informal. Em outras palavras, é preciso baratear o produto, prevendo a participação de agentes lucrativos e não-lucrativos e a promoção pública subsidiada para as famílias cujas rendas estejam abaixo dos 5 salários mínimos. Enquanto o mercado privado e os governos não apresentam alternativas habitacionais, as favelas e os loteamentos ilegais continuarão a se reproduzir. A ilegalidade urbana e as alternativas de moradia legal são questões de política urbana – função social da propriedade e investimento voltado para a ampliação e a democratização da infra-estrutura – e de regulação do financiamento imobiliário. Juntamente com transportes públicos e saneamento urbano, a habitação deve ser tema prioritário do urbanismo brasileiro. Mas, como em outras áreas de conhecimento no Brasil, o urbanismo continua a se guiar por modismo provenientes do exterior, cujos problemas partem de realidades bastante diferentes da nossa.” MARICATO, Erminia. O que fazer com a cidade ilegal? Revista de Direito imobiliário. a.25, n.52., p. 19-23, jan., jun., 2002.

No início do atual século assistimos, na imensa maioria das vezes estagnados, ao processo vertiginoso e massificado de exclusão social e negação à cidadania perpetrado na cidade do Recife, resultante de inúmeros fatores, dentre os quais destacamos a negação à moradia, passível de medidas concretas como defenderemos neste trabalho.

O cumprimento coercitivo do princípio da função social da propriedade urbana concentra nossos esforços em demonstrar a disciplina do funcionalismo urbano dirigido sob a égide de novos postulados para a responsabilização estatal, distante dos ultrapassados modelos insuficientes para debelar a inércia do administrador público.

A efetivação coercitiva dos comandos constitucionais independentes e destinados a gerir as políticas de expansão urbana, ainda não aplicados na realidade recifense, consiste em uma das soluções propostas no curso desta tese, aproveitando-se a realidade de nossa cidade como palco para constatações de ordem empírica.

Em concisas palavras concebemos a especulação imobiliária ou omissão quanto ao uso do solo urbano edificado ou não edificado, perpetrada pelo sujeito de direito privado ou público, englobando duas ordens de atitudes: positivas e negativas; em inúmeras vezes tais condutas são próximas ou até mesmo comunicáveis, consistentes sempre no desprezo pelo conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana, dado que nos leva, amparados em alguns critérios, a construir a seguinte classificação para ser utilizada no direito urbanístico:

a) especulação imobiliária positiva: é o conjunto de atitudes comissivas pautadas em duas grandes linhas de conduta: a.1.) o investimento e promoção social isolados, concentrados em regiões administrativas ou mesmo bairros distintos, determinados exclusivamente pelo critério econômico da lei da demanda e da oferta no mercado imobiliário, consistindo na atitude clássica de edificar e dotar a cidade de equipamentos urbanos²³ suficientes apenas nos bairros alvo da procura imobiliária; e a.2.) a edificação sem critérios de compatibilidade entre as diferentes áreas de uma cidade, (v.g. edificando fábricas em áreas residenciais, construindo conjuntos residenciais em locais de difícil acesso aos meios de transporte coletivo e dificultando a inclusão social pelo direito do trabalho)²⁴ afetando a regra do art. 2º, I, IV, V e VI, da Lei nº 10.257/2001:

²³ A capital pernambucana é acentuadamente marcada pela desigualdade na distribuição dos equipamentos urbanos mínimos, destacando-se dentre os mais drásticos problemas o saneamento básico, visto na comunidade Entra a pulso, no bairro da Boa Viagem: 'É na quadra "R" onde encontramos os problemas socioambientais mais graves. Os 21 lotes abrigam 174 imóveis, tendo 9,67 famílias por lote, um indicador de alta densidade demográfica. A ocupação do trecho também foi desordenada, sem qualquer planejamento prévio ou plano urbanístico. O saneamento é quase inexistente. Embora já existam banheiros nas habitações, uma parte do esgoto é despejada no rio Jordão. O restante fica a céu aberto, passando pelas vielas de acesso às casas. A coleta de lixo, a pavimentação, a drenagem e a energia elétrica estão em situação semelhante à da favela Roque Santeiro, nos Coelhos: o pouco que existe foi feito de forma amadora e clandestina pela própria comunidade. As casas são precárias. A maioria tem dimensão inferior ou igual a 35m². São construídas de forma improvisada em alvenaria, mas também encontramos habitações feitas de tapume e papelão.' OLIVEIRA, Flávia Gomes e Silvana. Coelhos, Mustardinha e Entra a pulso: três histórias de resistência e luta pela moradia no Recife. Prezis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.45.

²⁴ No Recife e na Região Metropolitana do Recife tal prática foi comum nos exemplos dos conjuntos habitacionais de grande número de unidades, localizados sempre nas periferias de difícil acesso e extremamente carentes de equipamentos urbanos de diferentes naturezas, citando-se os seguintes conjuntos residenciais: Muribeca, Mirueira, Maranguape I, II e III. Curados I, II, III, IV e V, Marcos Freire, dentre outros: "Os conjuntos residenciais, levantados com dinheiro público, mas por firmas privadas, para as classes médias baixas e os pobres, situam-se quase invariavelmente nas periferias urbanas, a pretexto dos preços mais acessíveis dos terrenos, levando, quando havia pressões, a extensões dos serviços públicos como luz, água, às vezes esgotos, pavimentação e transportes, custeados também, com os mesmos recursos. (...) A construção de um conjunto residencial, e a consecutiva dotação de infra-estruturas, valoriza os terrenos ao redor, estimulando os proprietários a uma espera especulativa. Produzem-se novos vazios urbanos, ao passo que a população necessitada de habitação, mas sem poder pagar pelo seu preço nas áreas mais equipadas, deve deslocar-se para mais longe, ampliando o processo de periferização." SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: EDUSP, 2005. p.124.

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;

.....

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

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

Assim percebemos a mensagem dirigida com a presente Lei quando exemplificou medidas contra a especulação imobiliária positiva.

b) especulação imobiliária negativa: conjunto de atitudes omissivas pautadas na negação do direito fundamental à moradia, principalmente quando levamos em consideração a obrigatoriedade do administrador municipal de promover a distribuição e uso regular do solo urbano, constituindo exemplos de tal comportamento: a não efetivação de medidas como a desapropriação para fins sociais (distinta da modalidade constitucional punitiva versada no art. 182, §4º), a não promoção de uma contínua fiscalização de propriedades ociosas e seu combate, a

prática da especulação positiva (em sua vertente mais crítica consistente na autorização tácita para o abandono dos imóveis) e a seleção de áreas inadequadas para o assentamento de comunidades sem a dotação da mínima infra-estrutura), coibida no art. 2º, I, IV, V e VI, da Lei nº 10.257/2001, merecendo destaque o inciso VI, alínea e. Com efeito:

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:

.....

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização,

Não poderíamos afirmar que a especulação imobiliária seja mais ofensiva em apenas uma de suas vertentes pois o somatório de ambas as condutas afastam-se do uso sustentável do solo urbano.²⁵

²⁵ A lição mais precisa sobre especulação imobiliária suficiente para sintetizar suas bases encontramos na obra do Professor Milton Santos: “A especulação imobiliária deriva, em última análise, da conjugação de dois movimentos convergentes: a superposição de um sítio social ao sítio natural; e a disputa entre atividades ou pessoas por dada localização. A especulação se alimenta dessa dinâmica, que inclui expectativas. Criam-se sítios sociais, uma vez que o funcionamento da sociedade urbana transforma seletivamente os lugares, afeiçoando-os às suas exigências funcionais. É assim que certos pontos se tornam mais acessíveis, certas artérias mais atrativas e, também, uns e outras, mais valorizados. Por isso, são as atividades mais dinâmicas que se instalam nessas áreas privilegiadas; quanto aos lugares de residência, a lógica é a mesma, com as pessoas de maiores recursos buscando alojar-se onde lhes pareça mais conveniente, segundo os cânones de cada época, o que também inclui a moda. É desse modo que as diversas parcelas da cidade ganham ou perdem valor ao longo do tempo. O planejamento urbano acrescenta um elemento de organização ao mecanismo de mercado. O *marketing* urbano (das construções e dos terrenos) gera expectativas que influem nos preços. Assim, um primeiro momento do processo especulativo vem com a extensão da cidade e a implantação diferencial dos serviços coletivos. O capitalismo monopolista agrava a diferenciação quanto à dotação de recursos, uma vez que parcelas cada vez maiores da receita pública se dirigem à cidade econômica em detrimento da cidade social.” SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: EDUSP, 2005. p.106-107.

A cidade do Recife nasceu de uma trajetória inicialmente desordenada e repentina na região litorânea e lentamente ocupou grandes áreas de aterro, desprovida de um projeto de edificação padronizado (como ocorreu em poucas cidades brasileiras) e apenas sofrendo estudos iniciais mais sérios no governo holandês, na administração estadual do Conde da Boa Vista e do Barão de Lucena , além de governos municipais mais recentes no século XX como sobressai a administração de Augusto Lucena, como é de conhecimento corriqueiro entre os historiadores recifenses.

Posteriormente, poucos foram os administradores preocupados em traçar planos objetivos para o desenvolvimento urbanístico da capital pernambucana e investir maciçamente em moradia popular.

Mesmo com a edição da Constituição Federal de 1988 que fixou a obrigatoriedade da edição do Plano Diretor para os municípios com mais de 20.000 habitantes, presenciamos em poucas oportunidades na trajetória histórica recifense programas continuados de qualidade de vida e programação urbanística preocupados indistintamente com todas as camadas sociais.

Recentemente, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, reiterou a obrigatoriedade dos administradores municipais quanto à edição dos Planos Diretores e ao aproveitamento efetivo do solo urbano, convertendo em improbidade administrativa tal omissão nos termos do art. 52:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

.....
II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no §4º do art. 8º desta Lei,

Nossas preocupações estão centralizadas no enfrentar das causas potenciais da exclusão social e proliferação da violência comum às atuais metrópoles brasileiras, mormente quando falarmos do gradativo processo de “favelização” instaurado nos principais conglomerados brasileiros, responsável, no nosso entender, pela causa próxima da degradação das condições mais que desumanas de vida atualmente encontradas, haja vista que não poderemos reduzir as desigualdades sociais sem enfrentar o problema da falta de moradia digna na realidade brasileira (principalmente quando comparamos os padrões de vida diametralmente opostos separados por alguns quilômetros quadrados em uma mesma localidade).²⁶

²⁶ A realidade recifense não impressiona o observador pouco atento às transformações sociais operadas ao longo das últimas décadas; entretanto, um olhar arguto em torno do degradante processo de decomposição urbana, mais comumente chamado de “favelização” evidencia o pouquíssimo empenho do administrador municipal em reverter tal situação de total descompasso com qualquer padrão mínimo de sobrevivência admitido internacionalmente: “Visto de helicóptero, em imagens como as que foram mostradas no último carnaval, o Recife pode se equiparar a algumas das cidades mais bonitas do mundo. Mesmo ao nível das ruas, no conforto de um ônibus refrigerado, também parece um lugar ideal para viver. Tem um bom equipamento de serviços de alimentação, belos monumentos, um pólo médico importante. Mas as análises frias sobre a nossa realidade social mostram outras facetas menos agradáveis. O programa das Nações Unidas para o desenvolvimento (PNUD) acaba de divulgar os dados de nova pesquisa realizada em doze capitais brasileiras. O Recife ficou em último lugar no índice de condições de vida (ICV) e em penúltimo, no índice de desenvolvimento humano (IDH). Por mais constrangedor que sejam tais resultados, eles de forma nenhuma chegam a surpreender os que andam a pé pelas ruas, acostumados a presenciar um desolador quadro de misérias.” JORNAL DO COMMERCIÓ. O Recife em números. Jornal do Commercio. Recife, 1º de abril de 2001. Opinião. p.8.

Ao debatermos a necessidade de um estudo renovado da responsabilidade civil por omissão administrativa queremos combater alguns postulados exatamente ultrapassados e carcomidos pela realidade social vigente; ou seja, faz-se mister, desde logo, advertir que nossa linha de pensamento está centralizada justamente em criar uma perspectiva dinâmica e objetiva do comportamento administrativo municipal, estadual e federal em matéria de políticas sociais urbanas em função da competência concorrente estatuída na Constituição Federal de 1988 (art. 23, VI, IX e X), notadamente com a queda da supremacia do subjetivismo (fator culpa) como elemento anteriormente primordial do nexo de causalidade.

Os atos omissivos do administrador, de acordo com a nova mentalidade de socialização do risco, instalada desde 1936 na realidade administrativa européia a partir da obra de Louis Josserand, considerado civilista pioneiro no debate da teoria do risco, deverão receber o tratamento da responsabilidade extracontratual, aquiliana ou objetiva, acatada expressamente por nosso direito desde a recepção da teoria do risco administrativo reconhecida na Constituição Federal de 1946, quando pela primeira vez o legislador constitucional torna pública sua opção pela responsabilização direta e imediata dos atos praticados no desenvolver das atividades estatais e reiterada no art. 37, §6º da vigente Constituição Federal, ressalvada apenas a possibilidade de ação regressiva contra o agente responsável pela ação ou omissão indevida (no caso em comento preponderantemente pela inércia administrativa). Mas quais os limites de incidência do estudo agora proposto?

Sabemos que o legislador constitucional recentemente elaborou e continua a elaborar inúmeras emendas alterando substancialmente, em umas partes e ampliando em outras, a esfera dos chamados direitos sociais (Emenda Constitucional nº 26, datada de 14 de fevereiro de 2000 – com a inserção do direito à moradia, ao nosso modo de entender resultando em tautologia sem sentido, pois o direito à moradia não carece de qualificação como direito social, pois diante de seu traço fundamental integra o bojo dos direitos personalíssimos inerentes à existência condigna do ser humano.

Não podemos desprezar por dado natural a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais nos textos constitucionais posteriores a 1948, ano da Declaração Universal dos Direitos Humanos; entretanto, precisamos urgentemente de um debate prático em torno do cumprimento de garantias indispensáveis à existência condigna do ser humano e abandonar, paulatinamente, discussões infrutíferas meramente semânticas ou puramente doutrinária e desprovidas de qualquer senso de praticidade.

Contudo, a despeito da nem sempre acertada técnica legislativa brasileira, o problema a solucionar reside justamente não apenas na mera produção das normas constitucionais destinadas a promover a inclusão social pelo direito à moradia mas, precisamente, na efetividade dos princípios constitucionais pertinentes à execução da função social da propriedade urbana e a comprovação de que não nos faltam instrumentos hábeis à executoriedade do direito à moradia (que em sendo considerado como verdadeiro direito fundamental possui aplicabilidade imediata), como garantia mínima da qualidade de vida, mormente quando sustentarmos a idéia

da promoção coercitiva da política urbana como elemento decisivo na igualdade social, reduzindo e controlando o gradativo processo de favelização ou mesmo da especulação imobiliária como um dos pólos de negação ao princípio da função social da propriedade urbana.²⁷

Somos contrários à atitude meramente paliativa dos processos de urbanização de favelas²⁸ (principalmente nas situações de oferta irregular de alguns serviços públicos essenciais, quando insuficientemente são dotadas as comunidades de baixa renda dos serviços de iluminação, saneamento, transporte público coletivo, dentre outros), pois a prática ao nosso modo de entender mais coerente e efetivamente isonômica do administrador municipal seria a criação de áreas plenamente habitáveis e não discriminatórias em seu nascedouro.

²⁷ A realidade urbana brasileira tem sido agravada em virtude da falta de investimentos em habitação popular em larga escala; quando muito observamos a política de financiamento de imóveis para a população com faixa de renda acima de 05 salários-mínimos recorrer aos longos prazos creditados nos contratos de mútuo com garantia hipotecária. O Recife, nas últimas décadas, não divergiu deste cenário. Apenas recentemente percebemos certa preocupação com a alocação de recursos do orçamento participativo para a moradia popular, inclusive com o aproveitamento de mão-de-obra comunitária, como debateremos adiante. De qualquer modo, não tem sido a meta nacional o investimento maciço no setor de moradia popular: “ O Brasil chegou ao século XXI tendo 2,3 milhões de domicílios em mais de 16 mil favelas (70% desses domicílio estão localizados nos 32 maiores municípios do País – aqueles com mais de 500 mil habitantes), conforme dados do perfil de municípios brasileiros indicado pelo IBGE em 2003 (números fornecidos pelos prefeitos dos 5.560 municípios).” FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentado. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.22.

²⁸ Muitas vezes o processo de urbanização das favelas representa disfarce da imobilidade social, conservando as mesmas características de toda a evolução da exclusão urbana brasileira, onde morava melhor quem pudesse pagar por isso e quem não dispusesse de condições, no caso a trabalhador industrial ou os recém-libertos do regime escravocrata, arrostavam as piores condições para “morar” nas cidades: “ Determinada pelo processo da chamada reprodução da força de trabalho, a evolução das favelas acompanhou o processo de urbanização da sociedade brasileira. Na sociedade escravocrata, a moradia do trabalhador e os demais itens de sua subsistência eram providos pelo patrão. A emergência do trabalho livre dá origem ao problema da habitação, pois o patrão está livre dessa incumbência. (...) Simplesmente afirmar que é preciso produzir moradias para a população há muitas décadas privada de opções senão as formas ilegais não ajuda a dar solução para a habitação popular. A cidade se formou sem que leis fossem consideradas, sem acesso a recursos financeiros e técnicos (engenharia, arquitetura, urbanismo, paisagismo, saneamento básico). A solução mais lógica e racional seria remover todos os moradores de favelas e áreas ambientalmente frágeis para novas localizações, mas os números mostram que isso é impossível.” MARICATO, Erminia. O que fazer com a cidade ilegal? Revista de Direito imobiliário. a.25, n.52., p. 22-23, jan., jun., 2002.

Em muitas vezes a urbanização das favelas constitui verdadeiro instrumento de perpetuação e acomodação social das desigualdades inviabilizando a mobilidade social, sem o atendimento indispensável aos preceitos humanitários indispensáveis em qualquer proposta de ordenação urbana, quais sejam: a conformação do interesse coletivo em torno da propriedade urbana e a acessibilidade dos equipamentos urbanos como instrumento de justiça social, uma vez que o urbanismo impõe a distribuição dos ônus e benefícios entre os seus agentes.

Talvez o grande desafio de nossa realidade continue a ser a dificuldade de promover a prática dos preceitos fundamentais colocados no mais alto texto legal; entretanto, não poderíamos olvidar o seguinte dado: muitas das propostas previstas na Constituição Federal de 1988 independem da programação de normas hierarquicamente inferiores (ordinárias ou não) e necessitam precipuamente da provocação do Poder Público em tal sentido.²⁹

²⁹ Ainda há muito trabalho a realizar para esclarecer a importância vital da efetividade das normas constitucionais destinadas a amparar situações mínimas de sobrevivência no Brasil, uma vez que inúmeras políticas públicas, tanto no setor urbano como nos demais, deixam de ser realizadas sob a alegação de inexistir amparo constitucional anterior a obrigar o administrador a agir, em função do comando constitucional dependente de norma hierarquicamente inferior. Discordamos da imensa maioria da doutrina nacional quando condiciona a executoriedade dos comandos constitucionais à redação de normas subordinadas, de natureza ordinária, complementar etc. Não podemos admitir que a realização de programas sociais de melhoria da qualidade de vida esteja atrelada ao trabalho do legislador municipal, como no caso do art. 182, §4º, da atual Carta Política: “Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais conseqüente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social, e até “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”. A Constituição seguiu essa doutrina, incluindo-os entre os direitos fundamentais no seu Título II. Não lhes tira essa natureza o fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público. Por isso, caracterizam-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (imposições constitucionais). É certo que, para tanto, a efetivação de muitos desses direitos depende do estabelecimento de instituições. É Canotilho que mais uma vez nos fornece a lição correta, mediante exemplo expressivo: “Quando se afirma que o direito à habitação é um direito do cidadão estamos a acentuar o caráter individual do direito; quando afirmamos que para assegurar o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização (...) estamos a salientar a dimensão institucional de um direito.” SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.151-152.

Compete, portanto, ao pesquisador da área jurídica considerar o problema do descumprimento da função social da propriedade urbana sob uma nova ótica ainda não trabalhada e atualizada, qual seja: não podemos mais continuar discutindo os contornos de um direito independente (sustentado por princípios e especificado por normas extremamente cogentes).

Devemos, contrariamente, demonstrar à população a possibilidade da exigência de um princípio ainda relegado na realidade nacional e de concretude já existente, por se tratar de verdadeiro direito humano e de execução imediata.

O tema urbano recifense propõe a investigação de uma nova concepção para as bases da responsabilização estatal; distante da mera repetição das teses desenvolvidas no direito civil e administrativo europeu e, em algumas situações, completamente divorciadas de nossa realidade.

Objetivos interligados e dependentes estão expressos nesta tese, quais sejam: demonstrar a completa transformação sofrida no conceito e evolução da responsabilidade estatal, dos elementos integrantes do nexo causal entre a conduta omissiva do Estado e o comando normativo da Constituição direcionado ao cumprimento da função social da propriedade urbana, além de outros mecanismos de mobilidade social.³⁰

³⁰ Por muito tempo o direito brasileiro resistiu a qualquer mudança quanto à discussão dos limites da responsabilização do Estado por omissão; talvez estivéssemos diante de um mito e que paulatinamente foi sendo abandonado pelos arestos mais avançados e de comprometimento social indisfarçável. Não defenderemos a responsabilidade absoluta do Estado, entretanto, devemos lançar as bases para a exigibilidade da conduta comissiva que afaste o dano social ou difuso (presente nas situações de ofensa aos direitos fundamentais e sociais da Carta Política de 1988: “Nem se objete que tal entendimento levaria ao absurdo, configurando-se uma espécie de *panresponsabilização* do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria excessivamente o erário e suscitaria uma ruptura no sistema da responsabilidade civil. A rigor, a teoria da responsabilidade objetiva do

Outro grande enfoque no desenvolvimento desta matéria consiste na crítica e proposta de soluções para o que costumamos denominar de “anarquia urbana” ou prática do “descontrole jurídico em matéria urbanística”, ocasião em que normas infinitamente inferiores à Constituição Federal, desempenham papel de obstáculo, contribuindo para a concentração de renda e o problema da especulação imobiliária.³¹

Estado comporta causas excludentes, que atuam, como acima já aludido, sobre o nexos causal entre o fato danoso (a ação administrativa) e o dano, de tal sorte a mitigar a responsabilização, sem que, para isso, seja preciso violar o texto constitucional e recorrer à responsabilidade aquiliana.” TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.191-192.

³¹ A realidade recifense não difere muito de inúmeras cidades brasileiras e da América Latina, em virtude de um processo de colonização historicamente viciado que perpetuou a concentração de riquezas e impossibilitou a mobilidade social, correspondendo hodiernamente, também, aos grandes espaços urbanos desorganizados e precariamente dotados de serviços públicos: “ Não é possível dissociar a questão do direito à moradia ou da falta de moradia adequada – da sistêmica e endêmica falta de acesso à terra pelas populações pobres da América Latina, resultado da concentração e especulação imobiliária nas mãos de poucos proprietários e da ausência das reforma agrária e urbana na maioria dos países. A burguesia na América Latina se constituiu como instrumento do capitalismo internacional europeu e americano no que se refere ao modelo de desenvolvimento econômico e de colonização implantados. (...) Atualmente, a falta de acesso à moradia digna enfrentada pelas populações pobres da América Latina está associada ao padrão de urbanização e desenvolvimento das cidades, cujo crescimento, desordenado e excludente, intensificou-se a partir da metade do século XX, impulsionado pelo processo migratório do campo pelo início da industrialização. A urbanização latino-americana foi marcada por reformas urbanas por massivos investimentos em obras de infra-estrutura que expulsaram os pobres para as periferias como solução para eliminar epidemias, higienizar e abrir os espaços.” OSÓRIO, Leticia Marques. *Direito à moradia adequada na América Latina*. In. ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (org.) *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.21-22.

1.5. Aplicabilidade jurídica da presente tese: a motivação do “dirigismo urbanístico”.

O dirigismo urbanístico, derivado da idéia de ordem constitucional dirigente nascida da congruências das realidades alemã de 1919, francesa de 1918 (Lei Faillot no final da primeira guerra mundial) e italiana de 1942, representa para nós a idéia de que a Administração Pública pode ser invocada, no sentido de fornecer moradia condigna por intermédio de programas sociais de execução local, antes mesmo de agir, evitando ao máximo o sobrecarregar de um Poder Judiciário já utilizado e atravancado (recorrendo-se a este em última análise quando não mais existir outra alternativa na destinação de recursos públicos), com a adoção de práticas objetivas destinadas a dois grandes alvos:

a) participação popular na destinação dos recursos públicos voltados à moradia e concomitantemente b) fiscalização quanto ao uso da propriedade e combate à especulação imobiliária como óbice à promoção do princípio da função social da propriedade, utilizando-se quaisquer das vias constitucionalmente asseguradas, tais como o uso da superfície compulsória, a progressividade tributária e a desapropriação com o pagamento em títulos resgatáveis a longo prazo.

Demonstrar justamente a viabilidade da concretização de tais mecanismos sem a adoção de legislação inferior foi uma das preocupações centrais do estudo perseguido, pois acreditamos ser o direito à moradia autêntico exemplo de situação enquadrada no art. 5º, § 2º, da Carta Política de 1988, não dependendo o comando inserto nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 de total regulamentação,

sob pena de existir gritante antinomia beirando a intransponibilidade, sugerindo o seguinte debate³²:

Para os defensores da condicionabilidade do cumprimento da função social da propriedade à edição de normas posteriores de conteúdo social duvidoso (inclusive o próprio Estatuto da cidade - Lei n. 10. 257/2001), a letra constitucional não teria aplicabilidade alguma de imediato e, para os partidários da aplicabilidade imediata dos mandamentos constitucionais, como é o nosso caso, o Poder Público é plenamente responsável por omissão direta objetivamente falando, reconhecendo sempre a fragilidade da teoria do pleno emprego keynesiana para o modelo econômico brasileiro, onde os postulados mínimos de desenvolvimento social são relegados. Ou seja, ainda que conseguíssemos praticar a teoria do pleno emprego, oriunda da economia moderna, não seria possível adotar um modelo saudável de melhoria das condições de habitabilidade do povo brasileiro (especificamente da realidade recifense – cujo estudo é o campo de investigação por nós escolhido), uma vez que não nos é permitido associar a empregabilidade e a euforia em qualquer fase do processo de absorção gradativa da mão-de-obra local à qualidade de vida exemplificada no direito à habitação de todas as classes sociais.

³² A despeito da nomenclatura adotada pela Constituição Federal de 1988 quanto ao tratamento do direito à moradia, devemos resgatar o raciocínio de que a moradia digna constitui meio de defesa social, de caráter imediato. Perdemos muito tempo com um debate infrutífero da natureza do direito à moradia, como se fosse possível executar garantias fundamentais sem contemplar o morar com dignidade e respeito aos direitos humanos: “Assim, o direito à moradia insculpido no art. 6º da CF/1988, por não estar inserido em um dos incisos do art. 5º da CF, não está incluso no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos, mas está incluso no Título II – Dos Direitos e garantias fundamentais, e ainda que o seja, na forma de direito social, como consta no Capítulo II, justamente em razão da EC 26. Portanto, o direito à moradia inserido como direito social constitui uma das formas também de tutela pessoal, e de aplicação imediata, conforme determina o § 1º do art. 5º da CF/1988, pois o art. 6º do texto constitucional é norma definidora dos direitos e garantias fundamentais. Como direito humano e fundamental, são estas as características do direito à moradia: inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, interdependência e complementariedade.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. a.7, n.13. p.256-257, jan./jun., 2004.

A implementação do dirigismo urbanístico como referencial teórico e prático na execução da função social da propriedade urbana pode ser facilmente explicada pela inexistência da imposição pelo administrador local de qualquer limitação à especulação imobiliária e o quase completo desinteresse por parte da Administração Pública em todas as suas esferas prevenindo os movimentos geográficos de transumância³³ ao reconhecer a inviabilidade das zonas rurais para continuidade da vida e a crescente procura dos centros urbanos com o intuito de produzir e habitar; o produzir – *homo faber* – não constitui o maior gravame, contudo está umbilicalmente relacionado ao habitar como cerne da problemática desenvolvida nesta tese.³⁴

³³ Para que o leitor recorde estudamos, na geografia humana, o movimento econômico-social da transumância, consistente nos constantes ciclos de mudança de populações do agreste ou sertão dos estados nordestinos para as respectivas capitais, ou, ainda, a busca por melhores condições de vida e mercado de trabalho na região sudeste ou em outras regiões brasileiras. A transumância clássica prevê o retorno, ainda que *sine die* dos habitantes originários da localidade; todavia, a realidade hodierna não mais comporta este exclusivo modelo que tende a convergir diretamente para o movimento migratório definitivo: “As dicotomias do passado, como aquela a que se referiu Jacques Lambert, falando de dois brasis, substituída depois por uma dicotomia entre Brasil urbano e Brasil rural, de que valentemente se utiliza Hélio Jaguaribe em Reforma ou Caos, parece-me que já hoje deva ser substituída por outra, agora uma dicotomia entre um Brasil urbano e um Brasil agrícola. Não mais um Brasil urbano e um Brasil rural. O Brasil urbano é o Brasil em que está presente o meio técnico-científico, área onde a vida de relações tende a ser mais intensa e onde, por isso mesmo, o processo de urbanização tende a ser mais vigoroso. Como admitimos que essa realidade vai estender-se rapidamente sobre o território nacional, as perspectivas da urbanização serão bem mais nítidas e fortes. Esse fato, porém, passa despercebido a quem faz projeções sem considerar a realidade e as tendências geográficas. No Brasil contemporâneo, a mobilidade das pessoas aumenta, paralelamente a muitas outras formas de exacerbação do movimento, e como resultado de uma divisão social do trabalho mais intensa. Eram 8,5% de brasileiros ausentes de seu estado de nascimento em 1940, 10,3% em 1950, 18,2%, em 1960, 31,6% em 1970, 38,9% em 1980. Mais da metade dos brasileiros estariam vivendo, no fim do decênio, fora dos seus lugares de origem. (...) A urbanização crescente é uma fatalidade neste país, ainda que essa urbanização se dê com o aumento do desemprego, do subemprego e do emprego mal pago, e a presença de volantes nas cidades médias e nas cidades pequenas.” SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: EDUSP, 2005.p.131-134.

³⁴ Notadamente podemos afirmar que o processo de inchaço das grandes cidades decorreu diretamente da busca por melhores condições de vida não ofertadas no meio rural. Em curto espaço de tempo (apenas quatro décadas de 1960 até 2000) o fluxo de transumância apresentou um salto vertiginoso, conforme dados censitários: “O censo demográfico 2000 revelou a continuidade do processo de urbanização no estado. O acréscimo de 1,0 milhão de habitantes urbanos resultou no aumento do grau de urbanização que passou de 70,87%, em 1991, para 76,51%, em 2000. Esse incremento foi basicamente em consequência de três fatores: do próprio crescimento vegetativo nas áreas urbanas, da migração com destino urbano, sobretudo dentro do próprio estado e, em pequena escala, da incorporação de áreas que em censos anteriores eram consideradas rurais. O estado detém o maior grau de urbanização da região.” TENDÊNCIAS DEMOGRÁFICAS: uma análise dos resultados do universo do censo demográfico 2000 / IBGE, Departamento de População e indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. v. 14. Pernambuco. p.15.

A omissão do administrador público, implica na proliferação dos chamados “bolsões urbanos de pobreza”³⁵ concentrando nossa maior atenção neste momento: não há potestade de abstenção para o Estado e sim obrigatoriedade de ação inafastável para não fomentar a pior de todas as crises de expansão urbana por nós enfrentada: o Estado brasileiro ainda assiste a tudo passivo, permitindo verdadeiro isolacionismo normativo, da seguinte forma: por uma lado não investe maciçamente em habitação popular e, por outro lado, não fiscaliza a expansão urbana adensada e delega ao talante do sujeito de direito privado (indústria imobiliária) a edição de seus próprios comandos normativos (inexiste para alguns bairros do Recife a adoção de gabaritos rígidos de limitação ao direito de construir – sendo edificadas em determinados bairros obras com mais de 40 pavimentos³⁶ e em outros alegada a falsa

³⁵ Por inúmeras décadas o administrador municipal permaneceu estático diante da exclusão social inerente ao direito à moradia. Ocupações clandestinas impróprias à sobrevivências ainda perduram em nossa capital e acentuam o hiato entre áreas de desenvolvimento e de estagnação: “Essa discriminação e segregação não é importante apenas por impulsionar a acumulação capitalista por uma espécie de mais-valia absoluta urbana. Essa concepção de ordem também é importante para fundamentar uma forma de controle social pela vistoria da vida privada das pessoas: o mundo da desordem, potencialmente delinqüente, é jovem, de tez morena ou escura, mal-vestido, de aparência subnutrida. De preferência não porta ou não tem carteira de trabalho e mora nos cortiços das áreas centrais ou nas favelas das periferias.” KOWARICK, Lúcio. Escritos urbanos. São Paulo: 34, 2000, p.54.

³⁶ Reconhecer a problemática da limitação ao direito de propriedade e paralelamente o dever de propriedade pelo administrador recifense não constitui tarefa das mais fáceis; imperiosa é a adoção de critérios incisivos de crítica e apuro metodológico para advertir a seguinte realidade: não nos preocupamos, efetivamente, com o tema sugerido, ou seja, legitimamos o “insulamento da urbanização” representado no acesso restrito aos equipamentos urbanos por algumas áreas da cidade do Recife, desconsiderando a RMR e a maior parte dos bairros nas 6 regiões estratégicas do Plano Diretor Municipal e concomitantemente ignoramos a fiscalização da política constitucional urbana no tocante à limitação do uso da propriedade. Não podemos aceitar pacificamente a acomodação forçada de edifícios com inúmeros pavimentos sob a égide de justificativas infundadas pautadas na liberdade econômica e livre concorrência como preceitos da ordem econômica inserta na Constituição Federal de 1988, pois a função social da propriedade revela-se como princípio de idêntica grandeza no elenco do art. 170 daquele texto político: “Edifícios residenciais com até 130 metros de altura – o equivalente a até 40 pavimentos – já fazem parte da paisagem do Recife. Pulverizados em diversos bairros da cidade, as torres estão surgindo na bucólica Casa Forte, nos Aflitos, em Boa Viagem, na Torre e nas Graças. Apesar de estarem chamando a atenção da população há pouco tempo, a “gestação” desses arranha-céus teve início em 1996 com a aprovação da Lei de Uso e Ocupação do Solo (16.176). “A legislação em vigor é muito permissiva. O coeficiente hoje é praticamente o céu é o limite”, avalia a urbanista Lúcia Leitão, professora do Departamento de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Ninguém via prédios tão altos no Recife porque a Lei de Uso e Ocupação do Solo anterior (14.511/83) era mais rígida e estabelecia limites”, acrescenta. “(Jornal do Commercio. Prédios passam de 40 andares. Recife, 30 de julho de 2000. Cidades, p.2).

idéia do direito adquirido,³⁷ defendida na via mandamental contra a edição do Decreto Municipal nº 18.844/2001, convertido na Lei Municipal nº 16.719/2001, também conhecida como “Lei dos 12 bairros” sem a observância dos respectivos impactos ambientais, seja no trânsito, na emissão de esgotos residenciais em uma rede saturada e outros pontos importantes).

No campo das fontes jurisprudenciais, os dados obtidos revelam ainda uma tímida e rarefeita discussão que lentamente está sendo formada com vistas à responsabilização por omissão do Estado brasileiro na efetivação do princípio da função social da propriedade urbana.

Infelizmente, no trato de alguns direitos fundamentais, como a saúde, a moradia, a educação, dentre outros, a efetividade da norma constitucional destinada ao administrador local depende, em algumas situações exclusivas, como outros diplomas legais, do ingresso no Poder Judiciário, destacando-se o fator de despreparo da aludida instância, em sua grande maioria, para apreciar matérias como a presente e de outra forma o desinteresse verificado na defesa coletiva de tais garantias mínimas.

³⁷ Em 23 de julho de 2001 foi impetrado pela ADEMI e outros o Mandado de Segurança Coletivo nº 0074595-1, contra ato do Excelentíssimo Senhor Prefeito da Cidade do Recife, reputando existir direito adquirido a construir contra previsão do Decreto Municipal nº 18.844/2001 que sustentavam ser inconstitucional, em virtude da exigência de Lei em sentido estrito para regular o direito de construir e suas limitações. Requereram liminarmente a suspensão dos efeitos da aludida norma local. O TJPE, inicialmente, suspendeu os efeitos do Decreto, mas, em 06 de agosto de 2001, cassou a liminar responsável por tal suspensão.

Logo, a pesquisa aqui desenvolvida jamais poderia ser restrita ao campo bibliográfico propriamente dito, merecendo a inclusão de fontes oriundas do cotidiano das pessoas que vivenciam a perversidade do quadro social de gritante exclusão nas áreas periféricas da capital pernambucana e nas chamadas zonas especiais de interesse social (ZEIS).³⁸

A realização das pesquisas de campo em virtude da impossibilidade de averiguação de tais dados em outra fonte de consulta mais rica e detalhada, capaz de sobejamente comprovar os postulados aqui debatidos, facilita a identificação das possíveis soluções para o problema em comento, cumprindo ressaltar, por oportuno, que o intercâmbio entre os métodos de pesquisa empíricos e a experiência teórico-prática vivenciada pelo profissional do Direito se unidos representam a verdadeira compreensão da realidade dos fatos sociais para que possamos oferecer respostas compatíveis com a estrutura econômica da cidade do Recife e a qualidade de vida de um modo geral.³⁹

³⁸ O Recife apresenta em torno de 68 ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social) , boa parte ainda desprovidas dos equipamentos urbanos essenciais, como esgotamento sanitário e eletrificação regular, prevalecendo em sua criação e demarcação o ideário da proteção contra a especulação imobiliária e seus efeitos; entretanto, quais as vantagens em ser definida uma área de interesse social, destinada ao cumprimento prioritário da moradia, se o mínimo de investimentos sociais não se pode observar em seu interior?: “Uma pesquisa realizada pela Prefeitura da Cidade do Recife, em 1996, constatava a existência de 526 assentamentos habitacionais de baixa renda, que, por sua vez, ocupavam 15% da área territorial da cidade, onde se concentram 50% da população, enquanto 40% dos espaços urbanos estavam destinados à especulação imobiliária, revelando, de um lado, a existência de “vazios urbanos” e, do outro, a saturação que provoca a expulsão da população para a periferia ou para as áreas insalubres, de risco, como alagados, morros, mangues e em torno dos canais. É dentro desse cenário que se dá o processo de regularização jurídica e integração na estrutura urbana da cidade daqueles locais transformados em Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS).” OLIVEIRA, Flávia Gomes e Silvana. Coelho, Mustardinha e Entra a pulso: três histórias de resistência e luta pela moradia no Recife. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.40-47.

³⁹ No Recife encontramos inúmeras contradições facilmente explicáveis em matéria urbanística, dentre as quais citamos: a manutenção de áreas infra-humanas de habitação localizadas em bairros já desenvolvidos, a precariedade de serviços básicos de infra-estrutura em bairros antigos e densamente povoados e a reação do setor imobiliário contra a sustentação das chamadas ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social.” Vamos brigar. Querem acabar com uma de nossas maiores conquistas, mas não tirar nossos direitos assim”, avisa o presidente da Associação de moradores da comunidade de Entra a pulso, Lot Bernardino de Sena. Localizada numa das áreas mais cobiçadas de Boa Viagem, ao lado do

Como matéria pouco divulgada em sede da moderna doutrina nacional e raras vezes discutida em seminários nacionais, carece a temática aqui abordada de maiores estudos e divulgação entre os meios acadêmicos; contudo, não poderíamos deixar de salientar o papel importantíssimo da coleta de dados empíricos no intuito de fornecer cientificamente bases críticas do problema aqui delineado.

A realidade recifense no tocante à atual política de ocupação do solo urbano e a diretriz inserta pela Constituição Federal de 1988 denota incongruências entre a atual LUOS (Lei de Uso e Ocupação do Solo no Recife), sua proposta de reforma e os padrões de política urbana traçados pelo legislador constituinte.⁴⁰

Shopping Center Recife, a ZEIS conta com 8 mil moradores e 1.600 casas, distribuídas em 2,6 quilômetros. Pequenos barracos, de até 18 metros quadrados, fazem o contraste com prédios luxuosos.” DIARIO DE PERNAMBUCO. Moradores de ZEIS temem ser expulsos com as alterações. Diário de Pernambuco. Recife, 19 de março de 2000. Vida urbana. p.C9.

⁴⁰ Ainda não encontramos subsídios suficientes o bastante para afirmar que na cidade do Recife possamos falar de controle de ocupação do solo, onde impera o que costumamos denominar de “anarquia urbana” caracterizada pelo desrespeito aos menores preceitos urbanísticos, tais como a distribuição dos imóveis por hectare quadrado, a qualidade de vida em geral com fatores prejudiciais à saúde, tais como a localização de indústrias insalubres, os transtornos provocados pelas zonas densamente populosas onde impera o desregramento e irreverência a qualquer gabarito arquitetônico, tal como ocorre em bairros como as Graças, a Torre, Boa Viagem entre outros. Se por um lado assistimos paralisados ao fator de aceleração desenfreada da especulação imobiliária, passivos também estamos ao permitir a degradação de outras áreas menos favorecidas em infra-estrutura básica como o dado da maior parte da cidade não possuir rede de tratamento com ramais de esgotamento sanitário. O projeto de Lei para a nova LUOS provavelmente não será aprovado, entretanto, a atual Lei nº 16.176/1996 não oferece maior controle sobre o percentual imobiliário a ser edificado no Recife, omitindo dados essenciais tais como altura máxima dos edifícios, ocupação preferencial de áreas verdes, relação entre frota de veículos e números de habitantes por bairros e outros dados desprezados: “ A falta de planejamento está deixando o Recife com problemas urbanísticos irreversíveis. O maior deles é o descontrole sobre o adensamento de bairros cuja infra-estrutura já não suporta mais receber habitantes, garantindo-lhes qualidade de vida. O problema serviu como argumento para uma revisão da Lei 16.176/96, que trata do uso e ocupação do solo e tem se mostrado totalmente inócua diante das questões mais essenciais da cidade, não só pelos equívocos que carrega, mas também pela dificuldade de sua leitura.” TAVARES, Andréa. Lei pode parar na gaveta. Diário de Pernambuco. Recife, 19 de março de 2000. Vida urbana. p.C8-C9

As normas municipais recifenses, destinadas à divisão e ocupação do solo, padecem genericamente da ausência de uniformidade e coerência de tratamento; a proteção ambiental ainda necessita de uma legislação que priorize a defesa do solo urbano contra a ilimitada e irresponsável gana especulativa do mercado imobiliário; de igual modo, não podemos olvidar que a oferta de moradia condigna também passa pelo problema da inexistência de programas contínuos de construção de edificações populares.

Quais as razões que justificam a conduta omissiva do administrador recifense, quanto à oferta da moradia ou mesmo dos recursos acessórios à sua fruição, onde a cidade é transformada em mecanismo de desigualdades sociais, ⁴¹realidade não apenas vislumbrada em nossa capital?

⁴¹ A realidade de extremos na cidade do Recife, onde determinados bairros convivem com a oferta regular de serviços urbanos e demais equipamentos e outros desconhecem quase completamente tal situação, corrobora ainda mais a idéia de que as cidades da América do Sul e de outros continentes (notadamente onde houve processo de colonização e escravização) perpetuam a clássica estratificação social quanto ao uso do solo urbano e seus fins acessórios. O Recife foi alvo de uma longa trajetória de exclusão social verificadas em outras cidades brasileiras, onde a população de baixa renda quase sempre é compelida a habitar nas regiões periféricas, distantes do ambiente de trabalho e outras tarefas do cotidiano. A moradia passou a ser enxergada como um direito de executoriedade secundária, diante de outras mazelas sociais. A renda *per capita* está cada vez mais associada ao fator morar com dignidade e a intervenção estatal cada vez mais é indispensável. A questão urbana revela-se no atual século e passado como um dos grandes desafios a transpor: “ Uma sociedade é dependente, quando a articulação de sua estrutura social, em nível econômico, político e ideológico, exprime relações assimétricas com uma outra formação social que ocupa, frente á primeira, uma situação de poder: Por situação de poder, entendemos o gato de que a organização das relações de classe na sociedade dependente exprime a forma de supremacia social adotada pela classe no poder na sociedade dominante. Tratar o subdesenvolvimento equivale portanto a analisar a dialética desenvolvimento/dependência, quer dizer, estudar a penetração de uma estrutura social por uma outra, o que implica: 1. A análise da estrutura social preexistente na sociedade dependente. 2. A análise da estrutura social da sociedade dominante. 3. A análise de seu tipo de articulação, quer dizer do tipo de dominação. O processo de urbanização torna-se então a expressão, em nível do espaço, desta dinâmica social, isto é da penetração, pelo modo de produção capitalista historicamente formado nos países ocidentais do resto das formações sociais existentes, situadas em níveis diferentes do ponto de vista técnico, econômico e social, indo de culturas extremamente complexas como as da China ou da Índia, à organizações de base tribal, particularmente vigorosas na África Central. (...) À medida que o tipo de produção capitalista se desenvolve no Ocidente, e o processo de industrialização se acelera, seus efeitos fazem-se sentir na organização espacial e na estrutura demográfica das sociedades dominadas. Mas é necessário afastar logo um equívoco muito difundido na literatura especializada: não se trata do impacto da indústria sobre a urbanização, pois no início da implantação industrial é rara e pouco significativa, mas do impacto do processo de industrialização ocidental através de uma relação de dependência específica.” CASTELLS, Manuel. A questão urbana. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.82-84.

A edição da atual Constituição Federal foi o suficiente para servir de comando ao Poder Público Municipal em efetivar a política urbanística e o combate à exclusão social, apesar de reconhecermos inúmeras incompatibilidades entre o Plano Diretor da Cidade do Recife, a Lei de Uso e Ocupação do Solo recifense (Lei nº 16.176/96).

A responsabilização civil do Estado pelo descumprimento da função social da propriedade urbana constitui ponto relegado pelos Cursos Universitários no Brasil, de modo que o assunto ainda é vislumbrado com certa carga de mitificação, notadamente quando discutimos a aplicação das sanções estabelecidas pelo artigo 182, §4º, da atual Carta Política, tais como a edificação compulsória, a progressividade do Imposto Predial Territorial urbano (IPTU) e o instituto da desapropriação como modalidades gradativas de comportamento coercitivo que deveria ser promovido pelo Poder Público municipal.

A incompatibilidade existente entre a forma de gerir de várias administrações municipais e a garantia individual do direito à habitação apregoado na Constituição Federal ressaltam, de igual modo, o ponto nevrálgico do trabalho aqui desenvolvido.

Como podemos admitir tamanha discrepância da qualidade de vida ofertada entre centros urbanos brasileiros? Talvez encontremos a resposta na absoluta falta de prioridade orçamentária para programas de moradia popular ou mesmo o controle do solo urbano e muito menos interesse ainda pelas condições de vida no meio rural, responsáveis pela migração ainda corrente em nosso País.

A omissão do Poder Público, em suas diversas esferas (resultante do concurso de competências administrativas definido no art. 23 da atual Carta Magna), acarretando a crucial queda da qualidade de vida de boa parte dos habitantes do Recife, representa, de igual sorte, a parte instrumental desta pesquisa, incluindo-se os diferentes e alarmantes índices de marginalização da população em áreas periféricas e centralizando um aparente desenvolvimento em exíguos complexos residenciais, dotados de infra-estrutura desconhecida na maior parte dos bairros do Recife.

Desperta a atenção a repartição de competências legislativas e administrativas entre os entes federados e mais uma vez devemos lembrar a importância da obediência à estrutura do sistema normativo em respeito à supremacia das normas constitucionais; ou seja, uma postura ou gabarito municipal para construção não pode contrariar direta nem indiretamente a diretriz constitucional.

Na cidade do Recife o estudo da especulação imobiliária ainda não granjeou maiores adeptos e revela certa timidez, ou mesmo desinteresse e rigor científico na questão jurídica, com a conseqüente adoção de medidas em seu combate, apesar de recentemente ter sido editada norma municipal limitando a edificação em determinados bairros recifenses; ao nosso sentir, ainda que tardia a aprovação de tal diploma, seus efeitos hão de trazer benefícios de diversas ordens ao Recife.

O Decreto Municipal nº 18.844/2001, posteriormente convertido na Lei Municipal nº 16.719/2001, identificou 3 grandes áreas na região Norte do Recife, denominadas de Setores de Reestruturação Urbana – SRU, integrantes da ZRU – Zona de Reestruturação Urbana, assim distribuídos:

SRU 1 – bairros do Espinheiro, Aflitos, Tamarineira, Jaqueira, Graças e Derby; SRU 2 – área da avenida 17 de agosto até a estrada do Encanamento (bairros de Parnamirim, Casa Forte e parte do bairro do Monteiro); SRU 3 - parte dos bairros do Derby, Graças, Santana, Poço da Panela, Casa Forte, Monteiro, Apipucos e Jaqueira.

Dentre as principais restrições aplicadas citamos a limitação vertical de até 20 pavimentos nas ruas com mais de 15 metros de largura (exceção nas ruas inseridas na SR3 recebendo edifícios de até 8 pavimentos, ainda que situados em ruas com mais de 15 metros de largura); as vias com até 10 metros de largura só poderão receber edifícios de até 8 pavimentos (correspondente a 24 metros de altura) e outro grande progresso na chamada política de reestruturação do solo urbano foi o advento de novos gabaritos para o percentual de ocupação máxima, assim definidos:

IMÓVEIS NO SRU 1 – percentual de 30% do solo livre para área verde;

IMÓVEIS NO SRU 2 - percentual de 50% do solo livre para área verde;

IMÓVEIS NO SRU 3 - percentual de 60% do solo livre para área verde.

Outro aspecto positivo na mudança de mentalidade previsto nos arts. 13-15 da Lei nº 16.719/2001, foi a questão dos imóveis lembrados e sua inserção na especulação imobiliária; a legislação anterior previa limitação de até quatro vezes o total do terreno formado e atualmente a limitação foi diferenciada por setor de reestruturação. Com efeito:

Art. 13. Fica permitido o remembramento na SRU 1, exclusivamente, para implantação de edificação como no máximo 60,00m (sessenta metros) de gabarito desde que atendidos os requisitos especificados no anexo 6 desta Lei.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no caput deste artigo os Setores de Preservação Rigorosa – SPRs das Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural – ZEPHs, localizadas no SRU 1, cujos parâmetros estão incluídos no anexo 8 desta Lei.

Art. 14. Fica permitido o remembramento no SRU 2, exclusivamente, para implantação de edificação como no máximo 36,00m (trinta e seis metros) de gabarito desde que atendidos os requisitos especificados no anexo 6 desta Lei.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no caput deste artigo os Setores de Preservação Rigorosa – SPRs das Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural – ZEPHs, localizadas no SRU 2, cujos parâmetros estão incluídos no anexo 8 desta Lei.

Art. 15. Fica permitido o remembramento na SRU 3, exclusivamente, para implantação de edificação com no máximo 12,00m (doze metros) de gabarito desde que atendidos os requisitos especificados no anexo 6 desta Lei.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no caput deste artigo os Setores de Preservação Rigorosa – SPRs das Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural – ZEPHs, localizadas no SRU 3, cujos parâmetros estão incluídos no anexo 8 desta Lei.

Dado automático na mudança de tais posturas foi a queda do valor de imóveis nas áreas atingidas pela nova legislação em até 50%, principalmente nas negociações imobiliárias em que é realizada a compra e venda condicionada (v.g. situações em que o proprietário do imóvel condiciona a transação à reserva em seu nome de um percentual de unidades residenciais construídas ou mesmo um quantitativo determinado); diante de tal quadro, o mercado imobiliário certamente procuraria novas áreas para redirecionar seus investimentos, situação atualmente vislumbrada no Recife. Dentre as diferentes regiões político-administrativas - RPA do Recife – (06 mais precisamente), obtivemos o seguinte quadro oriundo de pesquisa de campo:⁴²

⁴² Dados obtidos da pesquisa realizada pela Secretaria de Planejamento da Prefeitura da Cidade do Recife entre os anos de 2000 e 2001.

Item pesquisado	Resultado revelado
Bairros levantados	40
Terrenos desocupados	1916
Terrenos vazios em m ²	28.194.453
Áreas pertences ao Poder Público	95
Áreas pertences a particulares	1.890
Imóveis com área entre 1.000m ² a 1.999 m ²	899
Imóveis com área superior a 10.000m ²	321
Imóveis com área superior a 10.000m ² em m ²	24.045.104

Da análise de campo procedida em alguns bairros das RPAs n. 2,3 e 6, podemos relembrar exemplos de alguns prédios não edificados pesquisados em áreas potencialmente alvo da especulação imobiliária e que mereceriam a incidência das penalidades cominadas em virtude da omissão dos respectivos proprietários.⁴³

Bairro pesquisado	Rua/av. pesquisada	Situação do imóvel
Torre	Padre Anchieta	Abandonado e apenas murado
Boa Vista	Bispo Cardoso Ayres	Edificado, murado e abandonado
Aflitos	Conselheiro Rosa e Silva	Abandonado, não murado não edificado
Espinheiro	Conselheiro Portela	Abandonado, murado e não edificado
Ilha do Leite	Lins Petit	Abandonado, murado e edificado
Zumbi	Caxangá	Abandonado, murado e não edificado
Parnamirim	Des. Góes Cavalcanti	Abandonado, murado e não edificado
Jaqueira	Simão Mendes	Abandonado, não murado
Boa Vista	Dom Manoel Pereira	Abandonado, não murado e não edificado
Boa Viagem	dos navegantes	Abandonado, não murado e edificado
Iputinga	Gastão da Silveira	Abandonado, murado e não edificado

Variados os resultados que podemos perceber em mais de 12 meses de pesquisa de campo, confrontando dados na Diretoria do Meio Ambiente da Prefeitura da Cidade do Recife e levantando aspectos de alguns logradouros selecionados pelos fatores de valorização do solo urbano e pela nítida insuficiência de equipamentos urbanos, sempre ressaltando a ausência de uma atitude mais severa por parte do Poder Público Municipal para com a omissão dos proprietários particulares e também do próprio Poder Público, onde verificamos a existência de vários imóveis

desocupados há décadas (v.g. na avenida Guararapes e na avenida Dantas Barreto) e sem nenhuma destinação atual (dado este inadmissível diante da carência de programas de moradia popular).

Ainda se faz necessário o registro de outro dado empírico nesta introdução, qual seja, o atual índice de verticalização na cidade do Recife, em alguns de seus bairros (dados fornecidos pela Prefeitura da cidade do Recife e compilados até 2000):⁴⁴

Denotando a prática da especulação imobiliária positiva ressaltamos recente pesquisa obtida em dados oficiais da Prefeitura da Cidade do Recife, onde podemos constatar facilmente a concentração da distribuição da população em determinados bairros onde os equipamentos urbanos existentes atraem a atividade das grandes construtoras diante da precariedade de outros bairros de pouca atratividade, ensejando, dentre outras conseqüências a verticalização da Cidade do Recife, cujos dados constatamos de acordo com a Prefeitura da Cidade do Recife:

BAIRRO	POPULAÇÃO	ÁREA (ha)	ÁREA CONSTRUÍDA
1. Derby	1.955	50	62.918,81
2. Espinheiro	8.833	70	248.932,54
3. Graças	15.332	149	520.838,39
4. Aflitos	3.914	31	257.241,35
5. Tamarineira	10.752	101	282.024,22
6. Jaqueira	1.059	27	73.756,34
7. Parnamirim	4.478	60	279.901,71
8. Santana	2.006	46	98.345,61
9. Casa Forte	4.377	57	183.397,85
10. Poço da Panela	3.778	87	102.256,43
11. Monteiro	3.968	57	111.802,04
12. Apipucos	3.267	123	22.440,79

⁴³ Dados obtidos da pesquisa empírica por nós realizada em alguns bairros da cidade do Recife, notadamente os pertencentes aos setores de reestruturação urbana da cidade do Recife.

⁴⁴ Dados obtidos da pesquisa realizada pela Secretaria de Planejamento da Prefeitura da Cidade do Recife entre os anos de 2000 e 2001.

Destarte, ao discutir o cumprimento coercitivo da função social da propriedade urbana e o papel do Estado como destinatário conjuntivo da norma constitucional, devemos focalizar nossa atenção na atribuição administrativa de fiscalizar e promover o correto uso e desempenho do solo urbano de acordo com os princípios maiores da ordem econômica e social e as diretrizes previstas nos Planos Diretores das cidades brasileiras dotadas de população inferior, igual ou superior a 20.000 (vinte mil habitantes), pois não aceitamos o endereçamento de tal imperativo constitucional apenas às grandes e médias cidades.

Delineando os principais fatores do descumprimento da função social da propriedade urbana e oferecendo as medidas judiciais e extrajudiciais de combate à exclusão social no tocante ao uso do solo urbano, definimos a “teoria do dirigismo urbanístico”, estruturada na efetividade do direito à moradia na responsabilização civil objetiva do Estado e esperando-se, ao final de sua realização, termos contribuído para a agilização do processo de adequação e correta distribuição do solo urbano em nossa cidade, realizando o primeiro passo para a construção de decisões judiciais precisas e verdadeiramente compromissadas com a defesa dos instrumentos da denominada política urbana.

Constatamos, desde logo, a ausência de decisões oriundas da mais alta Corte brasileira - Supremo Tribunal Federal - ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça que versassem profundamente sobre a omissão administrativa do Estado em matéria do descumprimento da função social da propriedade urbana; assim, decidimos empreender um raciocínio pautado na analogia dos julgamentos proferidos em matéria de concretização de outros direitos fundamentais, tais como a educação e a saúde,

em julgados procurados respectivamente nos endereços eletrônicos <http://www.stf.gov.br> e <http://www.stj.gov.br>.

Tal observação evidenciará, em capítulo posterior, a necessidade de, dentre outras medidas associadas, provocarmos o Poder Judiciário e esclarecermos ou mesmo definirmos o dever do administrador local no controle da exclusão social criada com o péssimo gerenciamento do solo urbano, seja pela quase completa inexistência de um programa ambiental de sustentabilidade dos recursos naturais ou mesmo pela falta de perspectivas da população de baixa renda que não terá acesso, pelo atual modelo urbano, em um largo espaço de tempo talvez mais de três ou quatro décadas, ao direito essencial à moradia (art.6º, caput da Constituição Federal de 1988) com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 26:

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

O controle e transparência dos gastos públicos com a moradia e a política de desenvolvimento urbano em geral consolida outro dado importantíssimo no presente estudo (tema a ser debatido conclusivamente sobre o orçamento participativo e Administração Pública social), mormente diante do fato da violenta arrecadação de impostos praticada no Brasil, oferecendo-se como exemplo a CPMF (atualmente permanente) que também deveria ser destinada ao combate e erradicação da pobreza, (art. 75 do ADCT) juntamente com a aplicação de verbas na área da saúde, que sabemos não constituir modelo de administração no Brasil.

Outro ponto que passamos a questionar é a efetiva destinação do “Fundo de combate e erradicação da pobreza” no Brasil, por intermédio da Emenda Constitucional nº 31 (EC 31) que alterou o art. 79 do ADCT:

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:

I – a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de 0,08% (oito centésimos por cento), aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

O debate sobre a correta utilização do aludido fundo também ilustra tema a ser enfrentado na questão da vinculação orçamentária no direito brasileiro, quando debateremos a necessidade de maior participação popular no controle dos gastos públicos e o possível direcionamento destes pelo Poder Judiciário.

Possibilitar o correto uso e aproveitamento do solo na capital pernambucana certamente não constitui tarefa das mais breves; entretanto, efetivar as normas constitucionais, que ao nosso modo de sentir, já possuem comando explícito e auto-suficiente (pois não entendemos os preceitos da função social da propriedade urbana como normas programáticas) constitui um resultado mais do que esperado

com a divulgação deste trabalho científico, demonstrando a possibilidade concreta de agilização no cumprimento da função social da propriedade urbana como instrumento básico e indissociável na melhoria da qualidade de vida não apenas do Recife, mas em todas as capitais brasileiras (até mesmo em Curitiba, onde o índice de qualidade e expectativa de vida superam os demais centros urbanos nacionais).

Necessariamente a distribuição dos recursos e o acesso à moradia condigna passam pela execução forçada de prestações sociais e pela transparência administrativa (sendo o orçamento participativo o instrumento mais simples para tal finalidade, v.g. art. 2º, II da Lei n. 10.257/2001); difundindo precisamente estes dois elementos poderemos recuperar o conteúdo do princípio constitucional da função social da propriedade urbana, propondo a seguinte indagação:

Qual a razão de não compelirmos o Estado brasileiro (leia-se o administrador municipal, estadual e federal) a implementar coercitivamente uma política transparente na correta distribuição e no uso efetivo solo urbano?

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO APARENTE DO DIREITO CIVIL E A EXCLUSÃO SOCIAL PELA NEGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.

A moradia não pode ser encarada como mero direito social e sim como autêntico efeito de direito fundamental, inerente ao exercício dos direitos da personalidade e as conseqüências causadas em decorrência da inércia do Poder Público diante da promoção de tal garantia devem assim ser encaradas, pois no âmbito internacional o Brasil ratificou instrumentos (Declarações e Convenções sobre direitos fundamentais, v.g. D.H.D.H. em 1948) prevendo a moradia como direito humano de dimensão inquestionável, sem que possamos conceber espécie alguma de hierarquia entre os direitos humanos.⁴⁵

⁴⁵ Não há mais como pairar dúvida quanto à essencialidade do direito à moradia. Autêntico direito fundamental foi inserto na Constituição Federal de 1988, por intermédio da EC nº 26/2000 no elenco do art. 6º, denotando a inexistência de avanços jurídicos nesta matéria, uma vez que poderia ter o legislador constitucional sido mais expressivo ao reconhecer, ainda que de modo tardio, a fundamental importância da questão urbana como direito de primeira necessidade. Ao afirmar que o Brasil incorpora as normas resultantes de pactos internacionais, devemos recordar ao leitor o fato de que somos signatários de vários documentos internacionais onde está consagrado o direito humano à moradia, de execução imediata portanto, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 2º de nossa Carta Política vigente: “Portanto, o Estado tem o dever de garantir o direito à moradia, em nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intitulados constitucionalmente. O direito à moradia detém outra característica dos direitos fundamentais: a ilicitude de sua violação. Há violação do direito à moradia sempre que for implantado um sistema infraconstitucional ou qualquer ato advindo de autoridade pública que importe em lesão a esse direito, em redução, desproteção ou atos que inviabilizem o seu exercício, porque o direito à moradia goza de proteção fundamental, tratando-se de um dever inerente ao Estado (por intermédio dos três poderes) de respeitar, proteger, ampliar e facilitar esse direito fundamental. Dessa forma, toda e qualquer legislação infraconstitucional que suprima, dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia por um indivíduo – tem-se a sua violação, ainda que norma validamente constituída e promulgada - é tida como violadora do direito à moradia. (...) A atuação do Poder Público deve garantir a efetividade desses direitos constitucionalmente previstos, com mecanismos coercitivos, já que a Constituição Federal não se satisfaz abstratamente com o simples reconhecimento de um direito. Logo, apesar de ter o direito à moradia aplicação imediata, surge o dever estatal de proteger e facilitar o seu pleno exercício, e as normas infraconstitucionais também devem atuar em conjunto como a norma constitucional, protegendo e facilitando o exercício desse direito.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.119-120.

Não devemos construir desnecessária e inútil discussão semântica sobre o direito à moradia e muito menos sua inadequação topográfica, se bem que sua inserção no art. 6º da Constituição Federal de 1988 sugere uma resposta extremamente açodada para um reclamo antigo da sociedade brasileira.

Assim, passaremos a conceber a moradia como nítido direito fundamental, a despeito de sua nomenclatura constitucional, consistindo sua defesa exatamente na promoção dos direitos de personalidade inerentes à propriedade e à dignidade humana, além do enfrentamento da formação do nexos causal notadamente pela conduta estatal omissiva desrespeitando os princípios constitucionais da prevenção e da redução das desigualdades sociais, fundamentalmente pela ausência de programas de urbanismo voltados à consecução da moradia popular.⁴⁶

⁴⁶ Toda a defesa da moradia digna na cidade do Recife, realizada por organizações não governamentais, a exemplo do CENDHEC, tem sido desenvolvimento no esteio dos direitos fundamentais, não apenas diretamente no direito à moradia, mas em todos os seus pontos correlatos: “O direito fundamental é um direito interdependente, principalmente quando se trata também de direitos humanos. O mesmo se dá com o direito à moradia. existe um liame entre ele e o direito à vida, à integridade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito interdependente, não isolado, portanto conjugado a outros direitos também fundamentais. A complementariedade desse direito decorre, também, do princípio anterior. A propósito, os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previsto pelo legislador constituinte. Ademais, antes da criação da emenda constitucional, não se mencionava o direito à moradia com um direito social. Aliás, na literatura jurídica era freqüente a menção ao art. 6º como um capítulo sob dedicado às relações de trabalho. (...) Contudo, o direito à moradia não foi total novidade na referida emenda constitucional. Antes dela, por uma rápida leitura do caput do art. 5º e do caput do art. 6º poder-se-ia entender equivocadamente, a princípio, que esse direito não fora reconhecido pela Constituição Federal de 1988, antes da Emenda n.26, pela ausência expressa de norma referente ao tema, concluindo o leitor menos avisado que o direito à moradia até então jamais havia sido positivado no direito brasileiro no âmbito constitucional. (...) A fonte desse direito, em verdade, está assentada no próprio direito natural, pois, como já dissemos, a sua origem é reflexo do reconhecimento desse direito no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, consistindo o direito à moradia, constitucionalmente, direito básico e elementar de cada indivíduo, não obstante ser enquadrado como direito social, tinha razão de ser pela norma constitucional.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.120-124.

A inexistência de uma política urbana mínima efetivando o direito fundamental à moradia gera a responsabilidade objetiva por omissão considerada em compatibilidade com a defesa da personalidade humana, tentando-se abandonar, em tais situações, a clássica estrutura fundada na aparição do evento danoso, a despeito da extrema dificuldade de enfrentar este postulado.

O rigor dos textos privados sofreu paulatino e considerável achatamento decorrente do movimento de constitucionalização do direito civil; contudo, não se pode afirmar que o exercício da dignidade humana em seus mais variados aspectos tenha atingido padrões mínimos aceitáveis.

A constitucionalização representa, indubitavelmente, pedra fundamental no processo de modificação do comportamento de todos os poderes constituídos e necessariamente deve ser incorporada pelo Poder Judiciário, destinatário marcante de seu conteúdo. Não enxergamos a propriedade como direito absoluto (infelizmente de modo tardio se comparado com a realidade de outros países), mas como podemos abordar uma proposta única de qualidade de vida se desconhecemos um modelo social capaz de absorver as necessidades mínimas individuais? .⁴⁷

⁴⁷ A disparidade verificada entre a proposta da qualidade de vida dos países onde a distribuição de renda foi procedida de forma mais igualitária foi realçada pela tese dos direitos sociais; entretanto, não pôs termo final na matéria da exclusão social, uma vez que ao Estado ainda compete a prestação de serviços básicos que a coletividade não consegue assegurar apesar de maiores esforços em sua tentativa: “ Uma das novidades que passa a fazer parte deste cotidiano e que acompanha constantemente a criação e recriação destes direitos sociais – presentes aqui como produtos da ordem jurídica estatal, e não de uma ordem alternativa à do Estado – é a incorporação de um novo conceito que passa a compor o conteúdo de um conjunto significativo de interesses que estão presentes nas ordens jurídicas contemporâneas, em especial quando falamos em interesses transindividuais, qual seja, a qualidade de vida. ... Em primeiro lugar, deve-se ter presente que a qualidade de vida, contemporaneamente, não implica o simples afastar os perigos provocados pelo próprio homem/inimigo, pela natureza ou pelos deuses. Em uma visão simplista da vida como rotina, ter qualidade significa apenas estar em condições de desfrutar desta rotina sem percalços.” BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.181-182.

Atualmente, a revisão doutrinária dos chamados direitos de personalidade e a modificação da conduta dos legisladores e Tribunais, principalmente nos países onde impera a pobreza e indiferença social, faz-se imperiosa, a despeito das críticas atroztes sobre a invasão de poderes (como adiante debateremos em capítulo específico para o assunto).

Um dos maiores problemas encontrados no início do século XXI seria o da negação da norma constitucional no que tange à defesa das garantias fundamentais demonstrando nossa incapacidade de reação contra arbitrariedades praticadas pelo ente estatal, não apenas em desfavor de um grupo de cidadãos, mas de modo difuso e indeterminado (danos sociais ou coletivos).⁴⁸

No Brasil acatamos a incidência consuetudinária como fator de aceitabilidade social, provocando o que costumamos denominar de ruptura no conteúdo dos direitos de personalidade, largamente operada no conceito das garantias individuais e dos direitos fundamentais (moradia), inclinando-nos a admitir a inexistência de um autêntico direito de personalidade na realidade nacional, haja vista não podermos, em função de um impedimento lógico e metodológico estabelecer

⁴⁸ Infelizmente ainda condicionarmos a defesa de interesses coletivos como objeto de exclusividade; a luta pela autêntica igualdade sintetizada no texto constitucional não está limitada à compreensão da existência de um vínculo jurídico que assemelhe a regra jurídica a grupos sociais, ou seja, devemos entender a defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiência como uma conquista coletiva sem limitações, pois todos nós somos responsáveis pela manutenção de uma qualidade de vida mínima em nosso cotidiano, sendo sujeitos integrantes desta relação e não meros espectadores. “ Precisamos aprofundar a compreensão da idéia de interesse coletivo para que possamos afastá-la limpidamente de outras que, apesar de sua feição múltipla, permanecem adstritas ao âmbito dos interesses individuais. (...) Logo, para definirmos o que sejam interesses coletivos devemos lançar mão de seu elemento caracterizador, para dizer que um interesse será coletivo quando o mesmo representar a síntese das pretensões de um grupo determinado ou determinável de indivíduos, unidos entre si por um liame jurídico comum.” BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 129-130

distinção entre a concepção da pessoa e a função dos valores da igualdade e da liberdade na Lei Fundamental.

A promoção do direito fundamental à moradia transita necessariamente pelo atendimento das diferentes necessidades humanas, alocadas no direito ao trabalho, ao lazer, ao transporte público de boa qualidade, dentre outros fatores.

Desprezar as diversas carências de cada setor da população, inclusive considerando-se o lugar em que residam, representa largo passo em direção à exclusão social, ou seja, quando abordamos o direito à moradia, falamos de direito ao trabalho, educação, saúde; não pode sobreviver a dissociação entre direitos fundamentais e direitos sociais do ser humano, uma vez que compõem os direitos da personalidade.⁴⁹

Podemos observar a constante negação dos postulados constitucionais em decorrência quase automática de nossa falta de organização jurídica para promover coercitivamente as garantias mínimas asseguradas no texto constitucional; de qualquer modo, o ápice do desrespeito à Carta Política encontra motivos outros que não cabem exclusivamente em tal desorganização social.

⁴⁹ Nosso legislador ainda não está preparado para conceber espaço às diferenças individuais nas normas destinadas à promoção de políticas sociais. Praticamos uma política de exclusão social onde a norma costumeira ganha projeção em função não do problema da aceitabilidade, mas em decorrência da dificuldade de imposição dos comandos constitucionais e inferiores, mormente no trato dos deveres institucionais da Administração Pública. Conceber um ordenamento preocupado em proporcionar espaços para as diferenças humanas constitui traço marcante na procura da autêntica defesa dos direitos da personalidade: “O direito à diferença parece ser o contraposto do direito à igualdade. É, na realidade, com este, um dos componentes de base do direito geral da personalidade, não se compreendendo um sem o outro. Cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a humanidade.” CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995. p.82

Da leitura do Estatuto da cidade (art. 50 da Lei n. 10.257/2001), podemos chegar à seguinte observação: após longos 13 anos de espera pela regulamentação da política urbana prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, nosso legislador ordinário condicionou a aplicabilidade de determinados preceitos inerentes às garantias fundamentais à criação de normas posteriores (v.g. edição de Planos Diretores em largo espaço de 5 anos sob a penalidade de improbidade administrativa) e, nas localidades dotadas de tais normas a sua revisão e, concomitantemente, criou uma norma incapaz de sustentar sua própria efetividade; ou seja, em outros termos, não dispomos de normas de caráter acirradamente incisivo, capazes de propiciar ao contexto social do Brasil o mecanismo contínuo da efetividade jurídica, a despeito do postulado da aplicabilidade imediata.

Diversos fatores fornecem subsídios a tal crítica, destacando-se: o despreparo de nossas instituições governamentais e seus representantes e uma mentalidade de impunidade diante da improbidade administrativa.

Diante de uma realidade como a acima descrita, cumpre ao indivíduo a iniciativa não tomada pelo Estado enquanto administrador na promoção dos direitos fundamentais onde a questão da moradia está inclusa, ingressando, quando indispensável no Poder Judiciário, e reclamando a adequação legislativa para delinear os deveres estatais.

2.1. Reflexos da supremacia do interesse público e a absorção das normas de direito privado pela realidade social inerente aos direitos de personalidade.

A cada momento podemos perceber a formação dos direitos de personalidade ou mesmo de um conjunto de valores traduzindo a crescente necessidade de proteção de uma pluralidade de direitos com reflexos diretos e indiretos no sujeito, tidos como fundamentais no ordenamento jurídico; contrariamente, a incompatibilidade de determinadas práticas observadas entre a expressa proteção constitucional conferida e o implemento de políticas excludentes reforçam a visão que temos sobre a possibilidade do indivíduo assumir o papel estatal em diferentes situações necessárias ao desempenho de seus direitos essenciais.⁵⁰

As normas fundamentais de diversos países conferem tutela específica às questões urbanas, seja na oferta promocional deste tema com a garantia mínima de moradias por intermédio de contínuos programas de habitação fiscalizados e operados diretamente pelo Estado ou até mesmo com a observação popular no aprimoramento da qualidade de vida nas grandes cidades que mesmo ofertando moradia suficiente para os seus cidadãos, muitas vezes arrostam o reflexo da superpopulação; acreditamos na força dos textos constitucionais, mesmo diante da tormentosa questão da aplicabilidade imediata de seus preceitos como aferição de uma suposta aceitabilidade social; defendemos tão somente a prática das disposições internacionais no tocante às garantias individuais da Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecida pelo art. 5º, §2º de nossa atual Constituição Federal.⁵¹

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.155.

⁵¹ A velha dicotomia entre direitos sociais e direitos fundamentais contribuiu apenas para atrasar ainda mais qualquer tentativa de avanço no cumprimento das garantias vitais do ser humano nas sociedades ditas subdesenvolvidas ou de terceiro mundo. Devemos abandonar tal concepção para

Admitimos como explicação de tal fato a feitura de normas constitucionais com elevado grau de permissibilidade ao administrador, cuja iniciativa constitui competência concorrente entre Municípios, Estados e União Federal, na execução de programas de moradia popular, quando deveria de pronto representar expressamente para os nossos intérpretes a obrigatoriedade imediata e a implicação automática de penalidade pelo descumprimento (leia-se omissão), oportunidade na qual deveria constituir nítida hipótese de norma fechada, incisiva e dirigida à mentalidade retrógrada do administrador brasileiro, que só cumpre normas expressas e ignora quaisquer princípios constitucionais, como apenas recentemente foi incorporada na Lei n. 10.257/2001, no bojo do seu art. 3º, traçando expressamente o comando de programas públicos de moradia popular.⁵²

verdadeiramente efetivar direitos mínimos do indivíduo como a moradia: “ Normalmente, os direitos trazidos pelos tratados internacionais são incorporados pela legislação de cada país e deveriam ser aplicados de diversas formas, com políticas públicas, mecanismos judiciais e legislativos. Há a necessidade de um somatório de forças para a realização plena dos direitos humanos. Não basta apenas um tipo de instrumento para se conseguir o objetivo da realização plena. (...) Os documentos internacionais não existem apenas para serem contemplados e citados. Eles comprometem os países que os assinaram. (...) Como é possível observar, existem sistemas e instrumentos de promoção e garantia do direito à moradia. Fundamental é a apropriação desses mecanismos, para que as pessoas possam fazer valer os direitos listados em tantos tratados e leis e perceber que as normas internacionais e nacionais não representam apenas retórica e engodo para render assunto.” VERÇOSA, Fabrício. Moradia é um direito humano. Prezis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.58-61.

⁵² Clara é a necessidade fundamental de uma ordem internacional superior à limitada legitimidade nacional: “ Podemos encontrar um exemplo dessa função neutralizadora da valoração ideológica no âmbito do discurso jurídico na questão referente aos “direitos do homem”. A grande maioria dos constitucionalistas costuma afirmar que há um certo número de direitos que não são constituídos, isto é, não são outorgados pela Constituição, mas por ela reconhecidos e garantidos. Assim são, por exemplo, o direito à vida, à liberdade nos diferentes aspectos etc. Muitos juristas referem-se a esses direitos como pertencentes a uma ordem natural, ligando-os a uma revelação divina, deixando outros a questão em aberto.” FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito, retórica e comunicação. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 118

Os mandamentos constitucionais foram contraditoriamente definidos no momento em que se deixou ao talante do administrador o prazo para dispor sobre assunto de capital importância e cunho prático, hipótese na qual foi conferida enorme liberdade ao Poder Público para assuntos de natureza tão delicada, razão pela qual faltou gravemente a Carta Magna relegando à sorte da boa vontade de nossos dirigentes tema que deveria ser definido na esfera normativa originária; cumpre, dessa forma, debater a seguinte assertiva: a existência da pessoa não seria suporte fático suficiente para o exercício e titularidade de seus direitos fundamentais ou haveria uma indispensável tutela por intermédio dos remédios próprios, obrigando sempre o titular do direito à moradia a exigi-los no Poder Judiciário?⁵³

Da observação teórica e empírica que realizamos, constatamos que a realidade de algumas capitais brasileiras pouco ou quase nada foi alterada no tocante à defesa direta ou indireta dos chamados direitos da personalidade ou valor fundamental da personalidade, quando tratamos do problema da moradia popular.

Neste ponto reside a tônica de nosso estudo identificando diante das experiências vivenciadas direta ou indiretamente a possibilidade do indivíduo assumir papel preponderante do Estado desorganizado e redimensionando a participação popular no controle dos gastos públicos, considerando-se o dever inafastável de propiciar à coletividade melhores condições de vida, atentando-se para os valores componentes da personalidade inseridos nos princípios constitucionais inerentes à pessoa humana e à ordem econômica e social.

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.156.

Alguma contradição possa apresentar tal idéia; contudo, poderá constituir o remédio jurídico mais eficaz para o problema, não se podendo negar a realidade social onde os mais singulares e imprescindíveis requisitos à plenitude da cidadania são desprezados; outro ponto a ser observado quanto ao tratamento conferido aos traços fundamentais da personalidade é o que denominamos de “quebra do dever administrativo institucional” no levantamento de dados sobre as questões urbanas (notadamente com o problema da favelização) em vários pontos da cidade, ressaltando-se a ausência de oferta de equipamentos urbanos essenciais (sistema de esgotamento sanitário, oferta de água e energia elétrica, além de calçamento, rede de ensino e outros).⁵⁴

⁵⁴ A negação aos direitos da personalidade, no tocante à oferta da moradia condigna, transita necessariamente em dois planos: um inicial com a inércia administrativa em ofertar número adequado de unidades nos centros urbanos e um secundário onde a qualidade ofertada é extremamente questionável. A omissão administrativa deixa de ser um mito e passa necessariamente a ser questionada de modo objetivo sem a peculiar áurea de inacessibilidade orçamentária ao controle popular. A interferência gradativa da população no controle dos gastos públicos representa, atualmente, um dos instrumentos mais hábeis a prevenir a distorção das contas públicas e aproximar seu direcionamento de um modelo ideal de investimentos que priorize a aplicação social dos recursos. A ofensa aos direitos personalíssimos no trato da moradia impele um redimensionamento das visões conservadoras sobre responsabilidade civil clássica onde a Administração era acionada quase exclusivamente pela comissão (aparição do evento danoso material como elemento categorial do nexo de causalidade) por uma mentalidade reorganizada e voltada à implementação de políticas públicas indispensáveis à melhoria da qualidade de vida, quase sempre frustradas pelo comportamento omissivo: “Porém, as condições nas quais se exerce o direito à moradia é que implica sua violação ou não, ou mesmo a inexistência do seu exercício. É a hipótese em que certo indivíduo sofre com omissões do Estado para a criação de albergues, ou ainda de galpões, evitando o abandono em viadutos ou locais ermos, ou, ainda, quando determinado indivíduo vive em favelas sem qualquer proteção e assistência do Estado, sem higiene ou com um conforto mínimo admitido para uma qualidade de vida, se não enriquecida ou farta, mas ao menos digna, tendo as condições mais elementares que uma pessoa necessita para a sua sobrevivência, com luz, água, saneamento, construções resistentes que o protejam do tempo e de suas variações previsíveis. Também, o direito à moradia pode ser mencionado como elemento tipificado da integridade moral do indivíduo. (...) Como direito de personalidade, é a moradia tutelada como objeto de direito, tratando-se de um direito subjetivo, representando um poder de nossa vontade e que implica o dever jurídico de respeitar aquele mesmo poder por parte dos outros. Por sua vez, o direito de habitação é tipicamente definido como direito real, notadamente, na sua forma gratuita, em que a relação jurídica que se cogita é entre indivíduo e o bem patrimonial. Todavia, é importante acrescentar que todo o direito real, incluído o direito real de habitação, ainda que indiretamente, atinge o indivíduo. É a clássica discussão da relação homem-homem e homem-objeto.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.157-158.

O crescente trabalho de grupos isolados na sociedade (nitidamente organizações não-governamentais) tem contribuído para a execução de programas de moradia popular, inclusive com o engajamento da população fornecendo mão-de-obra (como destacaremos em anexo próprio ao final da tese), principalmente na esfera municipal; contudo, ainda é necessária a aplicação de um processo coletivo de conscientização dos dirigentes estatais para que seja promovido o acesso à moradia sem o concurso indispensável do Poder Judiciário.

De qualquer modo observa-se um gradativo desenvolvimento conceitual e prático das diversas espécies de direitos inerentes à personalidade, inclusive com o acréscimo do direito à moradia (ao nosso modo fundamental), além de um progressivo abandono do dano como elemento categorial na configuração da responsabilidade civil objetiva do Estado, concepções abraçadas pela atual Constituição Federal quando admitiu os princípios da prevenção e da inafastabilidade da jurisdição, fruto direto da alteração provocada com a queda de regimes incompatíveis com a valorização do indivíduo na sociedade.⁵⁵

⁵⁵ O século XX, espelhado em todas as mudanças sociais antecedentes, representou verdadeiro período de transição entre doutrinas oriundas principalmente da inspiração francesa e as novas concepções da atualidade, resultando na absorção direta dos chamados direitos de personalidade, distinguindo-os como imprescindíveis ao desenvolvimento do ser humano e chamando a atenção que a idéia dos direitos de personalidade recebe suporte fático elástico, deixando sempre uma lacuna para a proteção que o legislador tenta conferir, em virtude da vertiginosa velocidade dos contextos sociais sobre as necessidades humanas e os reflexos nos ordenamentos jurídicos, como advertiram alguns autores: “ Che la denominazione di diritti della personalità sia riservata ai diritti essenziali, ben si giustifica colla considerazione che i medesimi costituiscono della personalità il nocciolo più profondo. Ogni ambiente sociale ha una propria particolare sensibilità rispetto alla essenzialità dei diritti: mutando la coscienza morale, mutando il modo di ravvisare la posizione dell'individuo nel seno della società, muta correlativamente l'ambito dei diritti che vengono concepiti come essenziali per la personalità. DE CUPIS, Adriano. I diritti della personalità. Milano: A. Giuffrè, 1950. p. 19

Aos poucos notamos o abalo da legislação de cunho meramente individualista, nitidamente com o avanço das normas de tutela coletiva, difusa, metaindividual ou social.

A despeito de constituir elemento indissociável para grande parte da teoria geral da responsabilidade civil, o elemento dano passa a concorrer diretamente com o princípio da prevenção (inicialmente previsto nas normas de direito ambiental onde as questões urbanas estão inseridas) aplicado às condutas omissivas.

O arcabouço normativo do início do século XX cedeu às pressões culturais e automaticamente demandou nítida reforma iniciando-se uma verdadeira “descodificação da lei civil e instituição dos macrosistemas” ao inaugurar uma ótica conjugada com o espírito de delegação de atividades ao Estado como promotor das necessidades sociais, diretamente voltado às condutas omissivas, pois o arcabouço normativo do início do século XX cedeu às pressões culturais e automaticamente demandou nítida reforma iniciando-se a denominada “descodificação da lei civil” e inaugurando uma ótica conjugada ao espírito da delegação de atividades ao Estado como legítimo promotor das necessidades sociais.⁵⁶

⁵⁶ Ao nosso entender a ultrapassagem do evento danoso na concepção dos pressupostos para a responsabilidade civil do Estado repousa necessariamente na flexibilidade dos ordenamentos em função de uma investida da coletividade sobre a individualidade. Precisamos de vários séculos para destronar o campo filosófico da culpa que reinava absoluta na prática da responsabilização desde os romanos onde imperava a força privada, restrita ao domicílio do homem livre do império romano. Provavelmente, a cultura da prevenção ganhará reforço no cultivar da transposição de mentalidade baseada no dano como dogma da propriedade privada para a prevenção como escorço filosófico eminentemente público, indispensável á coletividade. “ Na verdade, a vida da sociedade é dominada não pela liberdade, mas sim pela necessidade; e não se trata de um acaso o fato de o conceito de necessidade ter-se tornado tão dominante em todas as modernas filosofias da história, nas quais o pensamento dos tempos modernos se orienta filosoficamente e procura chegar a um autoconhecimento. O afastamento da força para fora do âmbito do domicílio e da esfera semipública da sociedade ocorreu de forma totalmente consciente; para poder existir sem força na vida cotidiana, o homem fortaleceu a força da mão pública, do Estado, da qual acreditava poder continuar senhor por tê-la definido expressamente como um mero meio para o objetivo da vida social, do livre desenvolvimento das forças produtivas.” ARENDT, Hannah. O que é política. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p.81.

O Brasil finalmente estaria sendo atingido pelos reflexos de uma nova ordem social preconizada desde 1988 e implantada lentamente talvez por uma incapacidade do legislador em perceber a realidade na qual está inserido ou mesmo pela sua peculiar omissão; ainda que de forma muito tardia devemos exercitar a chamada cidadania ativa e não simplesmente aguardar o pronunciamento estatal, pois a diretriz constitucional apesar de conflitante em algumas passagens, indica a possibilidade de invocarmos diretamente as normas constitucionais de cunho social endereçadas ao administrador.⁵⁷

O aceitar do elemento dano, oriundo de qualquer categoria de fato jurídico, como exclusivo suporte fático para a idéia da responsabilidade estatal pela omissão representa, na pior das hipóteses, nossa tácita acomodação social como sujeitos de direito e o reconhecimento do fracasso indisfarçado do princípio da prevenção, indispensável à promoção de autêntica melhoria na qualidade de vida e umbilicalmente concebido com os valores da igualdade de oportunidades entre os indivíduos, uma vez que a prática preventiva também constitui garantia à

⁵⁷Nenhuma norma constitucional, em quaisquer de seus temas, é elaborada sem a previsão de destinatário certo e nem, tampouco, objetivando produzir efeitos, em alguns casos de modo direto e outros indireto. Assim, ainda que insistamos em defender as normas constitucionais responsáveis pela criação de tarefas do Estado, a realidade hodierna não mais nos permite o capricho hermenêutico de condicionar todo e qualquer imperativo estatal a uma regulamentação posterior ou executoriedade indefinida ou *sine die*. Discordamos, de tal forma, com as posturas interpretativas socialmente acomodadas que não mais se prestam a responder aos anseios da reforma urbana brasileira, de modo prático e objetivo: “ Que as imposições constitucionais são, pelo menos, um importante elemento de interpretação, a ter em conta pela administração e jurisdição, parece ser *communis opinio*. Mais problemática é já a opinião de Esser, segundo a qual as directivas constitucionais obrigam o juiz a criar direito material a partir dos princípios constitucionais. Esta vinculação do juiz revelar-se-ia importante no caso de interpretação derogatória de direito legal, em virtude da entrada em vigor de norma constitucionais de conteúdo substancialmente diferente ou até antagónico. A posição que se defende é a de que a correcção do direito incorrecto não pode ir ao ponto de criar direito legal, e, por isso, o problema é sempre de imposição legiferante; mas, por outro lado, é admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.p.295-296.

sustentabilidade de diversos direitos fundamentais, incorporados como direitos prestacionais de tutela coletiva ou difusa.

Tentar evitar o surgimento do dano (aqui incorporado na exclusão social pela negação de direitos humanos) representaria conduta ideal de qualquer sociedade, independentemente de seu estado econômico ou padrão cultural, uma vez que os valores da personalidade ou do chamado direito geral de personalidade encontram-se em patamar superior ao questionamento do legislador em sua tarefa axiológica.

No início do século XXI estamos confinados à concepção clássica de um Estado meramente reparador do evento danoso e despreocupado com a prática preventiva, em virtude de toda a carga do direito europeu com a influência dos movimentos de codificação inspirados em uma realidade que não se coaduna com as necessidades hodiernas: àqueles que não acreditam na possibilidade de adotarmos crescentemente o princípio da prevenção no Brasil, devemos afirmar: a conduta preventiva, em qualquer de seus setores de atuação, requer uma visão ampla do jurista em função de deparar-se com uma gama de fatores complexos (em sua imensa maioria fatores sociais de enorme relevo para a resposta da hipótese traçada, mormente quando tratamos de saúde pública e humanização do urbanismo nacional como direitos fundamentais).

Não podemos conceber a responsabilidade civil objetiva, visando uma efetiva aplicação do princípio da igualdade do cidadão perante o Estado, em função da conduta omissiva do administrador se tivermos a prevenção como dever inexecutável

por parte do Estado, sendo necessária uma imposição e diuturna pressão social contra a inconsistente alegação de uma inadequada, anacrônica e infundada “reserva do possível” para os direitos sociais prestacionais lastreada tão somente nas barreiras orçamentárias e sem qualquer idéia de razoabilidade.⁵⁸

Aos Estados compete propiciar melhores condições de vida para os cidadãos, promovendo autêntica igualdade de oportunidades; ao recusar a aplicação de políticas públicas destinadas à prevenção da exclusão social ou de causas potenciais da degradação da qualidade de vida pela negação do direito fundamental à moradia, o administrador pátrio pratica indisfarçada omissão em decorrência de preceito expresso na norma constitucional e independente de previsão normativa ordinária.

Se fosse possível imaginarmos realidade diversa da acima concebida encontraríamos a negação dos valores inerentes à pessoa e conseguiríamos retroceder gravemente ao negativismo no direito civil, marcado pela impossibilidade de responsabilizarmos o ente estatal, seja por omissão ou comissão, idéia presente no ordenamento jurídico brasileiro em determinados textos constitucionais anteriores ao vigente.

⁵⁸ Não se reveste de menor teor de sustentabilidade o simples preceito de impossibilidade material de realização de determinado direito social prestacional se alegado pelo ente estatal; o Estado só poderá alegar limitação fundada na razoabilidade da exigência que deverá explicar a impossibilidade fática e inexistência de proveito social para a obrigação de fazer, nunca podendo ser beneficiado pela péssima administração dos recursos públicos em qualquer hipótese. “ Por derradeiro, conquanto se possa partir da premissa de que corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos, tema ao qual retornaremos oportunamente.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.261.

Salienta-se a incompatibilidade da igualdade objetiva pregada nos textos constitucionais, inspirados no movimento de constitucionalização do direito civil (dentre os quais citamos a Constituição Federal de 1988), em face do desprezo pelo princípio da prevenção, pois a promoção da igualdade entre sujeitos de uma mesma ordem ou de ordens diversas depende essencialmente da efetivação de iguais oportunidades para o pleno exercício dos direitos fundamentais à pessoa, assegurando-se a participação de todos os sujeitos de direito nas diversas situações ligadas à qualidade de vida, bem como a prevenção das causas ensejadoras da violência urbana como tarefa inadiável do Estado brasileiro.

Por conseguinte, compreender uma conduta preventiva representa efetivar os próprios direitos de personalidade em face de seu infindável elástico e constante ampliação de seu suporte jurídico-social, nos moldes do art. 6º da Constituição Federal de 1988, importando afirmar que compete ao Estado a dupla tarefa da inclusão com a promoção da igualdade jurídica..⁵⁹

⁵⁹ A cooperação social como busca da igualdade remonta aos primeiros lances de queda do individualismo preponderante no contexto histórico de um Estado totalmente irresponsável onde o acaso respondia qualquer indagação a respeito de fatores contrários ao progresso coletivo; hodiernamente não mais podemos aceitar tacitamente a figura do ente público como intocável e livre da adoção coercitiva da equidade ou muito menos da prevenção como resultado de distribuição de bens e serviços. A cooperação social não se coaduna com o regime da responsabilidade civil inspirada nos moldes clássicos da teoria do dano, em decorrência de sua mobilidade conceitual e da necessidade de diminuirmos a distância entre a nociva inércia pública e a desigualdade resultante deste quadro. “ Na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos.” RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.90

Especialmente em função de não podermos aguardar o cumprimento espontâneo de regras de cooperação e até mesmo de preceitos positivados é que assume relevo considerado a ingente necessidade de consolidarmos a responsabilidade estatal levando em consideração de seu dever inafastável de prevenir situações desiguais perante os indivíduos; neste cenário surge o problema da criação da norma consuetudinária como produto da desconfirmação do discurso normativo.

Em primeira etapa a norma costumeira é fruto da omissão estatal permitindo toda a série de desmandos para os direitos fundamentais e, em uma fase posterior, encontramos o indivíduo a produzir norma afrontante à dignidade humana em virtude da inexistência de fiscalização e punição para suas práticas.

O quadro atingido pela imensa maioria das cidades brasileiras não se distancia; presenciamos uma realidade muito próxima da exclusão notória onde o Estado autoriza com sua omissão a discriminação de determinado grupo ou grupos da população.

Políticas públicas de moradia popular sem a oferta de condignidade são, na maioria das vezes, táticas compensatórias como mecanismo não de reparação das desigualdades, mas como meio de habilitação substituto das funções primordiais do Poder Público, para que não se alastre o abismo criado pelo próprio ente público diante de sua omissão; ou seja se realmente existisse um ordenamento jurídico dotado de justiça no sentido de absorver as peculiaridades de cada indivíduo, não seria

necessária a política de compensação como lenitivo para um problema acentuadamente resistente na realidade brasileira, qual seja: o déficit habitacional.⁶⁰

Continuamos a incentivar a compensação provavelmente por não termos condições de oferecer uma sociedade objetivamente igualitária, principalmente em um país onde não prevalece, em inúmeras situações, a competência como critério meritocrático para o desenvolvimento das instituições em todos os setores; historicamente o Brasil não consolidou o direito à moradia para as classes economicamente menos favorecidas e, desde o sistema de propriedade feudo-colonial adotado por mais de quatro séculos não existiu direito e sim mero privilégio de alguns setores da estratificação social.

A título ilustrativo recordemos a violenta oferta da liberdade aos negros engajados na guerra do Paraguai (voluntários da Pátria em 1870) sem que muitos pudessem usufruir de tal “benefício” e os que retornaram ao País com vida foi ofertada como condição de moradia os morros e periferias das grandes cidades a exemplo do Rio do Janeiro no “morro da favela”, nomenclatura inspirada historicamente em lugar homônimo de Canudos na Bahia; recordemos, ainda, o fato de que a população negra

⁶⁰ O princípio da diferença não se destina a compensar as desigualdades sociais criadas pelo próprio homem, mas, representa a ratificação da discriminação admitida pelo Estado quando a permite fora dos limites compensatórios, ou seja, tanto nas sociedades aristocráticas (Brasil), onde predominam as castas e classes, ou mesmo nas sociedades meritocráticas, não encontramos respaldo para admitirmos uma limitação das oportunidades. A restrição atua de forma mais catastrófica ainda além dos limites da compensação. Discordamos, assim, da posição de Rawls quando afirma: “ Em primeiro lugar, podemos observar que o princípio da diferença dá algum peso às considerações preferidas pelo princípio da reparação. De acordo com este último princípio, desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas. Assim, o princípio determina que a fim de tratar as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favorecidas. A idéia é de reparar o desvio de contingências na direção da igualdade.” RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 107.

brasileira quase sempre ocupou, no processo de urbanização nacional, áreas periféricas das cidades.⁶¹

Em qualquer grande cidade brasileira e muitas outras de menor porte, a alegação de insuficiência orçamentária, mesmo que não constitua, como vimos alhures, motivo suficiente para tal justificativa, coopera para a manutenção de uma norma costumeira de origem estatal; ou seja, o ente público traça o ordenamento e não se preocupa em hipótese alguma em conferir efetividade, impondo a prática da exclusão social não como exceção, mas como regra geral, calcada na acomodação social e defendida por teses absurdas que suscitam a inexigibilidade de prestações positivas em sede de condenação específica nas ações coletivas, como discorreremos ainda no capítulo atinente à quebra do mito da “reserva do possível” e da limitação da discricionariedade.

A política compensatória não servirá de aparelho social capaz de promover quaisquer traços de materialização da igualdade objetivamente tratada se continuarmos a admitir a omissão estatal .

⁶¹ Todo o recente processo de urbanização brasileira foi marcado pela segregação cultural e densa estratificação social, onde o solo representava classicamente padrão monetário circulante nas mãos de pouquíssimas pessoas. As capitais nordestinas não diferiram do restante do País onde predominava a monocultura do açúcar e posteriormente do café: “ As possibilidades limitadas de trabalho para negros estendiam-se também às mulheres: serviço doméstico, a lavagem de roupas para fora, a quitanda, agora também limitada pela concorrência das imigrantes portuguesas e italianas, que alugavam quartos e lojas de molhados na cidade ou chegavam ao centro com carroças carregadas de uva, leite, manteiga de suas pequenas fazendas na periferia da cidade; Para os homens, a situação era ainda mais difícil – carregador ou troca-trilhos na Estrada de Ferro, praça da Cia. de urbanos (motorneiro ou cobrador de bonde), servente de pedreiro. A posição dos negros e dos imigrantes no mercado de trabalho e na estrutura econômica, política e social da cidade correspondia à definição territorial na qual as vastas planícies eram predominantemente brancas e estrangeiras; nos bairros exclusivos do setor sudoeste. Habitavam brancos, ricos e brasileiros.” ROLNIK, Raquel. A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo: FAPESP, 1999. p.74.

Tal movimento jurídico fortíssimo no direito europeu não reforçou diretamente as garantias prestacionais dos direitos sociais; aplicam-se, ainda, anacronicamente, dispositivos legais incoerentes em matéria tributária e orçamentária, interpretados como se estivessem colocados hierarquicamente acima do texto constitucional.

Continua o Estado a promover a desigualdade em função de sua inércia e completa ausência de vontade em efetivar as garantias fundamentais, exigindo constante comportamento da sociedade no tocante a exercer atividades anteriormente privativas do Poder Público e atualmente calcadas na idéia de uma “responsabilidade social”, onde o cidadão comum interfere na efetividade de determinados direitos sociais.

2.2. A proteção dos direitos de personalidade e a contradição com a inaplicabilidade das normas constitucionais brasileiras pertinentes ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

Desde as raízes do cristianismo temos notícia da existência de normas costumeiras e morais atinentes aos direitos do indivíduo, nas quais o homem passou lentamente a ser sujeito de direito e não mero objeto das relações jurídicas, considerado em sua universalidade e peculiaridade: saímos do estágio incipiente da organização comunitária de castas para as etapas onde a pessoa possuiria características indissociáveis.

A sociedade de consumo, importada da realidade européia, implantou padrões culturais gravíssimos privilegiando sempre uma seleção odiosa onde a qualidade de vida está diretamente ligada ao poder aquisitivo; reflexos diretos desta mentalidade surgiram com celeridade na seara das relações trabalhistas onde persiste a realização de atividades não condizentes com a dignidade humana prevalecendo ambientes perigosos e insalubres, mas sempre qualificáveis às necessidades humanas da subsistência, de competição com a miséria da criatura e da indiferença do ente estatal, revelando-nos amiúde o grau de adaptabilidade do ser humano em tudo o que lhe incorpore no cotidiano.⁶²

⁶² O ser humano é capaz de surpreender a si mesmo com as possibilidades de adaptabilidade ao meio em função de suas necessidades. O que não podemos conceber como fato natural é a degradação da pessoa em virtude de sua condição de submissão ao meio social onde esteja inserida, compreendendo as necessidades do homem como algo limitado: “A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente ao homem também condicionam os seus autores humanos.” ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p.17.

Sob a égide do progresso estruturado nos moldes eurocêntricos, a legislação esparsa predominante em fins do século XIX e a de cunho eminentemente facista no século XX, sempre esteve longe de atender às condições básicas de trabalho, tais como jornada padronizada, conduta preventiva de acidentes e outras, sendo indispensável o papel das revoluções trabalhistas e movimentos similares em busca de conquistas específicas na órbita da produção e do pleno emprego. Todo um conjunto de fatos revelaria a imprescindibilidade de ruptura com os modelos legislativos de outrora, afastando-se idéia de que os Códigos esgotariam a tarefa legislativa; dentro desta ótica pretendemos demonstrar como os modelos institucionais absorveram a necessidade de criação de um modelo dinâmico de proteção aos valores da personalidade.

Outro grave problema a ser enfrentado a “queda do movimento codificador” ocupou as três últimas décadas do século XX no trato das relações de caráter patrimonial: percebeu-se lentamente a impropriedade do tratamento genérico e amplamente distanciado da realidade conferido pela mentalidade ditada no direito romano-germânico, predominante no século XIX e início do século XX, adotada na legislação civil de boa parte do continente europeu e a necessidade de efetivação da conduta estipulada pelas Cartas de Direitos produzidas no âmbito internacional, onde lentamente o modelo oitocentista liberal de direito à propriedade cede lugar ao modelo intervencionista de propriedade preconizado pelo Estado dirigista.⁶³

⁶³ Extremamente vagaroso foi o processo de descodificação do direito civil e a substituição dos modelos clássicos do apogeu da codificação liberal. Quando afirmamos que o movimento de codificação, que se instalou precisamente em 1798 na Prússia e alcançou seu apogeu em 1804 na França (Code Napoléon), sofreu influência do modelo romano-germânico, não queremos dizer que o direito romano constitui um exemplo da codificação e sim revelou-se como nítida fonte para a edição do Código Civil alemão. Aos que conhecem toda a estrutura do *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) é notória a identificação do direito romano e suas diversas fontes (Teoria Geral do direito civil, direitos reais, direito sucessório etc) em seu conteúdo e, por tal motivo, a doutrina civilista ao debater ao fenômeno da codificação encara o direito civil alemão como verdadeiro bloco indissociável do direito romano. Assim,

Apenas com uma mudança de comportamento social de tal porte pode a disciplina dos valores da personalidade ser abordada de forma independente, incluindo-se a discussão do direito à propriedade; de outra maneira persiste o fato da inconsistência e generalidade da legislação brasileira quando percebemos a tendência mundial da especificidade e das macroestruturas jurídicas absorvendo o espaço antes exclusivo dos blocos de codificações. Qual a explicação da fragilidade das normas nacionais no tocante a objetos de ordem tão importante? Estamos diante do “constitucionalismo aparente e segregador”, feito sob medida para um determinado padrão de sociedade admitindo interpretações totalmente afastadas dos elementos norteadores do bem comum, do fim social, da ordem pública e demais valores integrantes da esfera dos atributos da personalidade que também são direitos fundamentais.?

A solução deste problema reside na interpretação conferida ao ordenamento nacional e não ao seu conteúdo. O pragmatismo de boa parte dos preceitos constitucionais ressalta a confortável posição do legislador quanto sua permissibilidade; de uma forma ou de outra deve o indivíduo a par da realidade social realizar uma tarefa destinada a suprir a inércia estatal: procurar o respaldo jurisdicional para exigir do Estado a realização de serviços de sua responsabilidade.

podemos explicar o uso da expressão “direito romano-germânico” para que não reste nenhuma dúvida quanto ao assunto. Quanto à interferência estatal nas relações privadas podemos afirmar que constituiu, dentre outros aspectos, uma resposta direta dos efeitos beligerantes e sua repercussão na ordem econômica, após os dois grandes conflitos mundiais (1914-1919 e 1939-1945), onde notamos a necessidade de afirmação do indivíduo como cidadão merecedor da tutela estatal nas variadas espécies de direitos personalíssimos, dentre os quais está o exercício da propriedade: “ si tratta, como é noto, di una delle più significative manifestazioni della nuova funzione del diritto e dei compiti imposti al legislatore dalle trasformazioni sociali avvenute con ritmo sempre più intenso negli ultimi decenni.”BARCELLONA, Pietro. **Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 02.

Por conseguinte, ou buscamos uma “interpretação jurídica conforme a necessidade social”, extravasando os próprios limites da Constituição Federal, nos casos de sua omissão, ou conferimos contornos mais largos aos preceitos constitucionais, fazendo valer, em nossa concepção, do único instrumento suficiente para exigir o cumprimento efetivo de uma política pública em defesa das garantias fundamentais, a saber: a coação em suas mais variadas formas, respaldada tanto no âmbito do Poder Judiciário como na pressão social decorrente de um movimento de conscientização, pois na realidade no Brasil, há gigantesca propensão do administrador a cumprir comandos normativos quando não lhe resta nenhuma alternativa, ou seja, necessitamos exercer a pressão social, seja no âmbito dos organismos não-governamentais, seja nos movimentos multitudinários, contrariando algumas idéias de um cumprimento espontâneo da norma como fator de inclusão social.⁶⁴

Além de todos esses fatores temos a desigualdade processual existente entre o Estado no pólo passivo e o indivíduo comum, com o dado da incompreensível proibição de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública como garantia da efetividade jurisdicional, ou seja, não bastasse a omissão estatal, ainda iremos lutar

⁶⁴ Na realidade brasileira, bem como em outras nações onde o imperativo social do bem comum não constitui disciplina obrigatória do administrador público, o cumprimento normativo não desenvolve seu habitual caminho. Necessitamos de um mecanismo diuturno de coação para conseguirmos resposta do ente estatal, ressalte-se, do mesmo ente que redigiu a norma, para não presenciarmos a desconfirmação no discurso como regra geral. Difere tal quadro de uma composição finalista originária do Direito, nos seguintes moldes: “Empregando-se a palavra “necessário” em seu sentido filosófico, deve-se dizer que a coação não é necessária ao Direito, porque pode o Direito existir sem coação. Aliás, o mais comum é, mesmo, a eficácia pacífica do Direito, sem necessidade de recurso à violência para obrigar os homens a se sujeitarem às normas jurídicas. Os homens obedecem voluntariamente ao Direito, por um imperativo racional. O Direito sem coação é a regra geral; O Direito imposto coativamente é a exceção. Na vida do Direito, a coação se manifesta na hipótese de haver violação, ou séria ameaça de violação, da norma jurídica. Enquanto essa hipótese não se verifica, não há coação.” TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. t.II. p.427-428.

contra um ordenamento processual antiquado e desigual que favorece o descumprimento dos direitos sociais.

Sobre este ponto, parte da moderna doutrina admite a impropriedade dos chamados direitos da personalidade nas atividades exercidas no campo social, como os chamados direitos de colaboração social, asserções das quais discordamos em virtude da abrangência do conteúdo jurídico personalista independender da estrutura estatal, onde os habitantes teriam direitos públicos de natureza genérica; contrariamente acreditamos na especificidade do tema.⁶⁵

Mensurando o fator prevenção em qualquer país com elevado índice de industrialização e urbanização, podemos facilmente constatar a importância conferida por seu ordenamento na questão do planejamento urbano e da oferta de condições para a manutenção do habitante rural em seu espaço inicial.

⁶⁵ CAMPOS, Diogo Leite. Lições de direitos da personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 11-12.

2.2.1. Ausência de efetividade na Constituição Cidadã quanto ao direito social à moradia ou efetividade condicionada ao abuso estatal?

Costuma-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 introduziu uma série de inovações e garantias básicas quanto aos direitos sociais, consubstanciadas na estrutura de uma política de atendimento específico e de aplicação imediata; todavia, contrasta com o avanço atingido pela norma fundamental de 1988 a sua efetiva aplicação bem como o cumprimento de todo o ordenamento infraconstitucional existente.

Convivemos com a carência de vinculação com mecanismos de proteção efetiva para preservar interesses transindividuais (incluindo-se o direito à moradia e todos os demais de caráter social) e a permissividade conferida pelo legislador constitucional ao abordar a matéria e não podemos perder de vista o dado de que a concretização de um direito fundamental não depende apenas da atividade incessante do Poder Judiciário ou mesmo de seu sobrecarregar, mas como deixaremos bem claro até o final do presente trabalho, de um somatório de condutas positivas quanto à atuação popular, à reforma legislativa, nitidamente no Estatuto da Cidade, e outros fatores.⁶⁶

⁶⁶ O leitor não pode deixar de recordar que a redação das normas constitucionais pertinentes à consecução dos direitos fundamentais na realidade brasileira muitas vezes atrasa seu processo de aplicação e, em inúmeros casos, criamos a falsa impressão de dependência do legislador constitucional ao ordinário. Tal quadro representa nítida atrofia do papel da Constituição Federal na realidade social brasileira. Infelizmente, não tem sido minoritário tal pensamento, colocando em xeque a própria força normativa do texto fundamental: “ No capítulo introdutório da pré-compreensão referiu-se a doutrina basicamente adoptada quanto ao problema da constituição dirigente: o tratamento jurídico-material das imposições constitucionais não se compadece com uma visualização do problema em sede exclusiva ou predominantemente processualística, antes exige uma compreensão material do dever normativo-concretizador dos órgãos legiferantes. Não foi esta a via seguida pelos primeiros trabalhos doutrinários sobre o assunto. Notoriamente influenciados pelo facto de as decisões jurisprudenciais sobre o tema terem tido como base acções constitucionais de defesa contra omissões legislativas, as construções teóricas preocupavam-se mais com os problemas de exequibilidade, justicialidade ou executividade das imposições, do que com o seu enquadramento jurídico-constitucional, materialmente entendido.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p.301-302

Diante da falta de efetividade das normas constitucionais, indaga-se da possibilidade de adaptação de seu conteúdo às expectativas populares, notadamente as que dispõem sobre a implicação de responsabilidade por conduta omissiva ou comissiva pura onde sejam apontados os respectivos responsáveis pela inércia administrativa, resguardando-se, desse modo, o conteúdo ético e moral da norma maior.

O legislador constitucional procurou destacar a política urbana, entretanto, o dito conteúdo excessivamente programático dos ditames insertos na Constituição Federal provavelmente é responsável pela insuficiência dos poucos programas habitacionais existentes no país e pelo descaso impingido pelo administrador; grave é a situação onde conseguimos chegar, na qual a própria garantia constitucional está colocada em desfavor do cidadão, pois sua prática é de questionável acesso, em virtude da barreira ideologia da programaticidade, e ao mesmo tempo condicionada a processos de combate à acomodação social.⁶⁷

⁶⁷ Temos plena consciência da generalidade de um texto constitucional em alguns de seus dispositivos; entretanto, jamais aceitamos a idéia de que toda a sorte de direitos inerentes à personalidade humana possa ficar condicionada à inefinida complementação de normas ordinárias ou mesmo ao talante do administrador público, sob pena de ser inaugurada uma inversão de valores irreversível no cenário nacional. Nossa realidade, há muito tempo, demnada outra postura interpretativa e uma revisão doutrinária preocupada com as necessidades sociais brasileiras. Enquanto persistirmos no culto indiscriminado à tradição doutrinária européia ou norte-americana, a despeito de sua importância para evolução do direito constitucional mundial, sem construir um debate brasileiro do problema da execução das políticas públicas, estaremos fadados à perpetuação desastrosa da omissão administrativa gerada pelo descumprimento dos comandos constitucionais. A questão da moradia na Constituição Federal de 1988, em se tratando de direito fundamental (art. 5º, §1º), revela-se como de execução imediata e, portanto, não pode ser tida como de conteúdo programático. Assim, imperioso é abandono gradativo de teorias constitucionais que não se coadunem com nossas necessidades humanas em diferentes setores, afastando o falso dilema da programaticidade por inócuo ao cenário social brasileiro: " Em muitos preceitos constitucionais que contêm normas programáticas (determinações dos fins do Estado ou definição de tarefas estaduais) é possível detectar uma imposição, expressa ou implicitamente concludente, no sentido de o legislador concretizar os grandes fins constitucionais (ex. construção de uma sociedade sem classes, transição para o socialismo, apropriação colectiva dos meios de produção, respeito pela dignidade da pessoa humana, repartição igualitária de riqueza, garantir a independência nacional, etc). Estas normas são todas directivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que as contrariam." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p.315.

Acreditamos na legitimidade dos movimentos e organizações sociais⁶⁸ de reivindicação em função da omissão ou conduta comissiva não dirigida para a consecução de determinado fim social ou, ainda, na adoção da responsabilidade social como teorias válidas para efetivar o bem comum; a rejeição dos preceitos constitucionais pelo administrador brasileiro permite a resposta popular, de forma organizada e estudada (responsabilidade social) ou muitas das vezes desorganizada e espontânea (explosão social), capaz de alterar o posicionamento do Poder Público.

Assim, enfrenta-se aquilo que pretendemos intitular de “ausência de efetividade” ou “efetividade condicionada”, operando-se a concretização dos efeitos da norma no mundo fático e desempenhando o seu papel de promoção da ordem social; de qualquer modo, salientamos não querer desconfigurar a presença estatal na efetivação do conteúdo normativo, contudo defendemos que sua atuação, na grande maioria dos casos, depende sempre de provocação, quando deveria ocorrer *ex officio*, possibilitando a realização da eficácia social da norma.⁶⁹

⁶⁸ Muito mais drástico seria o cenário nacional sem a participação de agentes sociais organizados destinados a minimizar os efeitos da omissão administrativa e reivindicar a melhoria da qualidade de vida, como são exemplo as ONG's na realidade latino americana: “ Equally, if not more important, the number of national and international NGOs concerned with advocacy and community development has risen enormously. An example from Brazil illustrates the magnitude of this increase. In Brazil, the not-for-profit sector added 344,149 jobs between 1991 and 1995 to employ 1,119,533 people (Landim and Beres, 1999). Advocacy groups use international forums and the United Nations to heighten awareness of the rights of women, children, minority ethnic groups and other potentially vulnerable groups. Governments often adopt their conclusions. These international forums have their counterparts in meetings within countries, mother's clubs, soup kitchens, neighborhood associations and so on. With the help of NGOs, these local associations formulate their own demands, incorporating many of those advocated internationally.” ROBERTS, Bryan R. Globalization and latin american cities. International journal of urban and regional research. v.29.1, p. 120, mar., 2005.

⁶⁹ “ Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (anerkennung) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção., eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. Da eficácia jurídica cuidou superiormente José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo”. BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3ed. at. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 82

O legislador constituinte ao elaborar aquele documento teria agido em plena consciência dificultando ao máximo a efetiva responsabilização por atos lesivos ao bem estar social e interesse público?

Pretendemos não acreditar em tal premissa; entretanto precisamos abandonar urgentemente o título de paraíso da impunidade e da descrença na atuação das instituições nacionais, notadamente nos campos dos poderes constitucionais e na fragilidade dos mecanismos de garantia à dignidade humana.

Interessa aos Estados onde predomina a falsa democracia e o indivíduo tem pouco ou quase nenhum valor e impera a ordem econômica sobre as garantias fundamentais, que os mecanismos de reação popular sejam abafados ou mesmo dificultados com o uso da política da acomodação social ou alienação por falta de conscientização ou instrução didática, onde o cidadão desvie da crença no ordenamento e imprima conduta incompatível com este, atingindo sentido completamente invertido da realidade, qual seja: os administradores, responsáveis pela imensa prática atentados ao Estado Democrático de Direito, colocam o indivíduo contra o próprio indivíduo, desviando a atenção popular e concebendo conceito extremamente falso da realidade, qual seja: passar a idéia de que toda a população é responsável pelo ocaso do Estado brasileiro; pretende o administrador nacional, a todo custo, eximir-se de seu dever funcional, disfarçando sua completa inércia e omissão.⁷⁰

⁷⁰ O conteúdo da efetividade resta literalmente prejudicado na norma constitucional; contudo, não podemos confundir o problema da legitimidade como aceitação social com acomodação social e aplicação normativa. “ A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen distinguindo-a do conceito de vigência da norma retratou como sendo “ o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.”... A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da

2.2.2. Efetividade normativa e o enlace da atividade judicial.

Genericamente associa-se política a eficácia jurídica ou mesmo ação governamental ao poder de obtenção de vantagens pessoais diante de certa comunidade; a cultura impregnada no território nacional no decorrer do século passado revelou até onde os representantes dos poderes constituídos podem empregar seu poder de direcionar comandos destinados à satisfação de interesses próprios.

Um modelo de organização tendente a agir em contraposição à inércia impregnada no trato da coisa pública, consolidando tarefas e determinando com certo rigor a estrutura de grupos sociais capazes de efetivar os ditames constitucionais não realizados pelo que costumamos denominar de “quebra do dever institucional”, ou seja, os indivíduos de determinada comunidade, independentemente de sua natureza ou proporção, desenvolveriam ações que originariamente competem ao poder público, para tentar efetivar as diretrizes constitucionais.⁷¹

realidade social. BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas.” Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3ed. at. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.83.

⁷¹ Cada vez mais necessário é o trabalho de entidades não governamentais na implementação dos direitos fundamentais na realidade brasileira, organizando discussões políticas e planejando programas de ação contínua junto às comunidades menos favorecidas pelo Poder Público. A luta pela moradia, pelo direito real de posse, ou mesmo pela titularidade do domínio, nunca esteve tão associada aos movimentos populares quanto hoje: “ Por acreditarmos que nenhum processo social dar-se-á sem que os principais sujeitos estejam envolvidos diretamente na sua efetivação, a intervenção jurídica nas comunidades acontece atrelada ao trabalho social, que busca envolver efetivamente os moradores em todas as etapas do processo, refletindo sobre o significado da regularização fundiária, a importância para suas vidas e para o local em que estão inseridos e em que medida a legalização da posse da terra representa a efetivação do seu direito à moradia, como um direito humano fundamental. É a partir dessa compreensão que investimos no trabalho de mobilização social, que acontece atrelado a todo o processo jurídico. Essa intervenção se dá na assessoria prestada à COMUL e no trabalho de formação e fortalecimento junto aos grupos comunitários. Como resultado do trabalho social nessas comunidades, apontamos o surgimento da Rede Ação, composta por dois grupos: Grupo Ação de Entra a pulso e Grupo Ação dos Coelhos. O primeiro surgiu em março de 2002 a partir de um curso promovido pelo CENDHEC na área de direitos humanos e participação social. O curso instigou os participantes a lançar um olhar sobre os problemas da comunidade. Esse processo, além de contribuir para o fortalecimento da identidade social, impulsionou a formação de um novo grupo para desenvolver um trabalho voltado à organização comunitária. O Grupo Ação é um grupo de articulação e mobilização da comunidade Entra a pulso, que busca melhoria na qualidade de vida dos moradores, priorizando questões relativas à infra-estrutura urbana, segurança, participação comunitária e moradia/legalização da posse da terra. “ GOMES, Flávia. Da regularização fundiária à formação de novas lideranças

Dessa forma, cada vez mais está presente a política das organizações não-governamentais,⁷² cujo principal papel seria a constante pressão do poder público; determinados grupos conseguem estabelecer campos de atuação mais dinâmicos e permanentes, contrariando a atuação isolada de um só membro da sociedade mesmo quando este procura solução provocando o Poder Judiciário, ou seja, a atitude em grupo exigindo soluções a curto ou médio prazo produziria melhores efeitos em razão de sua hegemonia social criando, muitas vezes, normas próprias em reforço ao ordenamento positivado cuja eficiência seria constantemente questionada.⁷³

articuladas na Rede Ação. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.49.

⁷² Ao longo desta tese o leitor poderá perceber a importância do somatório de atitudes destinadas a efetivar o direito à moradia, dentre as quais destacamos a iniciativa popular organizada por movimentos sociais de reivindicação. Dentre os principais instrumentos de pressão social encontramos a formação de grupos nas comunidades não beneficiadas pelos equipamentos urbanos e também, muitas vezes, desprovidas de títulos dominiais, onde a atuação perante o Poder Judiciário tem sido o caminho mais próximo de promoção social, obrigando o Executivo a legalizar a ocupação do solo urbano: “ O Centro Dom Helder Câmara vem trabalhando ativamente na mobilização das comunidades para que possam resistir às tentativas de expulsão. Também tem atuado na defesa jurídica das comunidades ZEIS da cidade, promovendo ações de usucapião constitucional urbano. É o caso da comunidade Entra a pulso, onde existem cerca de 144 ações tramitando em diversas Varas da Justiça Federal, inclusive no Tribunal Regional Federal 9TRF), além da defesa de 140 famílias em sete ações de reintegração de posse que tramitam nas Varas da Justiça estadual. Nesses casos, também utilizamos o conceito de usucapião como matéria de defesa. Outros exemplos são Vila da Paz e Asa Branca, duas subáreas da comunidade de Torrões. Lá, existem cerca de 190 ações de usucapião, em tramitação na justiça estadual. Mais recentemente, o usucapião coletivo foi o instrumento utilizado para defender a moradia da comunidade de Campo do Vila, onde ajuizamos duas ações que beneficiam mais de 90 famílias. Vale ressaltar que as ações de usucapião têm se arrastado durante anos na justiça e que temos nos deparado com todo tipo de dificuldade. Ora com as várias transferências de varas dos processos, com é o caso das ações de Torrões que já transitaram por três Varas diferentes, ora com a troca constante de juizes. Isso tem causado prejuízos para a regularização fundiária destes assentamentos, pois os juizes, geralmente, têm entendimentos diferentes, e sensibilizá-los não tem sido tarefa fácil. Quando isso acontece, logo vem a transferência, e todo trabalho de sensibilização vai por água abaixo.” ORANGE, Vera. Regularização fundiária para inclusão social: a participação do CENDHEC no processo de regularização fundiária no Recife. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.27.

⁷³ “ (...) A nação e a sociedade não são mais uma fonte de humanidade e de sentido, conforme dispunha a teoria tradicional que concebia a sociedade como uma *universitas*. Agora a sociedade é uma entidade concebida como um clube ou partido político; uma *societas* ou associação de cidadãos com múltiplos interesses.” DAMATTA, Roberto. A casa & a rua. Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 4ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991. p.73.

2.3. A efetividade no ordenamento jurídico brasileiro na promoção da função social da propriedade urbana depende exclusivamente da provocação do Poder Judiciário ?

O Poder Judiciário brasileiro sempre revelou uma tendência de extremo distanciamento da população⁷⁴ no que pertine às questões de relevo social; contudo, sua atuação nos últimos anos tem demonstrado, em julgados específicos, uma nova roupagem para este quadro de abstenção social, notadamente no trato dos abusos praticados pela Administração Pública.

Dependendo exclusivamente de provocação, em decorrência do princípio dispositivo, a resposta dada pelo Judiciário aos diferentes problemas sociais tem ocorrido com delonga e muitas vezes sem a precisão esperada; de qualquer modo, ainda consiste no instrumento de resolução tradicional de nossa sociedade, apesar da composição de conflitos constituir modelo a ser superado em decorrência principalmente de sua morosidade e prejuízos causados no decorrer da marcha processual onde se prejudica mais do que se resolve litígios; de qualquer modo, invocar os preceitos do ordenamento vigente ainda constitui atitude de destacado relevo no bojo de alguns círculos sociais.

⁷⁴ Provavelmente a formação conservadora e tradicionalista dos Cursos jurídicos, ainda presente em nossa realidade, contribui exacerbadamente para o proferir de decisões descompromissadas com as necessidades sociais nas mais diferentes áreas de políticas públicas, além da verificação do perfil social dos egressos dos cursos de Direito em nosso País, constituído, em sua maior parte, por uma densa representação da estratificação social dominante no Brasil: “ Na realidade, percebemos um entendimento conservador do Judiciário, que passa pela falta de compromisso com os problemas sociais, especificamente com os graves problemas habitacionais. É certo que, no posicionamento individual de alguns juízes, muitas vezes, estão imbuídos valores democráticos, porém, na maioria deles, não observamos a preocupação em garantir aos indivíduos o direito humano à moradia. Tentar transpor o conservadorismo do Judiciário é, sem dúvida, um desafio, pois, em geral, o que temos visto é uma concepção privatista da propriedade. Portanto, faz-se necessário formar, nos magistrados, o entendimento de que garantir o bem-estar dos habitantes da cidade, disposto no caput do art. 182 da Constituição Federal, é o mesmo que dizer que todo cidadão tem direito a uma moradia digna. Ou, ainda, quando o nosso texto constitucional fala em função social da propriedade, isso quer dizer, no mínimo, que cada cidadão deve ter garantido o espaço indispensável à moradia.” ORANGE, Vera. Regularização fundiária para inclusão social: a participação do CENDHEC no processo de regularização fundiária no Recife. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.27-28

A indagação que deve ser procedida provavelmente será a da determinação destes grupos e qual a natureza das questões desenvolvidas na vida forense; terá o Judiciário brasileiro preferência para solucionar lides de natureza meramente econômica, utilizando-se o significado mais excludente da palavra ou estamos diante de uma pré-determinação imposta por um modelo social restritivo?

Aos que procuram o uso da imposição normativa pelo Estado-Juiz e que sofrem os efeitos do descumprimento legal pelo Estado-Administrador, convém ressaltar a incompatibilidade conferida pelo próprio Estado-legislador quando na limitação da apreciação de temas em decorrência do significativo “vazio-legislativo” imposto como cultura de menosprezo ao teor constitucional e prevalência das normas ordinárias quando se acentua a interpretação centralizada nos textos infra-constitucionais de maneira propositada, desviando-se a atenção do verdadeiro papel da Lei fundamental.

Em tais casos surge a necessidade de estabelecer a pressão social por intermédio muitas vezes da própria força física expressada em movimentos multitudinários desenvolvidos nos principais centros urbanos, capazes de por em discussão assuntos desprezados pelo Administrador; entretanto, esbarra tal atitude no cerne do ordenamento que lhe retira legitimidade.

A potencialidade da coação no Direito é prejudicada pelo próprio Estado titular dos interesses coletivos, de modo a incapacitar qualquer esboço de reação por intermédio de movimentos populares independentes da provocação do Poder Judiciário em busca de uma autonomia e imparcialidade descentralizada; mas como então conceber a coexistência de dois modelos de atitudes divergentes dentro do

mesmo sistema normativo? A estrutura do Judiciário corresponderia a uma pré-limitação da mobilidade social disfarçada e tênue aos nossos olhos? .⁷⁵

O Poder Judiciário necessita continuamente de aprimoramento para que se aproxime cada vez mais da população destinatária de seus serviços quebrando seu conservadorismo, oriundo de uma deficitária formação humana e, para tanto, devemos cuidar de algumas limitações de ordem legal e outras de ordem ideológica gerando a necessidade de uma “interpretação jurídica adequada à realidade social ou conforme a necessidade social”, sem a qual de nada valerá o poder coercitivo das decisões judiciais e, justamente na existência deste fato, reside a força das reivindicações populares tentando demonstrar o gritante desequilíbrio no combate à omissão estatal e o tormento do poderio econômico que muitas vezes prejudica a extensão dos interesses difusos.

A forma com que ocorre a interferência do poder privado sobre as soluções encontradas para problemas coletivos, dentre os quais incluímos o direito à moradia, pode ser destacada como bastante agressiva e algumas vezes unilateral sem a menor possibilidade de questionamento, lembrando-se aqui a prática espoliativa da especulação imobiliária e sua vertente mais perversa na negação dos serviços e

⁷⁵ “(...) Cada explosão espontânea é seguida de controle, pelas forças de repressão; ao mesmo tempo, porém (e talvez por isso mesmo), constitui o ponto de partida para novas ações do mesmo tipo. Desta perspectiva, a questão de sua espontaneidade se recoloca, mas de forma nova. Na medida que essa espontaneidade viabiliza aquela forma de ação, essas massas começam a experimentar sua própria potencialidade como força social e política. É a sua prática, desorganizada ou não, que coloca para elas a possibilidade de se fazerem presentes, com algum grau de vontade própria, diante do resto da sociedade. Nesse sentido, a dinâmica de seu desenvolvimento diz muito a respeito de suas virtualidade e do significado que elas possam vir a ter na história brasileira. O fato de essas massas populares, no momento atual, encontrarem-se quase que completamente fora do cenário político, não se deve só à sua natureza intrínseca, mas sim a ausência de qualquer canal válido para expressar as suas aspirações. Elas estão excluídas não por vontade própria, mas pela relação de forças existente, para a qual qualquer mudança, por mínima que seja, poderia vir a constituir-se em uma possibilidade de ameaça.” MOISÉS, José Álvaro et al. *Contradições urbanas e movimentos sociais*. 2ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 55

equipamentos públicos a uma imensa parte da população brasileira ainda sobrevivente em “moradias” desumanas.

Gostaríamos de citar um exemplo real da situação ora debatida: no período de 1992 a 1996, quando residíamos em uma região de precária estrutura urbana na cidade do Recife, percebemos nitidamente o descaso da Administração Pública para com a população de baixa renda, consubstanciada na política do abandono quase total; o fato, ou melhor, os fatos, ocorreram na área conhecida como “favela do DETRAN”, nas proximidades daquele órgão estadual, quando era reivindicada a construção de uma passarela para pedestres na rodovia BR 101 que corta parte da cidade do Recife.

Após muito tempo as autoridades locais decidiram instalar o referido equipamento de mensuração de velocidade em virtude de sucessivos protestos por ocasião de acidentes com vítimas fatais no ponto de travessia da rodovia.

Diante da constante omissão estatal na promoção das garantias básicas inerentes à personalidade humana, qual o limite da legitimidade dos movimentos populares baseados no uso da pressão social mediante a força física ou o conglomerado multitudinário e, em sendo aceito o emprego da força coletiva, onde podemos encontrar legitimação para a defesa dos interesses intersubjetivos?

Infelizmente, o cenário de agressão aos chamados direitos de personalidade oferece diariamente exemplos nítidos e ofensivos à dignidade humana (são incontáveis os exemplos de conflitos urbanos na luta pela moradia).

A pressão social dos movimentos multitudinários e limitada pelos valores da ordem pública⁷⁶ não é capaz sozinha de solucionar os mais simples problemas de ordem estrutural de uma localidade ou mesmo suficiente para incomodar o Poder Público quando este propicia um quadro de absoluto descaso com a população e não promove as condições indispensáveis ao seu desenvolvimento social, dando origem a três conseqüências básicas:

- a) acomodação social pelo arbítrio;
- b) pressão social em resposta à omissão ;
- c) adoção da responsabilidade social ou busca da responsabilidade civil;

A situação do cenário social brasileiro desencadeia considerável mecanismo de acomodação social em sua forma mais perversa, a saber: a ausência de visão crítica pelo fomento à alienação e repúdio a qualquer instrumento de promoção da cidadania; a prática do que costumamos denominar de teoria da responsabilidade social apresenta-se como meio de combate à acomodação social.⁷⁷

⁷⁶ Não imagine o leitor que empregamos a expressão “ordem pública” de maneira inadvertida, ingênua ou inconseqüente nesta passagem que discorre sobre os movimentos sociais destinados a reivindicar atitudes comissivas do administrador público. Temos em mente a elasticidade do conteúdo da ordem pública e não a utilizamos para fomentar o arbítrio e muito menos a justificação da violência para a consecução de direitos fundamentais. Afirmamos, no presente momento, a pressão social limitada pelos contornos da ordem pública uma vez que qualquer manifestação neste sentido o será. Mas o que devemos entender por ordem pública nesta passagem? Se uma comunidade interdita uma pista de rolamento de alto tráfego para chamar a atenção da Administração ou mesmo invade um imóvel há muitos anos desocupado por seu proprietário ocioso poderemos defender existir abuso não tolerável pelos valores mínimos de nosso modelo social. O raciocínio ora defendido parte das próprias características da ordem pública como instituto jurídico: “Ma cosa deve intedersi per o.p.? La difinizione correnti – sceglio dalla giurisprudenza – secondo lê quali esso é dato dalle “basi etiche della nostra convivenza civile”, coincide com i principi fondamentali del nostro ordinamento, s’identifica com i precetti che non potrebbero essere derogati senza grave attentato all’ordinamento pollitico, econômico e morale dello Stato, senza scandalo o trubamento dell’ordine sociale e simili, mostrando uma certa tendenza allá dramaticita verbale”. BALLARINO, Tito. *Diritto Internazionale Privato*. Padova: CEDAM, 1982.p.425.

⁷⁷ Os movimentos populares isolados não conseguem resolver a negação de políticas públicas sociais em sua plenitude; quando muito são organizadas entidades não-governamentais (terceiro setor) para endereçar tais reivindicações e coordenar políticas afirmativas. Há uma tendência indisfarçada de arrefecimento de tais lutas: “ Não é por acaso que a multiplicidade de reivindicações urbanas e os

Ainda é necessário repudiar a estrutura normativa ordinária que contribui para a improbidade do administrador de má-fé para uma efetiva aplicação da estrutura constitucional; enquanto não utilizarmos o ordenamento de forma coerente e precisa propiciaremos a costumeira e antiga prática da impunidade administrativa.

O cenário por nós vislumbrado será, em futuro não remoto, o da prevalência pela responsabilização preventiva antecedente ao dano e não a compensação de seus posteriores efeitos, reação já esboçada no âmago do direito ambiental brasileiro e estrangeiro, não esquecendo que o espaço urbano compõe o meio ambiente artificial.

De qualquer forma, o estágio que presenciamos na atualidade indica um caminho claro a seguir: conscientização em um primeiro passo, ação de grupos estranhos ao arcabouço burocrático estatal e em última instância a provocação do Poder Judiciário; ressaltemos de pronto que não defendemos o resguardo do acesso às vias judiciais, apenas preferimos não tornar tal recurso regra ordinária de promoção da cidadania.

conflitos dela decorrentes tendem a se esfacelar adquirindo, na melhor das hipóteses, ressonâncias destoadas e destituídas de poder de transformação. Não se trata, obviamente, da mera ausência de um regente, como se a presença de organizações políticas pudesse alterar a qualidade dos conflitos urbanos. Sem dúvida, sem partidos que dêem sentido e direção às reivindicações populares, a participação de múltiplas associações continuará multifacetada e, portanto, sem se adicionar num espaço coletivo de transformação. A ocorrência de reivindicações e conflitos urbanos, oriundos da esfera do trabalho ou ainda provenientes de inúmeros grupos que procuram fazer valer os seus direitos, de per si não configura uma situação que garanta a polarização das contradições materiais objetivas". KOWARICK, Lúcio. Escritos urbanos. São Paulo: Editora 34, 2000. p.66.

Infelizmente reconhecemos a extrema dificuldade de compelir o administrador brasileiro a cumprir suas tarefas institucionais sem o elemento coercitivo; diante de tal quadro histórico é que sustentamos que a chamada “efetividade condicionada” representa uma realidade política e não jurídica tendo como meio idôneo para combate a propositura de ações coletivas resguardando interesses difusos coletivos.

Questionando tal situação é que defendemos a propositura de ações coletivas na luta pela condenação do Estado em obrigação de fazer específica quando este descumprisse seu mandamento institucional (regrado na Constituição Federal de 1988 e no próprio Estatuto da cidade – Lei n. 10.257/2001), efetivando programas de moradia popular para a correta distribuição do solo urbano e a aplicação dos institutos da desapropriação para fins sociais destinada especificamente à construção de lotes para famílias com baixo poder aquisitivo (regra em nosso País), gerando uma interferência necessária e salutar no folclórico poder discricionário da Administração Pública.

Admitir a efetividade condicionada de tais normas seria negar a existência de um direito autônomo à moradia ou mesmo dos demais direitos sociais; entretanto, não é despidendo lembrar que a prática de tais direitos muitas vezes está implicitamente condicionada a instrumentos de pressão social ou mesmo ingresso no Judiciário.

No capítulo pertinente à instrumentalidade processual do direito à moradia e o papel do Ministério Público nas lides em favor de outros direitos fundamentais, observaremos resultados práticos de algumas ações para aquilatar a existência de outro mecanismo mais hábil a atender às tutelas promocionais distinto do Judiciário como a própria iniciativa privada e a organização de movimentos na sociedade que tentam atuar independentemente da ação pública.

O intérprete, *in casu* o Poder Judiciário, dotado de apreciação autêntica da norma ao seu talante não está habilitado a restringir campo de atuação de um princípio em função da inexistência de norma específica ou de sua incompatibilidade com a ordem constitucional, sob pena de comprometer toda a disciplina da hierarquia normativa; quando dispusemos sobre a antinomia reinante no ordenamento jurídico nacional no tocante ao direito social à moradia, afirmamos que o elevado teor de antinomia e anomia contribui para a sua negação.

Entretanto, não nos esqueçamos que à tarefa do intérprete também incumbe o dever de suprir as lacunas ideológicas ou reais encontradas; logo, não competiria ao Judiciário, ao nosso entender, admitir a não obrigatoriedade de construção de moradias populares em função da inexistência, em determinado período, de norma inferior completamente específica destinada a compor um princípio maior presente na Constituição Federal, situação que admitida comprometeria toda a essência do ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário está repleto de instrumentos hábeis a contornar as dificuldades impostas pela desastrosa “técnica legislativa” empregada na Constituição Federal de 1988; por outro lado, não podemos negar a presença de um corpo normativo destinado a surtir efeitos na sociedade e que necessita tão somente de uma constante exigência, as saber: a temática da prevenção, da igualdade social de oportunidades, da proteção aos interesses coletivos difusos e muitos outros aspectos que, embora inscritos de forma genérica no texto constitucional, estão prontos a receber efetividade coercitiva em decorrência da completa ou quase completa inércia do Estado em sua consolidação.

3. EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NO DIREITO BRASILEIRO: DO CONSERVADORISMO LIBERAL NO INÍCIO DO SÉCULO XX ATÉ O ESTATUTO DA CIDADE.

A trajetória do ordenamento jurídico brasileiro em sede do direito de propriedade foi marcada fortemente pelo conservadorismo importado dos preceitos europeus dos séculos XVIII e XIX, por razões facilmente detectáveis, dentre as quais podemos afirmar a lentidão do processo de formação de um denominado Direito nacional; durante muitos séculos desconhecemos qualquer intenção em construir preceitos jurídicos próprios adequados à nossa realidade.

Não temos, no presente capítulo, o propósito de relatar historicamente todos os fatos de destaque na evolução do direito de propriedade, uma vez que isto demandaria a elaboração de uma tese particular sobre o tema, mas, apenas denotar de modo didático a função social da propriedade a partir do século XX, precisamente entre 1918 e 1919 com a mudança de comportamento legislativo preconizada pela Constituição da República de Weimar.⁷⁸

⁷⁸ Nas Américas, a Constituição mexicana de 1917 propiciou severa reforma na concepção de inúmeras categorias de direitos fundamentais e, no direito europeu, como fonte do constitucionalismo brasileiro, assistimos a proposta de conciliação entre democracia e redação constitucional com o texto de Weimar pela primeira vez em 1919: “ A tentativa, nem sempre bem sucedida de conciliar o constitucionalismo com a democracia vai, na Europa, ter início com a Constituição alemã de 1919, a célebre Constituição de Weimar. Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o famoso e, até hoje, fundamental, debate sobre os métodos do direito público, iniciado quando Hans Kelsen propõe a aplicação do método jurídico positivista até as últimas consequências, gerando, nas palavras de Heller, uma “Teoria do Estado sem Estado” (...) No estudo do “Debate de Weimar”, centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.6-7. Acesso em 15/09/2005.

Constitui a evolução do tema em comento um longo e repetido processo de absorção do direito europeu, notadamente o francês, o italiano, o português e o alemão, nascidos sob a égide de um exacerbado liberalismo e influência religiosa onde predominou a cultura da inviolabilidade da propriedade, inicialmente concebida nos setores rurais, denotando o exato poder dos proprietários e exploradores de terras.

A transição do Estado agrário, clássico e monopolizador da produção de bens e serviços para o Estado urbano será concebida por intermédio da concentração de atividades em torno de centros mercantis de grande vulto, notadamente na Itália e em outros países europeus.

A antiguidade concebia o direito de propriedade como exclusivista para o culto religioso, onde a titularidade era desempenhada individual e exclusivamente pelo *pater familias*, idéia substituída, muitos séculos depois, na Idade Moderna, pela concepção burguesa de que os bens e riquezas de um povo deveriam ser colocados à disposição dos entes estatais; uma visão sagrada da propriedade ainda imperava.⁷⁹

⁷⁹ O culto à propriedade como autêntico direito absoluto seria confirmado na legislação greco-romana. As civilizações desta época centralizaram toda a idéia deste direito ou situação subjetiva como poder extremado e ilimitado de seu titular, inclusive admitindo abusos, em virtude de não se conhecer qualquer tipo de ingerência de terceiros em seu controle. Inexistia a figura do Estado que apenas fora concebida na Idade contemporânea e, dessa forma, não poderíamos exigir que a evolução histórica do direito de propriedade ocorresse de modo diverso. A violência marcou a propriedade no mundo romano e os atos ilimitados do proprietário não constituíam excesso. O caráter religioso de seu conteúdo permitia tal compreensão como bem registrado historicamente: “ L'idée de propriété privée était dans la religion même. Chaque famille avait son foyer et ses ancêtres. Ces dieux ne pouvaient être que par elle, ne protégeaient qu'elle; ils étaient sa propriété. Or, entre ces dieux et le sol, les hommes des anciens ages voyaient un rapport mystérieux. Prenons d'abord le foyer: cet autel est le symbole de l'aveu sédentaire; son nom seul l'indique. Il doit être posé sur le sol; une fois posé, on ne doit plus le changer de place. Le dieu de la famille veut avoir une demeure fixe; matériellement, il est difficile de transporter la pierre sur laquelle il brille; religieusement, cela est plus difficile encore et n'est permis à l'homme que si la dure nécessité le presse, si un ennemi le chasse ou si la terre ne peut pas le nourrir. (...) A Rome, la loi fixe à deux pieds et demi la largeur de l'espace libre qui doit toujours séparer deux maisons, et cet espace est consacré au dieu de l'enceinte. Il est résulté de ces vieilles règles religieuses que la vie en communauté n'a jamais pu s'établir chez les anciens. COULANGES, Foustel de. La cité antique. Paris, Flammarion, 1984. p.64-66

A trajetória da propriedade no mundo romano contemplou a absoluta concepção de sua incidência em todos e quaisquer bens ou coisas então susceptíveis de seu interesse, tais como imóveis, semoventes, os próprios filhos e a tutela da esposa (pois o direito de família também foi uma expressão marcante do absoluto controle do pater familias sobre os que estavam sob o seu comando no lar), os escravos que nada podiam opor contra o interesse de seus donos, enfim, todas as instituições privadas sofreram a influência do traço religioso em sua concepção e a vingança como modelo reparador.

As próprias Leis das XII tábuas (450 a.C.), em um primeiro momento histórico, e a Aquilia et levissima culpa venit (572 d.C.), o Digesto (tentativa abreviada de codificar o sistema legislativo romano) e outras normas traduziram a importância conferida ao direito de propriedade nesta época.

A reparação consistia na maior parte dos casos o próprio direito à vingança e a tarificação representaria o triunfo do patrimônio sobre o respeito à individualidade agredida. A derrubada de uma árvore poderia ser resolvida no pagamento de seu valor pecuniário; a morte de um escravo em idêntica solução. Não se conheciam as fronteiras do mais amplo de todos os direitos então existentes: a propriedade. A apologia ao direito sagrado da propriedade somente cessaria muitos séculos após o ocaso do império romano com um lento esfacelamento do ideário religioso sobre o instituto que governava o direito civil.

As invasões bárbaras⁸⁰, longe de apagar a cultura absolutista do direito de propriedade contemplada no direito civil romano, propagaram suas bases sendo

⁸⁰ A evolução do direito de propriedade conheceu estágios marcados pelas concepções coletivas e individualistas de seu exercício. Destacam-se as imposições arbitrárias do direito e o caráter de

responsáveis pela criação de outros institutos até hoje conhecidos na disciplina civilista e cultivados no mundo medievo, notadamente nas cidades representativas da expansão comercial, tais como as arras e as festucas no direito obrigacional germano, franco e lomgobardo, bem como a configuração de alguns institutos do direito de vizinhança⁸¹ e a própria disciplina sucessória com o instituto da *saisine* de notória influência romano-germânica.

As instituições romanas influenciaram sobremaneira a edição dos monumentos legislativos anteriores à codificação, como é o exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 17, e próprios do

conquista simbólica da terra: A propriedade comum, grupal, precedeu a individual, embora, hoje, vivendo em ambiente saturado de direito individualista, pensemos primeiro em domínio e, depois, em comunhão ou condomínio. Depois, individualizando-se a propriedade, em vez de servir aos indivíduos e à família, tornou-se em sua negação: o latifúndio. O individualismo despótico deu, e dá sempre, a propriedade latifundiária, senhorial, que estiola a economia dos povos e impede a valorização do ser humano, pelo agravamento da desigualdade. Em Roma, a transformação das *possessions*, poções de *ager publicus* ocupadas pelos patrícios, em propriedade particular, levou à concentração crescente da fortuna imobiliária. Formados os latifúndios em Portugal, sobreveio a invasão germânica. Quando os visigodos invadiram e se estabeleceram na Península Ibérica, tomaram para si dois terços das terras, *sortes gothorum*, e deixaram que os hispano-romanos ficassem com o resto, a terça romana, *tertia romana*. À origem da distribuição das terras, em Portugal, está, pois, a invasão, e não o trabalho. Alilás, como em toda a Europa, pelo princípio o solo ao conquistador. A expressão *sors* não traduzia o sorteio das terras, o “sortejamento”, porque, antes dos germânicos entrarem na península, já a palavra *sors* significava o trato de terra, e nenhum documento, que conheçamos, fala do sorteio de terras aos visigodos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.11. p.35.

⁸¹ Nenhuma legislação exerceu maior influência no Direito Civil do que a romana, em diversos aspectos do direito de família, sucessório, real, dentre outros. Na disciplina da vizinhança conservamos institutos com mais de 2.500 anos, reiterados em diferentes legislações inspiradas no direito edilício de Roma acentuadamente marcado por normas religiosas : “Les demeures se sont rapprochées; elles ne sont pourtant pas contigues. L’enceinte sacrée existe encore, mais dans de moindres proportions; elle est le plus souvent réduite à um petit mur, à um fosse, à un sillon, ou à un simple bande de terre de quelques pieds de largeur. Dans tous le cas, deux maisons ne doivent pas se toucher; la mitoyenneté est une chose réputée impossible. Le même mur ne peut pas être commun à deux maisons; car alors l’enceinte sacrée des dieux domestiques aurait disparu.” COULANGES, Foustel de. La cité antique. Paris, Flammarion, 1984. p.65

movimento da codificação, como é o exemplo contido no Art. 544 do Code Napoléon de 1804:

Art.544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

Da leitura do dispositivo acima citado do Código civil francês podemos observar o trato absolutista no trato da propriedade móvel ou imóvel, apenas fazendo menção à limitação legal ou regulamentar específica de cada região (matéria de economia nacional, higiene, segurança, saúde e sossego). Exemplificando a época mais imperialista do regime civil francês podemos recordar a própria Constituição de 12/11/1848 da França que manteve o absolutismo em matéria de propriedade como “direito e dever anterior e superior às leis positivas”.

Sob o mesmo argumento de absolutismo, o governo de Napoleão III praticou abusos no tocante ao confisco da propriedade urbana de bens móveis e imóveis em virtude da gritante crise econômica instalada em Paris fruto da corrupção e descontrole das finanças públicas praticadas pelo suposto sucessor do “petit tondu” francês.

Primeiramente, a Prússia em 1798, logo em seguida a obra dos civilistas Jean Etienne Portalis, Bigot-Prémeneu, Maleville, Domat, Cujas e outros civilistas clássicos franceses resultaria no trabalho do Code Napoléon de 21/03/1804, posteriormente teríamos: o Código Civil italiano de 1865, revisto em 1942 e que inauguraria o tema da socialização do direito civil naquele País⁸², o Código Civil de

⁸² A função social da propriedade pode ser concebida como uma forte ruptura dos modelos conservadores e essencialmente liberais e absolutistas como o sistema francês de 1804 ou a titularidade do domínio ou domínio exclusivo presente no BGB de 1900; assume contornos de distributividade acentuada pelas conseqüências da primeira guerra mundial (1914-1919): “ Per il diritto

Portugal de 1867, substituído em 1967, o Código Civil do Japão de 1898, o Código suíço de obrigações de 1907, o Código Civil brasileiro de 1917, o Código Civil chinês de 1930, dentre tantos outros.

Traço comum entre todas as legislações acima citadas, no trato do direito de propriedade, é a incisiva afirmação de seu absolutismo excepcionalmente tolhido pelas regras basilares de direito de vizinhança; não encontramos, definitivamente, exemplos de preocupação social voltada à matéria, dado que apenas será revelado na Alemanha reformada pelas conquistas do pós-guerra entre 1918-1919 e na Itália de 1942, onde também seria recepcionado tal questionamento.⁸³

Exploração desregrada e desperdício, combinados com ausência de compromisso com desígnios sociais marcam acentuadamente o conteúdo do direito de propriedade; até então desconhecida a sociedade um dever expresso para a fruição de

di proprietà, alla vera linea di frattura si arriva quando, abbandonata l'idea di godimento pro se, si entra nel concetto di fusione di cardine sociale. Si profila a questo punto la possibilità di due impostazioni: a) nuovo assetto della proprietà ed eventuale redistribuzione; b) nuovo schema di comportamento degli attuali proprietari. La prima attiene al diritto pubblico, la seconda al privato, ma non si escludono a vicenda se si tiene presente che la distinzione è relativa. Per un sistema che riconosce la proprietà occorre tener presente la seconda impostazione, e quindi l'affermazione legislativa e dottrinale del carattere sociale della proprietà. Questa formula non può essere considerata l'unico profilo attorno al quale far convergere le esigenze di una società che non si limita più alla garanzia dell'attività dei singoli, dal momento che continuamente emergono altri problemi, che della garanzia mutano significato e forme: ad es. nella s.p.a. si verifica la scissione tra proprietà e controllo, e quindi è del tutto inutile imporre una funzione sociale ai portatori della titolarità formale; dal momento che l'attenzione deve essere spostata sulla disciplina dell'attività di coloro cui spetta l'effettivo esercizio del potere." **ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Problemi. Torino: UTET, 2002. p.238.**

⁸³ Não podemos historicamente abordar a evolução do princípio da função social da propriedade urbana sem empreender uma análise do período pós-guerra de 1918-1919 responsável pela inserção da regra da propriedade funcional na República de Weimar. A concepção do instituto criticamente foi elaborada inicialmente na Alemanha e na Itália, em virtude das violentas crises econômicas ali dominantes além da escassez de produtos de primeira necessidade, bem como de serviços e contratos vários espelhados na redação da Lei Failliot de 1919 responsável pelo abrandamento da segurança contratual: " Il principio della funzione sociale ha avuto una storia travagliata, quanto quello economico di benessere sociale. Già prima del fatidico 1918 si può rilevare una tale concezione della proprietà, si può risalire in altro senso (destinazione partec. della proprietà) a S. Tommaso e all'idea concezione cristiana per la quale la proprietà ha una funzione; e non è una funzione sociale inquadrata nel più generale complesso di obblighi ai quali è soggetto il credente; la funzione sociale appare come temperamento della proprietà, allo stesso modo dei limiti ad essa imposti non si sottrae ad un fine che trascende l'uomo." ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. Problemi. Torino: UTET, 2002. p.240.

um dos direitos essenciais à humanidade. Os traços religiosos e o surgimento do Estado liberal comprometeram gravemente a evolução do instituto jurídico ora debatido.⁸⁴

Provavelmente a única exceção em todo o período liberal europeu em matéria de absolutismo e propriedade, iremos encontrar na elaboração de projetos voltados à construção de conjuntos ou vilas populares de operários em Paris em 1851, com a Cité Napoléon levada a cabo pela Sociedade Anônima das Moradias Econômicas; todavia, o intuito de construir a vila operária era motivado diretamente pelo auferimento de renda locatícia e não pelo debelar do problema de higiene pública ou implementação de saneamento básico.

Tal iniciativa não logrou êxito em função da crise econômica instaurada naquela época e da rentabilidade com aplicações no mercado de ações, ainda com a edição da lei francesa sobre concessão de crédito para a moradia popular datada de 30/11/1894. As idéias do positivismo de Auguste Comte já denotavam uma

⁸⁴ A lenta ruptura com o modelo tradicional de conceber o direito de propriedade está representada nitidamente em alguns exemplos legislativos da atualidade. Ao nosso sentir, o Estado social configurado pela ordem econômica dirigente (intervencionista) ainda vacila em legislar de modo objetivo e penalizar o proprietário omissivo, conferindo-lhe grandes prazos para a alteração de sua inércia (como é visto na Lei nº 10257/2001). De igual forma, percebemos o desinteresse pelo legislador ordinário quando não prioriza assunto de tamanha magnitude para a realidade brasileira, consubstanciado na regulamentação da política urbana dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Não somente a disciplina da propriedade é acentuadamente marcada pelos traços do liberalismo, pois outros temas de elevado relevo social foram objeto de normas constitucionais “dependentes de regulamentação” indefinida no tempo. A realidade brasileira não foi a única a sofrer os efeitos do liberalismo econômico oitocentista; todos os países estigmatizados pelo colonialismo e processo de orientação legislativa foram alvo de idêntica situação: “ L’altro aspetto innovativo che caratterizza la trasformazione dello stato liberale è il passaggio dall’astensionismo ottocentesco a um progressivo interventismo. Uma della ragioni di fondo di questo radicale mutamento di indirizzo `e offerta dal variare dell’equilibrio fra classi sociali: l’affarciarisi del proletariato um tempo subalterno chiede allo stato interventi nel campo culturale, sociale ed economico per risolvere problemi che non erano avvertiti da uma borghesia tendenzialmente autosufficiente e gelosa della própria autonomia in tali ambiti. Emergono quindi accanto alle tradizionali liberta negative, dirette a impedire ingerenze dello stato nelle autonomie degli individui, i c.d. diritti sociali che comportano il ruolo attivo dello stato nel soddisfare l’esigenza di pieno sviluppo della persona e l’effetiva partecipazione dei singoli e dei gruppi alla formazione delle decisioni politiche.” VERGOTTINI, Guiseppe de. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: CEDAM, 2004. p. 228.

preocupação com o tema da propriedade em nome coletivo, contrapondo-se ao individualismo exacerbado daquele instituto; em 1889, Gierke concebe em conferência bases para a “missão social do direito privado”, questionando a estrutura ampla e conservadora da propriedade como instituto de contornos indefinidos e ao mesmo tempo ilimitados.⁸⁵

Apenas no início do século XX, de modo expreso, haveria uma ruptura radical com os modelos estruturais de concepção do direito de propriedade, quando o constitucionalista Léon Duguit, em conferências proferidas em Buenos Aires, no ano de 1911 e reunidas posteriormente no clássico trabalho intitulado “As transformações gerais do Direito Privado desde o Código de Napoleão”, comentando a essência do direito de propriedade no atendimento de necessidades humanas inadiáveis, incorporadas em tarefas sociais.⁸⁶

Definitivamente, em 1919, a República de Weimar consagraria em seu texto máximo as lições de Duguit divulgadas no direito constitucional francês e posteriormente avançando em vários países que paulatinamente reformaram suas Constituições para recepcionar o novel instituto.

⁸⁵ Uma das mais lentas transformações operadas na disciplina jurídica ocorreu com o direito de propriedade, seja pela sua fortíssima intersecção com outros direitos ou mesmo com o campo sociológico, seja pela sua nítida imposição como instrumento de manutenção do *status quo* das sociedades agrárias burguesas. De fato, ainda continua sendo um dos institutos jurídicos de maior dificuldade conceitual: “Many writers have argued that it is, in fact, impossible to define private property – that the concept itself defies definition. If those arguments can be sustained, then a work like this is misconceived. If private property is indefinable, it cannot serve as a useful concept in political and economic thought: non can it be a point of interesting debate in political philosophy”. WALDRON, Jeremy. *The right of private property*. Oxford: Clarendon Press, 1990. p.26.

⁸⁶ Indubitavelmente é a obra de Léon Duguit a responsável pela consolidação doutrinária do princípio da função social da propriedade, inserta, um pouco depois, em diversos textos constitucionais, dentre eles a Constituição da República de Weimar de 1919. Diria o célebre autor em relação aos deveres do proprietário: “Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si lacumple y em la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.” DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1920. p.178.

Disponha o art. 153 da Carta alemã de 11 de agosto de 1919:

Artikel 153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden.

Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt.

Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen.

Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen.

Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.⁸⁷

Toda a ordem de influências percebidas na Constituição da República de Weimar resultou de revoltas populares e legislativas no processo de consolidação política da Alemanha como território independente.

Desde 1849 já podíamos historicamente vislumbrar o cenário adequado para graves mudanças de mentalidade quanto à intervenção estatal no direito de propriedade, diante do surgimento de preocupações sociais quando da elaboração das normas constitucionais anteriores à de 1919.

⁸⁷ Célebre foi a edição da Constituição weimeriana em 1919 ao consagrar definitivamente a intervenção estatal no direito de propriedade. Posteriormente a doutrina de Duguit cunharia o termo “função social da propriedade”, notadamente influenciada pelo ideário alemão de limitação a este direito real. O clássico artigo 153 dispôs: “A propriedade é garantida pela Constituição. Leis específicas determinarão seu conteúdo e limitação. A desapropriação apenas pode ser decretada lastreada em leis e em nome do bem estar social. Será executada com adequada compensação determinada em cada caso pelo direito público. Discussões sobre o montante indenizatório serão apreciadas na esfera Judicial. A desapropriação pode ser procedida pelo Estado para fins comunitários, de organizações de caridade mas apenas executada se precedida de compensação apropriada. A propriedade obriga. Seu uso deve simultaneamente atender ao bem comum.” Pela primeira vez um texto normativo disciplinou socialmente o direito de propriedade e sua repercussão na esfera social.

Concomitantemente, assistimos a mudança de postura da doutrina e preceitos religiosos em torno da propriedade e sua incorporação em sucessivos textos de encíclicas papais, como é o exemplo da *Pacem in Terris*, da lavra do Sumo Pontífice João XXIII, em 11 de abril de 1963 que preconizava:

“ 11. E, ao nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida: tais são especialmente o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis.”

No Brasil, em 1988, consagrávamos o direito à propriedade, a política urbana e a defesa do meio ambiente como pólos de uma mesma expressão jurídica, a promoção do bem estar coletivo.

Art. 5º

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

.....

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

.....

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

.....

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.

.....

§4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do

solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

.....

Posteriormente, com o avanço da constitucionalização do direito privado, inúmeras Constituições de índole social foram editadas reiterando o cumprimento da função social da propriedade e do dever de garantir o direito à moradia, independentemente da desnecessária e conturbada indagação sobre o seu *nomem iuris* de direito fundamental ou social, como o exemplo do arts. 62º e 65º da Constituição da República Portuguesa, reformada em 1992:

Art. 62º Direito de propriedade privada.

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.
2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

Art. 65º Habitação e urbanismo

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e privacidade familiar.
 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:
 - a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
 - b) promover, em colaboração com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;
 - c) estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;
 - d) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.
 3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.
-

Uma série de normas constitucionais fora influenciada pelo direcionamento firmado pela Constituição da República de Weimar em 1919 e não apenas primando pela reestruturação do direito à propriedade privada, mas, de modo ampliativo, reconhecendo a necessidade de uma ordem econômica dirigente voltada à regulação de toda a atividade produtiva em cadeia, regulando o direito do trabalho, a competitividade entre o setor empresarial, a produção de bens de primeira necessidade, além das condições inerentes à qualidade de vida nos grandes centros produtores que concentram, a partir do processo de industrialização deflagrado no início do século XX, a mão-de-obra especializada nas atividades recém-importadas do continente europeu e da realidade norte-americana.

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988 surgiu o Projeto de Lei n. 5.788/1990 de autoria do Senador Pompeu de Souza, alvo de substituto na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio ambiente e minorias e, após longos 13 anos fora aprovada a Lei n. 10.257/2001, regulamentando a política urbana prevista nos arts. 182 e 183 da Carta Política vigente e dirigindo aos administradores municipais a elaboração de normas locais para o disciplinamento e possibilidade de aplicação de alguns de seus institutos, algumas vezes injustificadamente previstos em normas abertas.

Entretanto, a distância entre a imposição normativa e a realidade urbana, ou entre a cidade legal e a cidade real, certamente haverá de aumentar se não forem adotadas práticas concretas e objetivas de distribuição dos recursos financeiros, interrompendo uma cultura secular de perpetuação e concentração de renda nas

grandes cidades brasileiras, alvos da especulação imobiliária e cenário de desmedidas desigualdades sociais, consubstanciada em autêntica segregação espacial, traço comum em outras cidades da América do Sul.⁸⁸

3.1. Da sociedade agrária aos conglomerados urbanos: a longa trajetória do direito de propriedade e da exclusão social na realidade brasileira

⁸⁸ O processo de segregação social e espacial não constitui privilégio da realidade brasileira, sendo presenciado em outras cidades de vasta densidade populacional na América do Sul. Tal quadro encontra respaldo na ausência de uma política social guiada por prioridades orçamentárias voltadas à contínua consecução de investimentos em programas de construção de moradias populares de qualidade, saneamento básico, além de outros equipamentos urbanos. Outro dado comum às cidades sul-americanas é o crescimento desordenado, salvante algumas exceções: “ Globalization exercises an important indirect impact on the Latin American city in terms of sócio-spatial segregation. The spatial segregation of cities by social class or ethnicity and by functional uses is a long observed process in the cities of the developed world, resulting from the operation of land markets and social discrimination. In the cities of Latin America, during the ISI period, spatial segregation was complicated by the imperfection of land markets and by the political necessity of permitting informal settlement as a solution to the problem of housing (...) The deregulation of land markets and the free movement of capital has brought substantial investments in all Latin American cities in large scale commercial developments, such as shopping malls, and in luxury housing, both in the center city and in suburban locations. The ability of the rich to segregate themselves from the poor has thus increased, as has been noted in studies of Rio de Janeiro and other Latin American cities .” ROBERTS, Bryan R. Globalization and latin american cities. International journal of urban and regional research. v.29.1, p. 118, mar., 2005.

Dentre a recente história constitucional brasileira, observamos a preocupação com o princípio da função social da propriedade, primeiramente em 1934, e posteriormente em 1946, na chamada época da redemocratização política em nosso país.

Os reflexos da orientação preconizada no direito constitucional e civil italiano e alemão certamente nortearam o constituinte daquela época direcionando sua intenção; entretanto, não se pode olvidar, que mesmo com o implemento da Carta Política de 1988 não é natural a recepção deste princípio em nosso meio jurídico.

O legislador brasileiro e o nosso Poder Judiciário ainda estão extremamente distantes da mensagem contida na atual Constituição Federal, seja pela pouquíssima utilização de seus postulados em função de uma crença indistinta aos preceitos normativos hierarquicamente inferiores por intermédio de uma cultura de “hipervalorização das normas ordinárias”, onde denota-se o largo exemplo da aplicação das diretrizes elaboradas em 1917 pelo Código Civil brasileiro. Até quando insistiremos em valorar demasiadamente normas hierarquicamente inferiores à Constituição Federal negando o efetivo ditame inserto em um ordenamento social?

Não podemos conceber que os juristas pátrios continuem a interpretar a Constituição Federal à luz de diretrizes inferiores, pois não nos encontramos em um cenário onde se de admita sem restrições uma concepção normativa de cunho

individualista e exacerbadamente negativista, onde se elabora a lei para o atendimento de interesses privados.

A atual estrutura da sociedade brasileira está voltada para as atividades nos imensos conglomerados urbanos, desmantelados em espaços desorganizados e movidos por uma política omissiva de controle e expansão urbanas, encontrando eco justamente a partir do século XIX e início do século XX. No decorrer dos séculos XVII, XVIII e XIX predominaram na vida brasileira as povoações e vilas oriundas de sítios eclesiásticos e da cultura agrícola, notadamente o cultivo do café e da cana-de-açúcar, onde os engenhos marcaram preponderante uma etapa da urbanização brasileira.⁸⁹

Entretanto, não se pode olvidar que políticas reais de urbanismo apenas foram concebidas no Brasil no curso do século XIX, com o implemento de tecnologias européias de desenvolvimento urbano, onde cidades como o Recife, São Paulo, Rio de Janeiro e outras foram palco de constante aplicação de recursos até então

⁸⁹ A trajetória da ocupação da cidade do Recife não discrepou da boa parte das capitais nordestinas, envolvendo períodos distintos e verdadeiros ciclos econômicos que direcionaram a distribuição da população do litoral para o interior, inicialmente, e do interior (inclusive agreste e sertão) para o litoral. Foi uma história marcada pela aristocracia e papéis sociais de rarefeita mobilidade social: "O Recife mantém uma divisão político-administrativa constituída de seis Regiões Político-Administrativas (RPAs), que congregam os 94 bairros existentes, agrupados de acordo com a localização. Muito embora essa divisão esteja voltada para as necessidades do planejamento e da administração da cidade, ela reflete a realidade dos diferentes territórios do Recife, permitindo identificar onde os contrastes estão mais acirrados. A constituição histórica da cidade deixa antever contradições que, até os dias atuais, permanecem fazendo com que o Recife tenha mais da metade da população morando em favelas. A colonização de Pernambuco teve como base econômica a monocultura da cana-de-açúcar, e a formação do Recife – cidade situada entre o oceano, rios e alagados – está vinculada à exportação do açúcar, sofrendo os altos e baixos desse comércio. Ao longo de sua história, o Recife teve como característica fundamental a lógica da apropriação do solo pelas camadas mais abastadas, originando verdadeiros "latifúndios urbanos". O aterro dos alagados pelas camadas de baixa renda, nas áreas do centro, onde a terra firma era escassa, foi outro traço marcante do crescimento da cidade. Com a transformação na estrutura social e econômica da zona canavieira, provocada pela industrialização do açúcar, boa parte da mão-de-obra foi obrigada a migrar para a capital em busca de emprego. Tais fatores determinaram um crescimento populacional desequilibrado, o que, agregado à falta de políticas públicas que atendessem à demanda habitacional, intensificou a ocupação do solo urbano de forma desordenada." OLIVEIRA, Flávia Gomes e Silvana. Coelhos, Mustardinha e Entra a pulso: três histórias de resistência e luta pela moradia no Recife. Prezis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.41.

desconhecidos; apenas alguns exemplos de atividades cooperadas merecem destaque no século XIX na oferta da moradia, como é o caso do Recife e Rio de Janeiro.⁹⁰

Em verdade desconhecíamos a prática de políticas urbanas, moldadas muito mais na realidade de centros já consolidados como excelência no urbanismo e em mecanismos básicos de desenvolvimento, como o controle de saneamento e a prevenção do adensamento populacional.

Ao observarmos o cenário social brasileiro teremos também oportunidade de conhecer a evolução de nosso sistema legislativo em matéria de política urbana, pois de plano perceberemos qual o tratamento conferido pelo legislador brasileiro na questão urbana.

O direito brasileiro apenas inicia o disciplinar da matéria com conteúdo social direto no século XX, pois anteriormente apenas tivemos conhecimento da questão urbana voltada para a realização de obras viárias e o implemento de algumas obras de destinação pública; contudo, apesar da destinação coletiva, não encontramos

⁹⁰ A legislação imperial previu em algumas cidades brasileiras a formação de cooperativas habitacionais lastreadas pelo crédito de comerciantes e pelo próprio fisco, de modo incipiente. Algumas destas iniciativas não obtiveram êxito em virtude da dificuldade de manutenção de crédito e da falta de lastro público." O interesse pela habitação no próprio Império ocorreu em determinadas regiões. Daí surgiram as primeiras medidas a respeito do assunto em 1870, pelos Decretos Imperiais 4.461/1870, 4.784/1871, 5.216/1873, 5.084/1872 e 5.094/1872, e o primeiro concedeu autorização a um particular, a Antonio de Castro Lopes, para incorporar uma companhia então denominada "Empresa Predial", cujo objetivo social era o adiantamento de recursos no mercado acionário para financiar empréstimos imobiliários. Posteriormente, o terceiro decreto datado de 1873 autorizou a empresa de Antonio de Castro Lopes a operar com crédito real, notadamente com empréstimos, utilizando recursos captados por meio da emissão de letras hipotecárias de longo prazo, sendo o primeiro decreto no Brasil a tratar das letras hipotecárias. A partir desse momento, notou-se uma forte intervenção governamental necessária, tal como ocorreu no Recife, quando surgiu o quarto decreto, que tratava da incorporação da Associação Popular Cooperativa Predial do Recife, que, por meio do recebimento de mensalidades dos associados, pretendia adquirir imóveis e terrenos, cujo usufruto reverteria, mediante sorteio, aos próprios cooperados." SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.49-50.

a execução de planos de habitação diante do lento, porém nítido crescimento da população brasileira nas capitais.

Nossa evolução constitucional recebeu desmedida influência do liberalismo europeu, norte-americano e inglês, de modo que não há muitas surpresas quanto à mentalidade reinante em nosso meio jurídico durante todo o século XIX, apenas existindo grandes mudanças no século XX com a recepção da funcionalização da propriedade, conforme o quadro abaixo:

Constituição	arts. referentes	Conteúdo destacado
1824	179	Individualismo liberal extremo
1891	72	Individualismo limitado (d. administrativo)
1934	113, n.17	Limitações de maior magnitude à propriedade; recepção da funcionalização da propriedade
1937	122	Lei ordinária tratou da matéria por delegação
1946	16, 45, 141, 146, 147	Função social da propriedade ganha destaque; debate do princípio da previdade no direito constitucional e administrativo na doutrina de Pontes de Miranda.
1697/69	153, 22	Mero avanço lingüístico
1988	5, XXII, XXIII, 22,II, 156,1,170,III,182,183,184,186,243	Reconhecimento pleno do instituto e reflexos em diferentes ramos: preocupação ambiental, desenvolvimento social e econômico.

Com o advento do regime republicano e o ocaso do período escravocrata, observamos no Brasil a demanda constante por habitações no meio urbano e o paulatino abandono do meio rural como centro da moradia brasileira; a realidade agrícola dará lugar às atividades industriais, responsáveis em algumas capitais pelo processo de urbanização nos conglomerados urbanos.

No Recife, vários bairros surgiram da migração rural-urbana⁹¹ e da incipiente atividade industrial notadamente no ramo da tecelagem, da olaria, da

⁹¹ Dado comum no crescimento de inúmeras cidades brasileiras entre o final do século XIX e primeira metade do século XX, foi o movimento migratório rural-urbano como resposta do gradativo processo de industrialização e absorção da mão-de-obra então existente. O trabalhador do campo lentamente

fundição e posteriormente com a utilização dos serviços públicos coletivos, tais como os transportes, ainda que incipientes, o fornecimento de gás e a energia elétrica e a água, pois vilas inteiras foram formadas em nossa capital com o concurso de grandes parques fabris.

Cada centro brasileiro possui sua peculiaridade quanto ao seu surgimento e revela traços flagrantes do seu traçado urbano, como o Recife que tomou o rumo do litoral para o interior e fomentou a chegada de famílias inteiras do meio rural notoriamente falido para que mudassem radicalmente de atividade econômica.

Outro dado de igual importância a destacar constitui a inexistência de qualquer mecanismo padronizado de controle da expansão urbana em boa parte das capitais brasileiras, dado ressaltado ainda mais com a esporádica evolução de alguns

mudaria de atividade em busca de melhores condições de vida e participaria, na maior parte dos casos, da estratificação social visivelmente delineada na distribuição do solo urbano: “ O crescimento acelerado dos aglomerados deve-se a dois fatores: a) o aumento das taxas de crescimento natural, tanto urbano quanto rural; b) a migração rural-urbana. O primeiro fator é primordialmente uma consequência da diminuição da taxa de mortalidade, provocada pela difusão súbita dos avanços da medicina. A taxa de natalidade é elevada pela estrutura da idade da população, particularmente jovem, como é normal numa situação de explosão demográfica. Mas o fenômeno essencial que determina o crescimento urbano é o das migrações. A fuga para as cidades é, em geral, considerada muito mais como o resultado de um *push* rural do que de um *pull* urbano quer dizer, muito mais como uma decomposição da sociedade rural do que como expressão do dinamismo da sociedade urbana. O problema é saber a razão pela qual, a partir da penetração de uma formação social por uma outra, irrompe um movimento migratório, quando as possibilidades de emprego urbano são muito inferiores às dimensões da migração e as perspectivas de nível de vida são bem reduzidas. Com efeito, se a renda urbana por cabeça, apesar de fraca, é em geral mais elevada que o lucro rural, a capacidade de consumo real diminui muito nas cidades, na medida em que o consumo direto de produtos agrícolas se torna raro e que toda uma série de novos tributos se soma ao orçamento (o transporte em particular), sem considerar o consumo supérfluo induzido por uma economia de mercado em vias de afirmação. (...) Como a migração para a cidade é o produto da decomposição das estruturas rurais, é normal que ela não seja absorvida pelo sistema produtivo urbano e que, conseqüentemente, os migrantes só se integrem parcialmente no sistema social.” CASTELLS, Manuel. A questão urbana. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.85-87.

centros populacionais como é o exemplo da região Norte com Manaus que conheceu a extrema precipitação urbana com o famoso ciclo da borracha.

Na cidade do Recife, objeto geográfico direto da tese ora elaborada, podemos observar nitidamente a inexistência por um largo período de um plano geral de expansão urbana, constituindo o que costumamos denominar de política do “anarquismo urbano” consistente em uma imensa distância do administrador municipal em conhecer dos problemas urbanos e efetivamente combatê-los ou ao menos amenizar os seus efeitos danosos, como por exemplo: o combate ao processo de favelização, a contenção das construções irregulares tanto no setor doméstico como no industrial, a grave e drástica problemática da destinação do lixo nas metrópoles e outras formas de poluição em geral.

Por tais razões percebemos com clareza que a exclusão social e o tema do urbanismo andam em conjunto na realidade brasileira e explicam nitidamente um dos maiores fatores de fomento à marginalização e violência sociais, pois a negação das garantias fundamentais contidas em uma Constituição ocorre justamente pelo comportamento omissivo quanto ao oferecimento de bens e serviços essenciais ao ser humano, dentre os quais não podemos retirar o direito à moradia, reiterado na Emenda Constitucional nº 26/2000.

3.2. Instrumentalidade do direito de propriedade: a promoção da dignidade e a vinculação da função social da propriedade urbana.

Discorrer sobre a promoção da dignidade humana (entendida aqui como a expressão de respeito às garantias fundamentais do ser humano, inerentes à sua sobrevivência, desenvolvimento físico, social e cultural) em um país onde inúmeras localidades nos centros urbanos encontram-se abaixo dos índices mínimos de desenvolvimento humano (IDH) reconhecidos pela ONU, consiste uma tarefa extremamente essencial à compreensão da realidade social quase sempre afastada dos debates mais severos nos meios acadêmicos e principalmente na realidade forense nacional. Qual a razão de afirmarmos que a promoção da dignidade humana está diretamente vinculada ao princípio da função social da propriedade urbana?

O direito à moradia, antes de qualquer discussão infrutífera sobre sua natureza e pertinência setorial nas Constituições, revela nítida estrutura de mandamento essencial à consecução de fins humanitários de primeira necessidade, apresentando, portanto, estrutura de típico direito fundamental.

Nada mais desnecessário do que o debate meramente doutrinário sobre a verdadeira natureza do direito à moradia, se social ou fundamental, sem a menor previsibilidade de execução de políticas públicas emergenciais contra o déficit habitacional em nosso País.

A tutela da moradia representa passo indispensável na salvaguarda dos direitos humanos de terceira geração ou dimensão.⁹² Certamente não poderemos

⁹² Não há razão para termos receio em afirmar da plena inserção da moradia no elenco dos direitos humanos. Pouco interessa, na crucial realidade que assistimos de negação a este direito essencial ao

explicar tal argumentação se abandonarmos a realidade hermenêutica brasileira quando sob a ótica de uma interpretação literal e abusiva costumamos encontrar verdadeiras negações à Constituição Federal explicadas, dentre outros motivos, pela falta de compromisso social das interpretações exaradas do atual Poder Judiciário brasileiro e também de açodada doutrina nacional, pois a aplicação normativa no Brasil quase sempre é precedida da indagação de crédito ou descrédito a determinado texto.⁹³

Ao continuarmos a insistir que direitos e garantias fundamentais como mecanismos de promoção da cidadania plena dependem visceralmente do surgimento de normas ordinárias ratificadoras dos dispositivos constitucionais estaremos diretamente retardando o processo evolutivo do direito pátrio e concomitantemente

ser humano, continuar discutindo a natureza do direito à moradia: se fundamental ou social. A categorização da moradia como direito humano já é suficiente para perseguirmos a aplicabilidade de seus comandos imediatamente, consoante disposição do art. 5, §2º da Constituição Federal de 1988: "Com a Constituição Federal de 1988 – a Constituição cidadã – o Brasil incorporou como princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. Vários documentos legais e normativos, especialmente os tratados internacionais, enumeram os direitos da pessoa (...) É importante ressaltar que não existe hierarquia entre os direitos humanos. Nenhum é mais importante que os outros. E todos deveriam estar à disposição da pessoa humana, independentemente de raça, cor, etnia, gênero, crença, nacionalidade ou qualquer outro fator. (...) O direito à moradia vai além do direito de ser proprietário de uma casa. Pode-se dizer que a pessoa tem uma moradia digna quando estão contempladas condições decentes nos aspectos físico, econômico e social. Tais condições traduzem-se em infra-estrutura mínima, com abastecimento de água, energia elétrica e saneamento. Além disso, devem ser garantidos o acesso à saúde, à educação e aos serviços públicos em geral, como transporte, coleta de lixo, iluminação pública, lazer, segurança etc. (...) A inadequação da moradia se dá pela ausência de algumas ou de todas essas condições citadas. Também colabora com a inadequação o adensamento excessivo, com a presença de várias pessoas em um mesmo núcleo habitacional, ou até mesmo em um só dormitório. A precariedade das instalações físicas da casa, como a ausência de banheiros, é um agravante." VERÇOSA, Fabrício. Moradia é um direito humano. Preços em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.55-56.

⁹³ Infelizmente não podemos negar a cultura de desprezo pelas instituições brasileiras e muito menos pelo descaso generalizado ao cumprimento da legislação tanto na iniciativa privada quanto no próprio bojo da Administração Pública: "Somos um país de leis que "pegam e das que não pegam". Será que o Estatuto da cidade vai pegar? O princípio da função social da cidade e da propriedade privada da terra efetivamente resultará na adoção pelas prefeituras de um novo padrão de política urbana fundada na justiça distributiva? Responder a estas questões implica refletir sobre os desafios a serem enfrentados na adoção do Estatuto da cidade, decorrentes das transformações da questão urbana brasileira neste quadro de mudanças que atravessamos, no qual observamos: (I) a emergência de novas forças e novos atores reivindicando a integração no que chamamos "poder urbano corporativo", (II) ao mesmo tempo em que as conseqüências sociopolíticas e socioterritoriais da globalização e da reestruturação produtiva destituem amplas parcelas da população da capacidade de se constituírem em atores da política local (...)" RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade. (org) Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.11.

assegurando a inaplicabilidade da Constituição perante alguns casos práticos, tais como as situações dos municípios dispensados pelo legislador constituinte de editar plano diretor nos casos onde sua população seja inferior a 20.000 (vinte mil) habitantes.

A indagação seria a seguinte: Enquanto não conhecíamos o chamado Estatuto das Cidades (Lei ordinária nº 10.257/2001) estava a Constituição Federal de 1988, em matéria de efeitos punitivos ao proprietário omissor ou mesmo ao administrador inerte, fadada ao talante do legislador para surtir efeitos? Defendemos a resposta negativa para tal questionamento.⁹⁴

Ou, em outras palavras: Contempla a Carta de 1988 hipótese de inaplicabilidade à realidade social não se prestando a resolver o problema da exclusão social em matéria de déficit habitacional no Brasil?⁹⁵

⁹⁴ Aceitar o dado da impossibilidade de aplicação de penalidades contra a omissão estatal ou mesmo do sujeito de direito particular, no cumprimento da função social da propriedade urbana, antes do advento do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) seria negar em absoluto a utilidade das normas internacionais ratificadas pelo Brasil em todo o século passado (XX) e, de igual modo, conceder automaticamente o aval para o completo desatendimento das políticas públicas mínimas garantidoras, por exemplo, do direito à moradia como ponto crucial da questão urbana. A Constituição Federal, ao asseverar o reconhecimento dos instrumentos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil, afirmou a força dos direitos fundamentais, consubstanciados ora em prestações sociais, ora na tutela personalíssima cujo objeto atinge o problema da falta de moradia no cenário nacional: “Efetivamente, quanto ao direito à moradia, é necessário frisar que no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Decreto 591, de 06/07/1992, os direitos previstos no art. 25 da Declaração Universal passam a ter tratamento mais específico. Com efeito, no seu art. 11 existe expressa responsabilização do Estado de promover e proteger esse direito, pois esse reconhecimento implica, necessariamente, proteção, preservação e compromisso do Estado, já que o Brasil ratificou não só o referido Pacto, como também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no ano de 1992, por meio do Decreto 592, 06/07/1992. Dessa obrigação legal decorre que, no caso do direito à moradia, não há necessidade de que a norma constitucional determine sua efetivação, para que se possa justificar a responsabilização estatal, não havendo, pois, necessidade de dirigir-se ao legislador com uma imposição permanente e concreta, como ocorre com o inciso I do art. 208 da CF. O direito à moradia torna-se um exercício que deve ser naturalmente protegido e efetivado pelo Estado, independentemente de norma infraconstitucional ou constitucional, já que decorre de um estado de necessidade do indivíduo e, em contrapartida, de um dever legal assumido pelo Estado Brasil, inclusive perante organizações internacionais.” SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.259-260.

⁹⁵ Tal indagação surge diante da usual prática hermenêutica brasileira de condicionar os comandos constitucionais à produção generalizada de normas ordinárias. Ora, a Constituição precisa de regulamentação em alguns temas para melhor atingir seu desiderato, conduto, nem todos os direitos

Ora, aguardamos longo período desde a tramitação do Estatuto das Cidades nas Casas Legislativas até o ano em curso, quando finalmente veio a lume a referida norma ordinária, ou seja, mais de uma década no aguardo de uma lei que viesse a complementar a Constituição e agora percebemos que não deveria ser este o caminho adotado, em virtude do próprio Estatuto das Cidades conferir ao Poder Municipal aquilo o que exatamente previa a Constituição de maneira clara e objetiva.

Será que repetimos o consagrado dispositivo constitucional e não conseguimos conferir efetividade ao preceito defendido, em função da prática de hipervalorização das normas inferiores à Constituição Federal.?

Com efeito, dispõe a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I - com mais de vinte mil habitantes;
- II - integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III - onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV - integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

nela presentes carecem de produção legiferante inferior. Não queremos com isso afirmar que a Constituição baste em si mesma para todos os assuntos, mas, em determinadas áreas de garantias individuais não há dependência visceral da norma constitucional em relação às leis ordinárias: “ Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. (...) Essa visão, talvez, cause a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria auto-suficiente da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php.p.12-13>. Acesso em 15/09/2005.

Diante da regra acima contemplada qual a solução para o Município que não possua população superior a 20.000 habitantes (onde a adoção do Plano diretor é facultativa) e que queira implementar as sanções previstas no art. 182, §4º da Constituição Federal?

De igual modo, perdura a indagação quando deparamo-nos com a seguinte situação: a omissão do Poder Legislativo Municipal pode representar óbice ao cumprimento constitucional?⁹⁶

Devemos ter sempre em mente que as disposições contempladas por uma norma ordinária não podem representar obstáculo à consecução dos fins almejados pelo legislador constitucional e muito menos acreditar que os comandos insertos na Carta Magna de 1988 não têm destinatário certo e determinado, resultando em normas desprovidas de interesse prático, pois a diretriz de cumprimento do princípio

⁹⁶ Nada mais absurdo e incompatível com a ordem preconizada na atual Constituição defender a idéia de que a aplicação das penalidades em matéria de uso indevido da propriedade privada estaria condicionada à edição de norma ordinária: “No art. 182, § 4º, a Constituição atual estabeleceu um sistema punitivo para o não-uso ou mau uso da propriedade, graduando as sanções aplicáveis em penas sucessivas. Mas mesmo como forma punitiva o artigo preserva na essencialidade o pleno respeito à propriedade privada e não abre brecha alguma a qualquer contestação àquele conceito, ritualmente erigido como altar supremo das crenças jurídico-sociais brasileiras pelos donos do poder, no curso todo da história. O artigo ficou, porém, congelado, pois, embora respeitando a propriedade como conceito, universalizada, admite sanções contra eventuais propriedades concretas, individuadas. E o congelamento se fez com inadequado fundamento jurídico. Com a alusão feita no texto à lei federal, desenvolveu-se a tese de que, não sendo editada, em matéria de solo urbano, a dita lei, o artigo não poderia ser aplicado. Essa interpretação não levou em conta a delimitação constitucional das competências institucionais, nem, conseqüentemente, o fato de que a matéria cabível na lei federal prevista no corpo do artigo não pode interferir com o poder municipal de promover o “ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (Constituição Federal, art. 30, VIII). Sobrou como ganho efetivo o usucapião especial urbano, de utilização independente da vontade do poder público, ficando ele, entretanto, limitado à prática individual das pessoas, pois não vem tendo uso coletivo, modo pelo qual melhor atenderia à regularização de áreas ocupadas por pessoas de baixa renda ou nenhuma renda. No modelo constitucional, houvesse boa vontade de juízes e tribunais, caberia sem agressões à racionalidade jurídica institucional, a partir da composesse, a prática coletiva.” BALDEZ, Miguel Lanzellotti. A luta pela terra urbana. In. Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade. (org) Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.87-88.

ora debatido, pertencente à ordem econômica (art.170,III da CF 1988) corresponde exatamente à uma atitude mista entre Estado e proprietário e não mais uma mera limitação atendendo aos reclamos preconizados inicialmente por Léon Duguit no século XX. No Recife, a ordem cronológica do movimento social urbano pode ser resumida da seguinte forma:⁹⁷

1960	Luta social nos bairros. Movimento em defesa da moradia. Processo migratório.
1970	População urbana: 55,9%. População rural: 44,1%.
1977	Aprovação da primeira lei federal sobre desenvolvimento urbano. Visão tecnocrata.
1980	Reabertura política. Articulação em busca da reforma urbana.
1982	CNBB: solo urbano e ação pastoral. Debate sobre especulação imobiliária.
1983	Projeto de Lei 775/1983 contra especulação imobiliária. LUOS. Lei n. 14.511/1983.
1986	Movimento nacional pela reforma urbana. Luta nacional pelo direito à cidade.
1987	Lei do PREZEIS. Lei n. 14.947/1987. Emenda popular pol.urbana. Capítulo da CF 1988
1988	Aprovação da Constituição Federal, resultando os mov. urbanos nos arts. 182 e 183.
1989	Projeto de Lei 181/1989. Bases do Estatuto da cidade.
1990	Projeto de Lei 181/1989 aprovado sob n. 5788/90.
1991	Plano Diretor do Recife: Lei n. 15.547/1991 reafirma o PREZEIS inst. Política urbana.
1992	Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU)
1993	Fundo Municipal do PREZEIS. Projeto da Lei n. 15.790/1993.
1994	Lei n. 15.790/1994. Instalação do CDU – Conselho de Des. Urbano.
1995	Lei n. 16.113/1995. Aprovação da Lei do PREZEIS.
1996	Eleição direta representantes comunitários. COMUL. Nova LUOS. Lei n. 16.176/1996.
1997	Regimento interno do PREZEIS. Lei n. 17.595/1997.
1998	Projeto de Lei 5788/90 examinado pelas seguintes Comissões: DC,MAM,DU,CJ.
2000	Inchaço urbano. População urbana: 81,2%. População rural: 18,8%.
2001	Estatuto da Cidade. Lei Federal n.10.257/2001.

3.3. Disciplina urbanística na Constituição Federal de 1988: ordem econômica versus ordem social: antinomias de normas constitucionais?

As disposições inauguradas com a Carta Política de 1988 traduzem a necessidade de uma grave mudança de pensamento, haja vista a implementação do princípio da função social (acolhido desde a Carta de 1946) com novos contornos

⁹⁷ Vide a presente coleta de dados in: ALVES, Mércia. PREZEIS: A luta social por uma política urbana

refletindo direta e intensivamente na esfera econômica retratando mais fielmente a questão do “conteúdo mínimo da propriedade” interpretado por alguns como limite máximo de implicação do dirigismo estatal na esfera privada⁹⁸.

Entretanto, não podemos concordar com tal discurso uma vez que a atuação do Estado fiscalizador do cumprimento integral da vontade constitucional coletiva, ou seja, o limite de atuação do Estado como fiscal da atividade privada persiste até o exato momento do exercício regular de um direito e de fundamentalmente os deveres inerentes ao exercício do direito de propriedade.⁹⁹

inclusiva. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005.p.6-7.

⁹⁸ Não mais se admite o conteúdo do princípio com mero conteúdo limitativo e sim com caráter participativo, ou seja, exige-se um comportamento comissivo do titular de direito real para que cumpra a função social do bem imóvel: “ Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, (art. 2.Const), o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.” PERLINGIERI, P. Perfis do Direito Civil. introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.226.

⁹⁹ No Brasil ainda é comum creditar extrema força para os diplomas normativos subordinados à Constituição Federal e atribuir-lhe efeitos não muito práticos, resultando quase sempre prejudicada a estrutura da norma fundamental, dado este poucas vezes percebido pela doutrina nacional: “ Tal perspectiva, todavia, encontra rígido obstáculo no operador do direito. Os civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo. A prioridade a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são proposições que se revelam mais que inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, incorrendo no freqüente erro de ler a Constituição à luz do Código, ao invés de ler o Código à luz da Constituição; a segunda, “herança da concepção tradicional”, não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito.” TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.276.

De modo que não pode representar uma redução aos poderes quantitativos do direito de propriedade, mas uma conformação com a vontade coletiva diante de possíveis divergências entre os interesses não proprietários, protegidos também pelo legislador constituinte.

As bases do que denominamos de “dirigismo urbanístico” encontramos justamente no papel intervencionista que o Estado não pode delegar na atividade de ocupação¹⁰⁰ e o efetivo uso do solo urbano pelo proprietário para que possa implementar a participação do homem nos processos de alteração da qualidade de vida e de mobilidade social, restando ao direito o papel de não apenas limitar o conteúdo da propriedade no âmbito econômico, mas de regular necessariamente sua destinação para o futuro, consoante quadro a seguir:

¹⁰⁰ Compreender o conteúdo mínimo do direito de propriedade exige ainda uma visão sobre a ruptura entre os antigos postulados individualistas e liberais nos quais foram forjados quase todos os monumentos legislativos de época, notadamente no século XIX e a moderna concepção das limitações ao proprietário: “ A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma minipropriedade, como alguém com fina ironia, a cunhou, mas ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada “ se non costruendo in una endiadi le situazioni Del proprietario e dei terzi”. Assim considerada, a propriedade deixa de ser uma ameaça e transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional.” TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.286.

<p align="center">REALIDADE BRASILEIRA: Anarquismo urbanístico</p>	<p align="center">BASES DA NOSSA TESE: dirigismo urbanístico</p>
<p>Uso predatório da propriedade urbana descumprindo a função social por omissão e comissão e impedindo a sustentabilidade ambiental. Mentalidade jurídica predominante: conservadorismo clássico dos direitos reais sem a preocupação ambiental. A propriedade dificilmente cumpre sua função social e, quando muito, limita-se tal questionamento à satisfação das imposições tributárias como é o caso do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU.</p>	<p>Uso racional da propriedade urbana cumprindo a função social e permitindo a sustentabilidade ambiental.</p>
<p>Anarquismo urbano: situação prática real onde a anomia e a negação às normas constitucionais existentes constitui a regra. Da anarquia urbana participam o ente público (administrador omissor na fiscalização dos imperativos da função social da propriedade urbana) e o titular de direitos privados. Aceita a teoria da pré-ocupação de C. Demolombe no Direito Civil, elaborada em 1860, lastreada na legitimação do uso da posse pelo princípio da anterioridade da ocupação, autorizando a convivência conflitante de atividades incompatíveis como a industrial e a residencial.</p>	<p>Dirigismo urbanístico: conjunto de medidas de caráter extrajudicial e judicial destinadas a promover a adequação e distribuição do solo urbano, implementar a continuidade dos programas de moradia para a população de baixa renda e o enfrentamento da ociosidade em matéria do uso da propriedade. Repele a teoria da pré-ocupação em nome do interesse público.</p>
<p>Omissão direta quanto ao uso do solo urbano e/ou equipamentos urbanos, tais como: transporte de boa qualidade, escolas, creches, postos de saúde, hospitais, ruas, praças, parques etc.</p>	<p>O Estado controla diretamente o uso do solo urbano e não hesita em aplicar punições ao proprietário omissor, nocivo ou especulativo.</p>
<p>A Administração não interfere nas questões urbanas e não aplica punições em respeito ao dogma da propriedade.</p>	<p>A administração interfere diretamente nas questões urbanas e abandona o dogma da propriedade privada.</p>

3.4. Estatuto da Cidade: aparente constitucionalização do direito civil ou efetiva promoção da cidadania?

Teria a Lei nº 10.257/2001 o condão de promover a efetivação da cidadania na realidade brasileira, ou estaríamos diante de um quadro de absoluto descrédito para com a regulamentação constitucional?

O cenário político-social onde contemplamos a inserção do Estatuto da Cidade representa a negação de premissas indispensáveis à promoção de qualquer conceito de cidadania; logo, nosso maior problema será o da aplicabilidade de alguns dispositivos que dependem da vontade do administrador municipal ou do legislador municipal para surtirem efeitos, dado este por nós refutado em função de não creditarmos maior força normativa a uma lei ordinária do que à própria Constituição.

Dentre todas as teses possíveis de responsabilização estatal na negação da cidadania pela questão urbana, a da omissão legislativa pode dificultar consideravelmente nossa tarefa. De qualquer modo, lembremos que a Constituição não contempla hipóteses de dispositivos inúteis e para tanto deveremos conferir a exata importância ao seu conteúdo principiológico se quisermos defender a efetividade da função social da propriedade urbana e a ação estatal fiscalizadora e preventiva no sentido de patrocinar a distribuição de serviços e equipamentos urbanos.¹⁰¹

¹⁰¹ Não se pode mais imaginar uma sociedade sem controle normativo preciso no que tange à exploração dos recursos econômicos, pois a ciência jurídica não mais ignora o problema do crescimento das cidades, constituindo ponto chave na discussão da qualidade de vida e gestão democrática dos espaços: “ A legislação urbanística deve proporcionar aqueles instrumentos que as autoridades públicas necessitam para controlar o processo de uso e desenvolvimento do solo, criando direitos, obrigações e responsabilidades tanto para os agentes privados quanto para os agentes públicos. Entretanto, apesar da dimensão tecno-administrativa que obviamente implica, o processo de planejamento urbano deve ser visto como um importante processo sócio-político, no qual participam diferentes interesses de diversos grupos sociais. Acima de tudo, a busca do planejamento de uma certa qualidade de vida – “ o conceito de cidade” – em um meio sócio-cultural dado, é um critério político.” FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.222.

Resta claro que o maior partícipe e destinatário vinculado dos comandos constitucionais encontramos no administrador municipal em virtude da obrigatoriedade da existência dos planos diretores para a elaboração dos parâmetros de cumprimento daquele dever (dever de uso regular da propriedade); entretanto ainda é de uso corrente entre nós fazer menção à omissão legislativa como fonte exclusiva da responsabilização estatal no trato da matéria.

Convém ressaltar que a Constituição não deve contemplar obstáculos aos seus desígnios máximos, tais como a promoção da melhoria da qualidade de vida em geral, de forma a salientarmos que a ausência de Planos Diretores não poderá constituir óbice à implantação do princípio da função social da propriedade no meio urbano, pois desde o momento em que a norma é redigida está gerada a vinculação do legislador e do administrador municipais, ensejando nítida hipótese de reivindicação no caso concreto.¹⁰²

A necessidade de uniformização para as políticas urbanas é latente, todavia não podemos concordar que o papel conferido ao Estatuto das Cidades possa ser condicionado à atuação do administrador municipal de modo a ser criado um ambiente de frustração quanto à edição de uma norma sem efetividade.

¹⁰² A vinculação do administrador ou legislador brasileiros está presente em nosso cotidiano, como bem afirma a doutrina nacional: “ Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, ficou silente na formulação do seu art. 5º, §1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.p.322.

Com a edição da Lei nº 10.257/2001 presenciamos a ocorrência de dois efeitos objetivos e, em certo ponto, contraditórios quando confrontamos as regras insculpidas nos arts. 3º, 5º, 7º e 8º, colidindo ao menos de maneira aparente a obrigatoriedade de efetivar a política urbana com a execução de programas de moradia popular e ordenamento geral do uso do solo com a aplicação das sanções previstas no art. 182, §4º da Constituição Federal de 1988, agora regulamentadas depois de longo período de descaso.

Lamentamos a inserção de ordem hierárquica de sanções aplicáveis ao proprietário omissivo na Constituição de 1988, posto que a omissão perpetrada terá prazo para ser amenizada com a apresentação de projeto de edificação e destino do espaço urbano e, apenas após a notificação municipal, na hipótese de persistir o comportamento omissivo do proprietário, teremos a incidência do parcelamento compulsório do solo (art. 5º, da Lei n. 10.257/2001), seguido da instituição da alíquota progressiva do IPTU e ultimando na extrema e tardia medida da desapropriação-sanção com o pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 (dez) anos (art. 8º, da referida norma).

Neste contínuo repetir dos ditames constitucionais, após longos 13 anos de tramitação da lei do meio ambiente artificial, poderemos presenciar estáticos o comportamento omissivo de proprietários de imóveis em áreas urbanas beneficiando-se do longo prazo para adequação das exigências pertinentes ao cumprimento da função social da propriedade.

Para os ardorosos e dogmáticos defensores da política urbana como norma constitucional programática, não há mais desculpas para eximir o Estado brasileiro de comportamento comissivo no intuito de executar ações aptas a promover o direito à moradia, de nítido contorno emergencial em nossa atual realidade, nascendo precisamente no comando deste preceito legal a imposição de conduta do administrador público concorrentemente.

Contrariamente a tese da programaticidade do direito à moradia, esposada por boa parte da doutrina nacional, sempre defendemos a oferta deste direito independentemente da edição de norma ordinária destinada a regulamentar a política urbana constante do já citado art. 182 da Carta Política vigente, adotando-se a força procedimental da própria Constituição Federal de 1988, em matéria de direitos fundamentais e reconhecendo sua limitação como aporte teórico para os debates constitucionais.¹⁰³

¹⁰³ A procedimentalização constitucional contempla inúmeras limitações de ordem política, jurídica, econômica, processual, ideológica, processual, dentre outras. Alguns temas são mais facilmente executáveis do que outros em virtude de sua carga prática. De qualquer modo, não podemos olvidar que a realização dos desígnios constitucionais demanda a reivindicação popular, a fiscalização ministerial do *parquet*, a atuação do Legislativo corrigindo as distorções açodadas das normas ordinárias e a própria intervenção do Judiciário, como debateremos em capítulo específico: “ O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização.” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.17. Acesso em 15/09/2005.

4. OMISSÃO ADMINISTRATIVA E DISFUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA: FUNDAMENTOS DO DIRIGISMO URBANÍSTICO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À EXCLUSÃO SOCIAL

4.1. Estudo dos fundamentos sociais de uma nova mentalidade no plano da responsabilidade civil estatal.

Sempre desejávamos estudar a temática agora sugerida no intuito de chamar a atenção dos juristas brasileiros para a gravidade e o perigo de irreversibilidade do problema apresentado, suscitando que o comportamento do administrador nacional consoante as regras do cenário econômico continuamente liberalista e a tese da dominação pela demanda da produção (Adam Smith), gera acentuadas atrocidades em termos de política urbana e expansão social das metrópoles, fundamentalmente pela omissão quando deveria agir em relação às garantias básicas e também quanto à eleição de prioridades na gestão orçamentária, como será discutido adiante em ponto pertinente à possibilidade de condenação da Fazenda Pública.

A concentração e imutabilidade do poder especulativo quanto aos bens imóveis, verdadeira moeda nas grandes metrópoles brasileiras, inviabiliza a realização de qualquer política de desenvolvimento urbano; seria infrutífero qualquer trabalho investigando tema análogo se não tivesse a preocupação de enfrentar a especulação econômica da atualidade que não difere muito da praticada há centenas de anos.

O conteúdo mínimo da função social pode ser visto sob duas grandes vertentes: a) as atitudes positivas que devem ser cobradas do administrador local e amparadas no expresse consentimento constitucional e legal, fiscalizando o uso do solo urbano e sua subutilização por particulares e sujeitos de direito público; neste

particular a realidade recifense não apresenta situação fática exclusiva, pois o problema deixou raízes em vários estados brasileiros e b) a promoção do direito à moradia como garantia fundamental.

Apesar da inserção de uma Carta Política extremamente aberta aos anseios e expectativas populares, não podemos esquecer que o mesmo texto constitucional também representa o somatório de interesses filosoficamente opostos; de um lado a livre iniciativa (sem conhecer freios) e de outro a necessidade de políticas sociais destinadas a diminuir as desigualdades calcadas no regionalismo econômico.

Ao intérprete da atual realidade compete conceber uma nova roupagem para as bases da disciplina responsabilidade civil do Estado quando o assunto a discutir é a omissão em promover a função social da propriedade e outros direitos sociais: devemos alertar que o conteúdo da norma constitucional é destinado, neste instante ao seu próprio criador, ou seja, a população é convocada a promover a função social da propriedade, mas o Estado é agente básico de fiscalização de tal preceito, uma vez que não há norma criada para não ter destinatário certo.

Não haveria sentido algum em concebermos uma norma destinada à boa vontade dos homens se em matéria de direito de propriedade sabemos da tendência a prevalecer a acomodação e a inexistência de qualquer resquício de mobilidade na estratificação social brasileira; ou seja, compete ao Estado promover a política urbana como fruto direto do direito urbanístico e viabilizar a mobilidade social fomentando a expansão urbana irrestrita e não a condicionando a determinadas áreas da cidade, como se pudesse justificar a alocação de recursos de forma discriminatória.

Mas a dotação de recursos orçamentários para áreas exclusivas de uma cidade consiste apenas uma das vertentes do problema enfrentado, notadamente pela ausência de norma específica em nosso ordenamento jurídico; podemos chegar a determinado dilema, qual seja: o que combater primeiramente em sede de responsabilidade civil do Estado: a omissão do administrador quanto á obrigação da execução de programas de moradia popular ou a omissão administrativa na fiscalização do uso predatório da propriedade urbana, inclusive pelo Poder Público.

As cidades litorâneas, como é a realidade do Recife, apresentam maior gravidade quanto ao problema, precisamente pelo contraste existente entre os chamados “bolsões de pobreza” e os “pólos de expansão econômica” e o mais grave de todos os dados consiste na falta de perspectivas atuais para reverter ou estagnar a situação; aceitando a estratificação de áreas no desenvolvimento urbano pratica o administrador flagrante discriminação quando pretere algumas regiões em detrimento de outras sem os benefícios mínimos na garantia da qualidade de vida.

Diante de tal quadro e realidade hostil como a da péssima distribuição da propriedade urbana, necessitamos de novos postulados para a responsabilidade civil do Estado, a saber: partir não mais do elo de efeitos existentes entre a conduta do agente (comissão ou omissão), mas debater o dever de agir como um dado primário, totalmente independente dos resultados da administração praticada e transpor um estágio incipiente da distribuição coerente da propriedade urbana fomentando a expansão rural (minimizando o êxodo rural cada vez mais gritante), uma vez que não se pode exigir que a população rural permaneça indefinidamente à espera de uma nova realidade social incerta e se faz legítima sua pretensão em buscar melhorias das

condições essenciais ao desenvolvimento humano, dentre as quais o direito à habitação exsurge; enfrentando tal realidade e buscando a efetivação do chamado conteúdo mínimo da propriedade¹⁰⁴ chegaremos à mudança deste perverso quadro social.

¹⁰⁴ O que deveremos entender filosoficamente como conteúdo mínimo da propriedade consiste justamente na irredutibilidade de um direito fundamental ao convívio social, inerente à condição humana: “ A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma minipropriedade, como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada “ se non costruendo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional. Se tais observações são verdadeiras, como parecem, redimensiona-se também o discurso sobre o “conteúdo mínimo da propriedade”, às vezes considerado como núcleo inatacável de poderes remanescentes, um verdadeiro confim além do qual o direito não poderia mais ser “violado”, ou “reduzido” pelo legislador ordinário. A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta.” TEPELINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.286.

4.2. Estudo da morosa constitucionalização de um direito civil estagnado: a lenta absorção da responsabilidade civil na temática da propriedade urbana.

Temos ciência que o tema enfrentado revela alguns obstáculos naturais, tais como: a adversidade e resistência doutrinário-jurisprudencial atual e a predominância de um pensamento econômico altamente prejudicado pelo liberalismo moderno, próprio do que se costuma chamar de “nova roupagem do conteúdo econômico do direito de propriedade”; a despeito de tais óbices e principalmente da resistência do Poder Judiciário (bem verdade que raríssimas vezes provocado), temos o intuito de advertir que a absorção da responsabilidade civil em matéria de direito à propriedade progredirá à medida em que iniciarmos o processo de renovação conceitual existente ainda no mundo doutrinário, apreciando de maneira mais próxima da realidade social as bases do princípio insculpido na Norma Fundamental de 1988 e sua múltipla aplicabilidade¹⁰⁵: interpretativa, integrativa, diretiva, limitativa e prescritiva.

No plano didático muitos estudos foram elaborados visando expressar um novo modelo de responsabilização das esferas públicas; entretanto, não se conseguiu, ainda, produzir reformas capazes de envolver as necessidades da população em

¹⁰⁵ Atualmente resta prejudicado o estudo da Responsabilidade Civil do Estado em matéria do descumprimento da função social da propriedade urbana em virtude de olvidarmos das diretrizes insertas no próprio conteúdo da expressão função social da propriedade como princípio consagrado constitucionalmente, dado importantíssimo na compreensão dos mecanismos de coercitividade contra a omissão estatal: “ Quanto ao aspecto funcional, o princípio da função social da propriedade desempenha satisfatoriamente todas as cinco funções já anteriormente assinaladas – isto é, interpretativa, integrativa, diretiva, limitativa e prescritiva -, todas elas compreendidas na função normativa. Ocupa espaço na interpretação não apenas nos casos em que a propriedade está diretamente vinculada à causa (a dúvida deve ser resolvida sempre em favor da situação que melhor atende à sua função social), mas muito mais naquelas demandas em que o interesse social deve prevalecer sobre o interesse do proprietário – v.g., meio ambiente, habitação, urbanismo etc. Como norma fundamental, serve para integrar todo o sistema jurídico de que faz parte, considerando que a arritmia legislativa cria sempre um quadro caótico no mundo jurídico, cabendo ao intérprete dar-lhe ordem e plenitude.” MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.p.65

todos os setores; notadamente foi dada ênfase entusiástica à realidade do dano moral (com o abandono das teorias negativistas após a Constituição Federal de 1988) e suas variadas conseqüências, olvidando-se de questões de extremo relevo, como a agora debatida.

Assim, revela-se a tese da responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento da função social da propriedade urbana como assunto propício à reformulação de idéias antes expostas convergentes para a responsabilização estatal em modelo objetivo lastreado em atos positivos; recordemos que o administrador em qualquer esfera que atue também responderá pela omissão, haja vista que a modalidade objetiva de responsabilização não olvidou o ato omissivo, restando-nos somente demonstrar com precisão a possibilidade de condenação do Estado por sua flagrante omissão¹⁰⁶ quanto à execução de programas básicos destinados a atender os direitos sociais, dentre os quais está situado o direito fundamental à moradia.

Não se pode isolar a incidência dos novos modelos de responsabilidade civil estatal (fundados na corrente objetiva) à mera reparação; em alguns estudos anteriores defendemos a aparição da teoria da responsabilidade civil preventiva e hoje expomos as bases da "responsabilidade civil promocional", destinada ao cumprimento

¹⁰⁶ Desde outros trabalhos acadêmicos desenvolvidos, nos quais ressaltamos a importância da pesquisa prática, empírica, percebermos a distância entre dados apontados pelas instituições oficiais e a realidade encontrada no cotidiano, sempre mais perversa, de modo que estamos cientes da distorção existente entre os dados demonstrados pelo último censo demográfico nos quais o Recife aparece em situação vexatória, mas muito amenizada no nosso entender: ' A pesquisa da ONU, na realidade, apenas combina dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), não fazendo levantamento próprios. E para determinar o índice de condições de vida, leva em conta 27 indicadores (nem todos ostensivos) que medem a situação educacional, moradia, esperança de vida ao nascer, mercado de trabalho e renda, entre outros. Afora os dados sobre mortalidade infantil (58 crianças de cada mil nascidas), que foram considerados exagerados, autoridades municipais concordaram com o resultado do PNUD. O IBGE constatou, no censo de 2000, a existência de 73 favelas na cidade, enquanto a Prefeitura dispõe de levantamentos definindo 403 áreas de pobreza no Recife. Somente em torno do bairro de Casa Amarela foram anotadas 103, cerca de 25% do total. JORNAL DO COMMERCIO. O Recife em números. Jornal do Comercio. Recife, 1º de abril de 2001. Opinião. p.8.

dos princípios constitucionais (dever de agir independentemente de reparação civil), para conferir mais uma possibilidade da promoção coercitiva das garantias individuais.

O modelo de responsabilidade civil do Estado apregoado ainda no século XX (no Brasil a partir da Constituição Federal de 1946 e reiterado na Constituição Federal de 1988) consagrou a separação da culpa e do risco e obteve êxito em despertar a consciência popular para a possibilidade de reparação contra qualquer abuso praticado no âmbito da Administração Pública. Entretanto, hoje não mais é suficiente tal estrutura ao ponto de precisarmos de mecanismos hábeis a combater a omissão do Estado quanto à oferta das garantias fundamentais (insculpidas nos direitos prestacionais, direitos promocionais ou direitos sociais), dentre as quais inserimos a idéia central desta Tese, qual seja: um novo modelo de responsabilidade civil destinado a não meramente reparar ou indenizar e sim condenar em atitude positiva o administrador para o cumprimento coercitivo de suas obrigações institucionais.

O direito urbanístico floresceu como temática recente em muitos países e o Brasil não haveria de ignorar por completo a realidade mundial; com o peso da legislação alemã e italiana sobre função social da propriedade muito foi debatido em torno dos limites e dos destinatários da norma constitucional, mas pouco ou quase nada foi levantado sobre a prática de tais direitos, notadamente quando sabemos que conglomerados urbanos são ainda formados sem o menor amparo estatal no tocante à organização e infra-estrutura, desprovidos de qualquer senso de dignidade em matéria

urbana, pois não basta distribuir o espaço urbano¹⁰⁷ sem regulamentar a ocupação do mesmo.

A promoção da responsabilização estatal representa um estágio concreto e dinâmico na garantia do cumprimento dos deveres públicos indissociáveis; fomentar tal discussão e demonstrar sua praticidade constituem dois pontos capitais com a hipótese levantada, ressaltando-a como um todo, nos moldes da Constituição Federal de 1988:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Ora, a competência versada no artigo acima mencionado da Carta Política de 1988 constitui matéria administrativa, ou seja, dever inafastável de agir do administrador de forma concorrente, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a promoção de políticas públicas de construção de moradias e a humanização das condições de vida (lastreadas na oferta condigna de saneamento básico e oferta de água potável).

Percebemos que a ausência de planos severos de regulamentação da questão urbana reside justamente na falta de provocação do Poder Público,

¹⁰⁷ A cena quase sempre se repete na realidade brasileira: o surgimento de moradias que não merecem este título em áreas periféricas desprovidas de equipamentos urbanos (entenda-se aqui como os serviços básicos presentes em uma cidade para oferecer condições mínimas de vida aos moradores: A impossibilidade de acesso à terra e à moradia urbanas pelos mecanismos de mercado gera grandes contingentes populacionais que têm na ilegalidade a alternativa para os assentamentos humanos. São ocupações espontâneas, vilas, favelas, cortiços e loteamentos clandestinos, aliados à autoconstrução de casa, que explicitam as precárias condições de habitabilidade, a degradação ambiental e a fragmentação do espaço urbano. OSÓRIO, Letícia Marques. A cidade informal e o novo Plano Diretor de Porto Alegre. In FERNANDES, Edésio. (org) Direito urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.p.169.

principalmente na esfera local, resultando na concentração dos elevados índices de miserabilidade apurada nos grandes centros urbanos da modernidade e corroborando o crescimento de marginalidade e exclusão social desenfreadas; a matéria em comento exige nova postura científica e realista, abalando-se frontalmente a inércia dos antigos conceitos do direito de propriedade, tarefa esta incumbida aos textos brasileiros influenciados pela Constituição alemã de Weimar em 1919.

Ainda entendem os administradores locais, haja vista o objeto do presente trabalho versar especificamente sobre a realidade urbana recifense, inexistir na Constituição Federal de 1988 norma precisamente definida capaz de suscitar seu dever de atender programas básicos de moradia e implantar condições mínimas de sobrevivência nas residências recifenses¹⁰⁸, dado que revela, além de desmedido engano, a gritante falta de compromisso com a evolução social por longas décadas, refletido principalmente na ausência completa ou quase completa de mecanismos públicos destinados a frear o processo gradativo de favelização instaurado na cidade do Recife e sua Região Metropolitana, situação responsável pelo triste quadro hoje apreendido no Recife, onde ainda percebemos a livre especulação imobiliária com áreas desocupadas e insalubres (do ponto de vista sanitário) durante longos anos desrespeitando notoriamente os preceitos constitucionais, ou seja, os proprietários particulares de lotes urbanos edificadas e não utilizadas ou mesmo não edificadas (no aguardo da especulação) e os proprietários de edifícios públicos também não utilizados não sofrem nenhum tipo de punição da administração local. Qual a distância

¹⁰⁸ É lamentável o quadro verificado na capital pernambucana em matéria do descumprimento da função social da propriedade urbana, além da RMR (Região Metropolitana do Recife):” entre 1991 e 2000, pelo levantamento do IBGE, houve um aumento de 717 no número de favelas em todo o Brasil. O País terminou o século 20 com um total de 3.905 aglomerados irregulares, 22,5% a mais do que no último estudo feito há quase 10 anos.” JORNAL DO COMMERCIO. Uma favela a cada 2,9 km². Jornal do Commercio. Recife, 14 de janeiro de 2001. Cidades. p.1-2.

entre a promoção das garantias fundamentais assegurada no texto constitucional e a influência dos fatores econômicos como empecilho na sua realização? Talvez estejamos diante de uma simples questão a resolver, entretanto, não temos autorização para abandonar dado tão crucial: os direitos e garantias fundamentais (conteúdo mínimo da função social da propriedade por exemplo) ainda são privilégio de poucos em nosso país.

O conceito de produção está atrelado à pequena propriedade, exigindo comportamento nítido e definido por parte do titular do domínio, consoante legislação agrária, mas a política urbana ainda carece de melhor aprimoramento em virtude da Constituição Federal traçar as diretrizes (ressalte-se que independentes da produção de normas inferiores hierarquicamente) do direito urbanístico, mas delegar aos municípios a função de controlar especificamente a fiscalização o verdadeiro e não aparente cumprimento do princípio¹⁰⁹ da função social da propriedade. Qual a razão para não se aplicar as imposições previstas no texto fundamental ? O conteúdo econômico da propriedade privada resulta hoje, no Brasil, de mera expectativa do capital imobiliário e guarda uma distância desmedida com a realidade pregada pela atual Constituição.

Reverter tal quadro constitui uma das propostas do presente estudo, mas demonstrar os mecanismos de combate à exclusão social aprofunda ainda mais nossa meta, inclusive a título conclusivo, testando as hipóteses e variáveis previstas na

¹⁰⁹ Constitui tarefa essencialmente simples qualificar o princípio da função social da propriedade e seu conteúdo, qual seja: A função social da propriedade não é senão o concreto modo de funcionar da propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições, obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, par satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada. MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999. p.111.

Constituição e promovendo o encaminhamento do direito urbanístico para conciliar as garantias civis asseguradas ao cidadão, mormente com as sanções constitucionais para o descumprimento da função social da propriedade urbana plenamente exigíveis de imediato; custa, portanto, compreendermos qual a razão dos planos diretores representarem óbice na execução de preceito autônomo como o retratado, visando a promover o cumprimento integral das funções das cidades apregoadas em vários textos internacionais, dentre os quais citamos: a Carta de Atenas de 1933¹¹⁰, a Conferência sobre urbanismo HABITAT II, dentre outros. Se o estudo do Plano Diretor da cidade do Recife e a atual Lei de uso e ocupação do solo (LUOS) são insuficientes para impor as penalidades constitucionais, indagamos: Não será possível concretizar o parcelamento compulsório e edificação, a incidência tributária progressiva e até mesmo a desapropriação com indenização em títulos públicos? Neste quadro social concentra-se nossa atenção específica: na Região Metropolitana do Recife (RMR) somamos 701 áreas de pobreza absoluta, onde quase 900.000 pessoas habitam em situação de risco, migrando, muitas vezes, do interior do Estado de Pernambuco em vista de uma “melhoria de vida” e formando conglomerados¹¹¹ disputados com os habitantes locais.

¹¹⁰ O direito urbanístico, nítida disciplina do século XX, congregou princípios e unificou as chamadas funções das cidades: "A função social da propriedade tem o condão de atender aos interesses do urbanismo, que se corporificam nas quatro funções que envolvem a vida humana dentro das cidades, de acordo com as conclusões da Carta de Atenas, firmada em 1933, porém importantes até os dias atuais, onde as "chaves do urbanismo se encontram nas quatro funções: habitar, trabalhar, recrear-se e circular", que em suma são os susntetáculos de um mais apurado bem-estar social." CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Organização da cidade. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.39

¹¹¹ Consoante dados divulgados em pesquisa pela FIDEM – Fundação de Desenvolvimento Municipal. “ As favelas já abrigam mais de 30% dos habitantes dos 13 municípios da Região Metropolitana do Recife (RMR). São quase 900 mil pessoas que enfrentam uma realidade pouco conhecida do restante da população, convivendo com problemas graves como a falta de saneamento básico e de segurança pública – dois fatores que, se não tratados devidamente, podem acabar funcionando como sentença de morte. A insegurança é um dos itens que contribui para dar ao Estado o título de campeão brasileiro em violência, segundo a UNESCO. Pernambuco também ocupa a terceira colocação no ranking da mortalidade infantil, em parte por conta da deficiência no abastecimento de água e de esgotamento sanitário.” Diário de Pernambuco. Favela: vidas à margem. Recife, 12 de novembro de 2000. Vida urbana. www.dpnet.com.br.

4.3. Bases jurídicas do “dirigismo urbanístico” para sanar o problema da exclusão social em matéria de propriedade imobiliária na cidade do Recife.

Desconhecendo a existência de qualquer trabalho envolvendo exatamente a responsabilidade civil administrativa por omissão¹¹², que diga respeito ao descumprimento da função social da propriedade urbana, (art. 182, §4º da Constituição Federal, de 1988), elaboramos a tese do dirigismo urbanístico, estimulando o trabalho empírico em torno de um dos mais graves problemas do cotidiano, chave para tantos outros, qual seja: a qualidade de vida dispensada para a maior parte dos habitantes da cidade do Recife, abordado sob a ótica do crescente processo de “favelização” e a ausência de uma política de urbanismo desde muitas décadas, sendo necessário alertar os juristas para a efetividade aos preceitos constitucionais trilhados nos arts. 5º, 6º e 182, §4º da vigente Carta Política.

¹¹² Quais os contornos da responsabilidade administrativa por omissão? Certamente não é das mais simples tarefas a tentativa de delineamento. Cercar a atividade pública e precisar a própria discricionariedade são passos fundamentais para respondermos a questão: “Assim, se dentre várias soluções possíveis discricionariamente o administrador preferir uma delas, a que com maior propriedade satisfaça a necessidade social emergente, omitindo-se nas demais com apoio no ordenamento jurídico, estará agindo o interesse público, primário e secundário, e inviável de qualquer controle externo. Agora, no caso de omissão pura e simples, não se trata de fato jurídico administrativo, nem de política pública, uma vez que não há qualquer apreciação de conveniência e oportunidade quanto à viabilidade ou a necessidade da prática do ato administrativo. Trata-se de mera situação de fato, diferentemente daquela em que a inação é precedida da análise discricionária do agente público. Nesta, toma-se posição em princípio possivelmente referendada pelo ordenamento jurídico, uma que lícito e admissível o exercício da liberdade de apreciação quanto à necessidade de se praticar ou não, e quando, determinado ato. Há, pois, um fato administrativo. Naquela, não há qualquer avaliação acerca da situação posta em concreto, não há exercício de discricção, mas inércia pura e simples, ora por descaso, ora pelas mais variadas razões, não raro eivadas de pessoalidade. Insta entretanto salientar que o princípio da eficiência, pelo qual a melhor solução deve ser tomada em direção ao interesse público, aliado à moralidade administrativa, à impessoalidade e à razoabilidade que devem pautar o cotidiano administrativo, não compactua com esse tipo de omissão. Se houver pura inércia ante os fatos de relevância social que demandarem providências concretas, omitindo-se o administrador sem qualquer justificativa, sem prévio juízo de valor acerca da necessidade, da forma ou do tempo em que será implementada a medida respectiva, maior a probabilidade de desatendimento do interesse público subjacente e, conseqüentemente, da incidência de controle externo, pelo Ministério Público ou pelo Judiciário.” GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003. p.88-89.

Para demonstrar o trato conferido pelo Poder Judiciário brasileiro à questão em foco cumpre salientar o papel desempenhado pela pesquisa jurisprudencial; de igual forma vale salientar a importância e imprescindibilidade da realização das pesquisas de campo em virtude da impossibilidade de averiguação de tais dados em outra fonte de consulta mais rica e detalhada, capaz de sobejamente comprovar os postulados da investigação a ser desenvolvida, além de facilitar a identificação das possíveis soluções para o problema em comento, merecendo a inclusão de fontes mais precisas oriundas do cotidiano das pessoas que vivenciam a perversidade do quadro social de gritante exclusão nas áreas periféricas da capital pernambucana.

Estando lastreado o dirigismo urbanístico no combate à especulação imobiliária positiva e negativa e à negação do direito sagrado de moradia, não seria desnecessário lembrar que o Recife merece uma reforma ampla em seu Plano Diretor e Lei de Uso e Ocupação do Solo, inclusive para uma adequação ao Estatuto da Cidade; não se pode deixar de salientar o papel importantíssimo da coleta de dados empíricos no intuito de fornecer cientificamente bases ao problema aqui delineado; ou seja, a observação da aplicação prática da legislação municipal e suas v sua proposta de reforma e os padrões de política urbana traçados pelo legislador constituinte).

O dirigismo urbanístico consiste na idéia de que o intervencionismo do Estado em matéria do cumprimento da função social da propriedade urbana configura-se inteiramente obrigatório, resultante de um dever social da execução das políticas públicas urbanas como fim maior do direito urbanístico, pois não se pode falar de

melhoria da qualidade de vida sem o controle direto da Administração Pública no crescimento das cidades.¹¹³

Assim, podemos perceber que os fundamentos de nossa tese estão lastreados na obrigatória e contínua participação do Estado como regulador da política urbana, tendo como principal responsável o Município sem, no entanto, excluir os deveres dos demais entes federados, nos termos do art. 23 da Constituição Federal de 1988 e do art. 3º da Lei nº 10.257/2001 que asseverou expressamente incumbir a todos os administradores em regime de federalismo de cooperação a correta aplicação de recursos públicos e a execução das políticas sociais.

Desde logo percebemos a necessidade de intervenções coercitivas por parte do Poder Judiciário contra as atitudes omissivas do Estado em regulamentar a política urbana ou mesmo em oferecer soluções alternativas para os problemas do atual cenário de descaso das capitais brasileiras.

O dirigismo urbanístico encontra respaldo na possibilidade jurídica de ser exigida atitude comissiva do administrador distribuindo corretamente o solo urbano (v.g. desapropriações por interesse social) ou mesmo provocando o legislador no preenchimento de eventuais lacunas que dificultem o processo de direcionamento das

¹¹³ No Recife encontramos inúmeras contradições facilmente explicáveis em matéria urbanística, dentre as quais citamos: a manutenção de áreas infra-humanas de habitação localizadas em bairros já desenvolvidos, a precariedade de serviços básicos de infra-estrutura em bairros antigos e densamente povoados e a reação do setor imobiliário contra a sustentação das chamadas ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social.” Vamos brigar. Querem acabar com uma de nossas maiores conquistas, mas não tirar nossos direitos assim”, avisa o presidente da Associação de moradores da comunidade de Entra a pulso, Lot Bernardino de Sena. Localizada numa das áreas mais cobiçadas de Boa Viagem, ao lado do Shopping Center Recife, a ZEIS conta com 8 mil moradores e 1.600 casas, distribuídas em 2,6 quilômetros. Pequenos barracos, de até 18 metros quadrados, fazem o contraste com prédios luxuosos.” DIARIO DE PERNAMBUCO. Moradores de ZEIS temem ser expulsos com as alterações. Diário de Pernambuco. Recife, 19 de março de 2000. Vida urbana. p.C9.

sanções constitucionais (amplamente colocadas como maior desafio a vencer por parte dos Prefeitos brasileiros).

Em uma mesma situação jurídica encontramos a omissão legiferante e a obrigatoriedade executória, como nos casos em que determinado município não edita Plano Diretor ou naqueles em que mesmo desobrigado pela Constituição vigente pode ser instado a adotar medidas práticas para definir quais os padrões de atendimento da função social da propriedade urbana, nunca se olvidando do fato da obrigatoriedade do mandamento constitucional para todas as localidades urbanas, com mais de 20.000 ou menos habitantes.

O Estatuto da cidade trouxe em seu art. 3º a imposição dos entes federados de executar sem delongas a política urbana e adotar atitudes positivas para a correta utilização do espaço urbano, respeitando os princípios que informam o direito urbanístico, a saber: a) o urbanismo é uma função pública; b) a propriedade urbana é conformada às normas de caráter coletivo; 3) o custo da urbanização é afetado pela mais-valia e 4) a atuação urbanística pressupõe a justa distribuição de seus benefícios e ônus.

Inadmissível hodiernamente as alegações evasivas de inexistência do dever de regulamentação da Constituição Federal de 1988 em matéria de política urbana (isto para as correntes mais conservadoras e difusoras do culto às normas ordinárias) a despeito de nunca termos acreditado na dependência visceral da Constituição Federal à edição do Estatuto da cidade. A Lei nº 10.257/2001 objetivou, ainda com falhas quanto à regulamentação das sanções punitivas para o proprietário omissor (art.

182, §4º da CF 1988), definir os parâmetros da distribuição do solo urbano e o comportamento dos administradores quanto às diretrizes urbanas.

Ora, se a Carta Política de 1988 necessitava de regulamentação e não era costume exigir comportamento comissivo do administrador municipal (v.g.) em virtude de não contarmos com lei federal a tratar das cominações contra o proprietário omissor e se muito menos possuíamos condições de exigir da Administração Pública uma resposta concreta para os problemas inerentes à ordem urbana, como autênticos direitos difusos, atualmente não se pode admitir esta tese sob pena de não reconhecermos efetividade sequer à própria regulamentação recentemente procedida e que tramitou durante longos 13 anos, pois estaríamos diante de um *circulus inextricabilis* para a aplicação das penalidades aos proprietários danosos e administradores ímprobos.¹¹⁴

¹¹⁴ “O Estatuto da cidade , como se autodenominou o diploma legal, veio recentemente regular os parâmetros do direito de propriedade sobre bens imóveis urbanos, bem como estabelecer quais os limites de ações entre os proprietários e os municípios (bem como o Distrito Federal), ou seja, como se deve dar a convivência entre particulares e o Poder Público na difícil tarefa de ordenar as cidades, onde estão morando 85,6% dos brasileiros, segundo os dados preliminares do censo 2000 do IBGE”.FRANCISO, Caramuru Afonso. Estatuto da cidade comentado. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.15.

4.4. Antinomia ou colisão de interesses na responsabilidade objetiva por omissão no trato do direito de propriedade: a Constituição Federal necessita de regulamentação em sede de direito fundamental?

Ingente é a necessidade de revisarmos a realidade constitucional e os mecanismos de efetivação forçada do princípio capital da ordem econômica (art. 170 da CF/1988) e garantias fundamentais (art.5º do mesmo diploma) no cotidiano recifense.

Sendo a cidade do Recife nosso ponto de partida para investigação e construção da hipótese e variáveis, devemos antecipadamente destacar o seguinte dado: tentaremos configurar diretamente a responsabilidade do administrador municipal demonstrando a possibilidade de exigirmos não a reparação da conduta, (e esta é plenamente viável) mas nossa maior atenção estará fundada justamente na adequação e promoção da conduta em conformidade com o ditame constitucional, em virtude da falta de políticas públicas constantes e impessoais, e de estarmos diante de tema totalmente vinculado em matéria orçamentária e que não comporta exame discricionário quanto ao ato de *per se*, quando muito aceitando a prévia indicação da limitação das fontes de modo transparente pela gestão democrática da cidade.

Ainda não se desenvolveu, pelo menos de nosso conhecimento, estudo dedicado a demonstrar esta realidade e entrelaçar a responsabilidade civil do Estado (em sua modalidade objetiva – por omissão direta) e a efetivação do cumprimento da função social da propriedade urbana.

Sentindo a necessidade de abordar tal aspecto é que decidimos trabalhar com a presente tese, a saber: o emprego do “dirigismo urbanístico” (aplicação compulsória do direito urbanístico visando o cumprimento da função social da propriedade urbana) é o mecanismo suficiente para a execução de um dos princípios relegados da Constituição Federal, competindo constante provocação do Poder Público municipal, fazendo cumprir de imediato e não *a posteriori* os ditames capitulados no art. 182, §4º, I,II e III, por exemplo, da Carta Política de 1988.

Sustentamos ser despicienda a regulamentação de preceitos fundamentais por normas específicas com o intuito de defender a aplicação do princípio da função social, pois a Constituição Federal de 1988, apesar das incoerências retratadas em algumas antinomias, assegura a compatibilização da propriedade como instrumento de produtividade e repudiando sua inércia¹¹⁵ ou mesmo restrição à coletividade.

Não poderíamos deixar de registrar a flagrante injustiça perpetrada contra os que necessitavam da aplicação imediata do direito fundamental à moradia e até mesmo à promoção da dignidade humana e melhoria da qualidade de vida quando condicionamos a efetividade da função social da propriedade urbana à edição do Estatuto da cidade e indagamos:

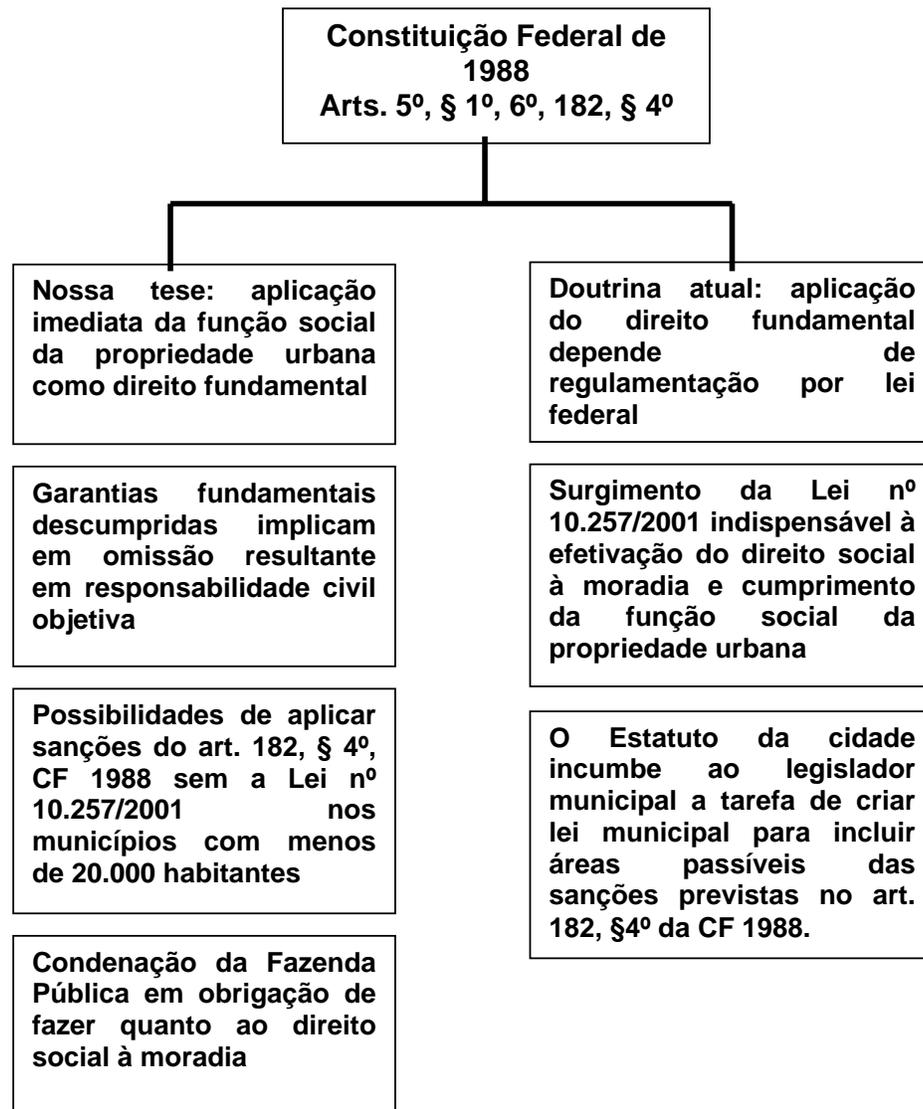
¹¹⁵ “ Por um lado, permanece viva ainda hoje a resistência à excessiva ingerência do Estado na economia. Não se pode deixar de registrar certa dose de temor da doutrina em relação à publicização do direito privado, reproduzindo, em grande parte, o debate ocorrido na Itália após a promulgação da Constituição de 1948 e intensificado nos anos 60. Por outro lado, alguns entrevêm na ordem econômica e social da Constituição um perfil corporativista e conservador. A garantia constitucional da propriedade privada representaria uma ameaça aos projetos de reforma social. Esses receios revelam, na realidade, o profundo ressentimento derivado dos confrontos ocorridos durante o atormentado período de elaboração constitucional, ainda hoje não inteiramente olvidado, daí derivando uma sobreposição da análise do texto normativo com a avaliação da ideologia que o inspirou. Mas a Constituição representa significativa conquista, que extrapola em muito as previsões dos grupos que a conceberam. Daí porque parecer equivocado desvalorizar o papel do novo texto como elemento de efetiva transformação social.” TEPELINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.275.

Qual a responsabilidade estatal pelo relegar da oferta de um direito fundamental por mais de uma década?

Nada mais teratológico em matéria de política urbana; felizmente, desde 2001 os administradores federais, estaduais e municipais não mais dispõem de argumentos falaciosos para não implementar programas de moradia popular, desapropriar para fins de interesse social (calcados no Decreto nº 3.365/1941) e até mesmo aplicar as penalidades insertas no art. 182 da Carta Magna atual, em virtude de contarmos com disposição expressa informando dos direitos subjetivos à moradia e à sustentabilidade das cidades, susceptíveis de cobrança via judicial na hipótese de inércia injustificada.

Na tentativa de expressar didaticamente o esboço da tese ora sugerida, delinearemos o seguinte quadro comparativo com as teorias hodiernamente defendidas e explicando ser despicienda a regulamentação constitucional em sede da matéria estudada:

QUADRO EXPLICATIVO 4: APLICABILIDADE DO DIREITO À MORADIA:



5. DIRIGISMO URBANÍSTICO E OS MECANISMOS PROCESSUAIS COLETIVOS: DIREITO À MORADIA E A QUEBRA DO MITOS DA “RESERVA DO POSSÍVEL” E DO “GOVERNO DO JUDICIÁRIO” NA LEI Nº 10.257/2001.

5.1. Demonstração da viabilidade de aplicação do “dirigismo urbanístico” na cidade do Recife: os mecanismos e bases de sua efetividade estão ao alcance do administrador municipal e dos Tribunais sociais.

Apontando o crescente problema da ausência parcial ou completa de políticas públicas destinadas à correta divisão do solo urbano e as conseqüências diretas e indiretas surgidas diante da postura municipal brasileira, teremos condições de definir os exatos mecanismos jurídicos a adotar para a solução do problema.

Em um segundo momento devemos demonstrar o comportamento do administrador local no tocante ao cumprimento da função social da propriedade urbana e os mecanismos hábeis a exigir os postulados constitucionais definidos na competência legislativa municipal nos termos da Constituição Federal de 1988.

Quais as razões que justificam a conduta omissiva do administrador recifense, realidade não apenas vislumbrada em nossa capital refletida, também, em outros centros urbanos densamente habitados e que de maneira muito lenta sofre reduções?

Em um terceiro estágio devemos comprovar que a edição da atual Constituição Federal já constituía mecanismo suficiente para servir de comando ao Poder Público Municipal em efetivar a política urbanística e o combate à exclusão social e não dependeria da vontade legislativa municipal, *in casu* do Plano Diretor da Cidade do Recife e da Lei de Uso e Ocupação do Solo recifense (Lei nº 16.176/96).

Demonstrar diretamente aos Tribunais locais e nacionais a possibilidade imediata de efetivação dos comandos constitucionais inseridos na temática do uso do solo urbano e suscitar o levantamento de uma questão aparentemente acomodada na doutrina e jurisprudência nacionais constitui tarefa inadiável no combate à exclusão social.

Por muito tempo sustentou-se na doutrina pátria a impossibilidade de exigência coercitiva das obrigações de fazer (que servem de base para os direitos prestacionais ou direitos de garantia imediata) se não atendido o limite da razoabilidade em função do qual o administrador público teria sua defesa atrelada; ou seja, na prática até quando poderia a Administração afirmar inexistir obrigatoriedade de executar obras públicas destinadas a satisfazer necessidades vitais para os habitantes de uma cidade?

Justamente em torno desta pergunta surge o obstáculo prático e frontal para a aferição de nossa tese, qual seja: sendo o direito à moradia garantia fundamental para a dignidade humana, capitulado como direito social pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, qual o exato limite para efetivarmos a Constituição Federal de 1988 e condenarmos a Fazenda Pública¹¹⁶ a executar programas de moradia popular para as pessoas desamparadas?

¹¹⁶ Sabemos da dificuldade de implementar a mudança de posicionamento na jurisprudência pátria quando o assunto abordado é a execução forçada das garantias mínimas da pessoa, incluindo-se o direito social à moradia e outros direitos prestacionais; contudo discordamos de uma absoluta e hermética divisão entre as atribuições reservadas aos poderes constituídos na República brasileira, uma vez que a omissão do Estado administrador deve ser combatida ou mesmo corrigida: “Cumpra aos Poderes constituídos a tarefa de concretizar, ou seja, desenvolver e efetivar ou tornar realidade, os comandos constitucionais. Inexiste Constituição destituída da pretensão de efetivar-se e, por força do princípio da supremacia da Constituição, os Poderes constituídos encontram-se, desde logo, comprometidos com a concretização das normas constitucionais. ... Os limites do controle judicial dependem em verdade da solução da “questão interpretativa”, o que não se obtém mediante abdicação do controle. “ MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em 22/10/2002.

Adverte a doutrina pátria para a análise da razoabilidade como fator decisivo nas lides onde haja pedido de condenação em obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, mas quais os exatos limites da razoabilidade como princípio na promoção dos direitos sociais¹¹⁷ (neste caso prestacionais por excelência)?

Temos ciência da impossibilidade jurídica do pedido no tocante à exigências sem fundamentos quanto às obrigações sociais devidas pelo Estado e os efeitos negativos de uma decisão judicial não refletida; entretanto, inadmissível a interpretação desprovida de qualquer fim social do direito que não permitisse a condenação estatal em cumprir ou determinar metas imediatas para o adimplemento prático de dever consignado expressamente no texto constitucional e fundamentalmente na realidade jurisprudencial conservadora no Brasil.

¹¹⁷ Coerente é o argumento de que a postulação contra o Estado na efetivação das prestações de caráter social deve ser pautada na razoabilidade e verificar determinados limites; entretanto, quando tratamos de interesses coletivos de natureza mínima, como é o caso do direito social à moradia, podemos admitir a aplicação da razoabilidade ou da tese da reserva do possível como barreiras à execução dos direitos mínimo do cidadão? Cediço é o fato de que a jurisprudência alemã debatendo situação onde era cobrada a prestação social referente à educação aplicou pela primeira vez a idéia da razoabilidade daquilo que se postula contra o Estado. No Brasil muitas vezes esquecemos de ressaltar grande diferença entre a realidade social européia e a nossa, quando são levantadas similitudes para aplicação das mesmas teses constitucionais lá presentes e aqui inaplicáveis em muitos casos. Contudo, não se levou em conta a discrepância entre a realidade nacional e estrangeira no momento de proceder à comparação destes ordenamentos. Ao nosso modo de entender a razoabilidade invocada como precedente na doutrina e jurisprudência alemãs aplicar-seia apenas em situações onde não se estivesse pleiteando garantias fundamentais, ou seja, se é proposta ação coletiva cobrando a execução de programas de moradia popular não tem o Estado brasileiro condições de alegar em sua defesa que a consecução daquele direito prestacional estaria condicionada à existência de recursos próprios naquele momento. A moradia constitui no cenário jurídico nacional um direito subjetivo e como tal pode ser cobrado diretamente ao destinatário da norma, qual seja: o próprio Estado. Com efeito a tese da razoabilidade admitida na realidade alemã deve ser adaptada com muitas ressalvas para a *práxis* brasileira. Preocupantes, falaciosas e daltônicas as teses que enxergam a atuação do Poder Judiciário, contra a Fazenda Pública, objetivando a concretização de direitos fundamentais, como superpoder. Os autores olvidam da realidade social brasileira, quando a conhecem, e desprezam o dado de ainda estarmos lutando contra um grau de miserabilidade extrema em algumas cidades, contrastando com o luxo desmedido de alguns setores da administração pública, onde cada vez mais é necessária a intervenção no controle dos gastos públicos e na execução forçada dos direitos fundamentais, como a moradia: “ A supremacia dos Tribunais Constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o “cume da soberania”, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.” BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.20. Acesso em 15/09/2005.

Não se poderia aqui admitir a postulação coletiva que visasse a matrícula de cidadão em estabelecimento de ensino superior sem que houvesse a submissão a exame admissional previsto naquele nível educacional, pois mesmo sendo a educação um dever estatal inarredável não se poderia cogitar de um direito subjetivo à educação sem o preenchimento de requisitos mínimos do mérito de cada indivíduo na sociedade. Discordamos da impossibilidade jurídica do pedido em determinar ao Estado brasileiro a construção de estabelecimento de ensino ou creche em determinada localidade brasileira completamente desprovida daquele serviço fundamental ao desenvolvimento humano, pois representa verdadeira teratologia jurídica aceitar com absoluto rigor e sem limitação a tese do poder discricionário diante dos direitos fundamentais, pois em sede de direitos fundamentais corporificados como prestações devidas pelo Estado não há como se sustentar a validade da razoabilidade¹¹⁸ como escusa para o cumprimento do preceito básico.

¹¹⁸ Apenas aceitamos a tese da razoabilidade alemã ou reserva do possível em sede de prestações que não vinculem diretamente o Estado e que escoem para a impossibilidade jurídica do pedido por falta de previsão constitucional o que acarretaria a não omissão do Estado, pois em caso contrário sempre haverá comportamento omissivo do administrador ao negar validade a um direito social presente na Constituição; no ordenamento constitucional brasileiro concebemos que a Constituição Federal de 1988 elaborou regras em gradação de efetividade, trabalhando como normas expressas e não expressas quanto à sua aplicabilidade, não se podendo perder de vista que determinados direitos sociais recentemente regulamentados por normas ordinárias (v.g. o direito subjetivo à educação expressado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) e o direito subjetivo à moradia expressado no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), antes mesmo de sua expressa regulamentação, não dependiam da existência de normas de menor expressão do que a própria Constituição Federal para a sua concretização, como admite parte da doutrina brasileira. O condicionamento proposto na mera e acomodada interpretação semântica da Carta Política vigente, responsável pela situação jurídica que denominamos de supervalorização do ordenamento infraconstitucional” em detrimento da própria Constituição. A razoabilidade, lembremos, apenas pode constituir óbice à efetividade de uma prestação não prevista na Constituição Federal, ainda que genericamente: “Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação destes direitos. ... É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.260-261.

O Brasil ainda não adotou política severa de moralização orçamentária e, em função desta morosidade, ainda se defende a aplicação da discricionariedade para negar a efetivação de certos direitos fundamentais, ou seja, jamais concordaremos que a efetivação dos direitos essenciais ao ser humano esteja condicionada ao talante do poder discricionário do administrador, cabendo à implementação forçada de políticas sociais quando não ofertadas naturalmente pelo administrador e não a apologia de um super-poder como querem os adversários do ativismo judiciário.¹¹⁹

¹¹⁹ A atuação do Poder Judiciário não é concebida nesta tese como a autorização implícita de substituição de atribuições entre os poderes constituídos, mas, tão somente, como complemento ou mesmo implemento das tarefas mínimas exigíveis do Poder Público. Neste sentido concebemos a atividade judicante como instrumento de combate à omissão administrativa ou mesmo péssima distribuição dos recursos públicos, e não como um poder exacerbado ou hierarquizado em relação aos demais: “Juridification is na ambiguous concept with regard to both is descriptive and normative content. In descriptive terms some see juridification as the proliferation of law or as the tendency towards na increase in formal (or positive, written) law; others as the monnopolization of the legal field by legal professionals, the constuction of judicial power, the expansion of judicial power and some quite generally link juridification to the spread of rule guided action or the expectation of lawfull conduct, in any setting, private or public. (...) A different conception is that of juridification as the process by wich an activity becomes subjected to legal regulation or more detailed legal regulation. We will make a distinction between two aspects os juridification B, law’s horizontal and vertical expansion (B1), and law’s horizontal and vertical differentiation (B2). Law’s expansion is the core element in juridification as defined above, when law conquers fertile ground so to speak. (...) Examples of law’s expansion may be cases where law is applied in new areas; family law, labour law, environmental law, laws regulating intimacy, and so on. Law’s expansion should also include instances where an activity that is not legally regulated whitin a legally regulated area becomes regulated.” MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. **What is juridification?** Disponível em <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05>. p. 2-14. Acesso em 16/09/2005.

Ainda se faz necessária a interferência do Poder Judiciário como sistema de frenagem aos desvios de finalidade praticados pelos demais poderes constituídos no sistema republicano brasileiro, incentivando uma postura educativa de acesso à jurisdição e conscientização contínua da necessidade de melhoria dos serviços públicos, inclusive a prestação jurisdicional. O acesso à justiça cada vez mais confirma a necessidade de questionamento das decisões administrativas, permitindo-se ao julgador, olvida a sociedade, representada pelo fiscal da Lei, coercitivamente ser um agente na transformação social: “Além deste objetivo de fomentar a paz social, outra tarefa em que o exercício da jurisdição deve estar engajado junto à comunidade é a de pedagogia social: educar os membros da sociedade de seus direitos e deveres. Esta luta educativa assume várias feições, desde a necessária informação às camadas menos favorecidas de como postular em juízo na defesa de seus direitos até o fortalecimento da confiança da população na solução judicial dos conflitos, evitando a denominada litigiosidade contida, a negação do Judiciário, através da renúncia quase total ao direito, abstendo-se o indivíduo de litigar por desacreditar na via judicial com instrumento apto a dirimir controvérsias. Destaca Cândido Dinamarco que a educação da sociedade é um objetivo instrumental do processo, desejoso de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo, ou seja, conscientizá-la de seus direitos.” CABRAL, Antônio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao006/antonio_cabral.htm. p.9. Acesso em 16/09/2005.

Defendemos expressamente a vinculação do administrador aos preceitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988; não há direito fundamental que o Estado possa eximir-se da defesa ou fomento, implicando tal relação jurídica em restrita obediência ao que nos passamos a designar por “vinculação à prioridade orçamentária” significando nada mais do que a possibilidade de ser cobrado do Estado a adoção de uma política de prioridades para a execução das metas então existentes, pois, ao nosso modo de sentir, a Constituição Federal não criou normas desprovidas de efetividade e não endereçadas a sujeitos determinados, ainda quando das hipóteses de uma vinculação coletiva (v.g. art. 225, *caput*).

Não se pode mais aceitar pacificamente a tese de que uma Constituição contemple normas absolutamente vazias e imprestáveis à consolidação das garantias mínimas do ser humano, dentre as quais incluso está o direito à moradia como um dos lastros da qualidade de vida que não se resume tão somente no fato da oferta de moradia, mas no oferecimento de moradia condigna com as necessidades vitais, dado simplesmente desprezado na realidade brasileira em muitas capitais.

A qualidade de vida com o patrocínio do direito social à moradia é tarefa inarredável do Poder Público, em virtude de muitos fundamentos jurídicos dentre os quais citamos:

a) a vinculação do Administrador Público às diretrizes constitucionais, sendo descabida a alegação de dependência absoluta da própria Constituição Federal às normas ordinárias, sob pena de revertermos a axiologia do ordenamento jurídico e;

b) a imposição dos direitos fundamentais como prestações transindividuais ou metaindividuais por excelência, vinculadas à obrigatoriedade do Estado em administrar corretamente os recursos públicos, diante da inadmissibilidade de ter o cidadão apenas o dever de contribuir com altíssima carga tributária e nada poder exigir do Estado enquanto destinatário maior da norma constitucional.

Destarte, concebemos a efetividade dos direitos prestacionais apenas à correta gestão dos recursos públicos que uma vez não atendida, deverá ser corrigida pelo Poder Judiciário, pois não mais é sustentável uma tripartição de competências inviabilizando o controle dos atos administrativos pelo Judiciário, inclusive a omissão do Administrador Público.¹²⁰

A omissão estatal deve ser combatida e a sobreposição das normas ordinárias em relação à Constituição Federal é um obstáculo temível para a efetivação das garantias mínimas do indivíduo; assim, algumas prestações sociais em torno da qualidade de vida no Brasil devem ser priorizadas ainda que na esfera das ações coletivas notadamente a Ação Civil Pública em matéria urbanística.

¹²⁰ Modernamente a qualidade de vida não está mais restrita à satisfação dos interesses individuais previstos em outras épocas; hoje, não se pode falar em satisfação pessoal, mas em atendimento às necessidades coletivas ou transindividuais. O modelo de Estado hodierno passa pelo cumprimento de uma demanda coletiva: “Em primeiro lugar, deve-se ter presente que qualidade de vida, contemporaneamente, não implica o simples afastar os perigos provocados pelo próprio homem/inimigo, pela natureza ou pelos deuses. Em uma visão simplista da vida como rotina, ter qualidade significava apenas estar em condições de desfrutar desta rotina sem percalços. A transformação da sociedade, em especial pela transformação das relações de produção impostas pelo desenvolvimento tecnológico, com a introdução da máquina e de uma nova lógica de organização do tempo, impôs um alargamento deste conceito, incorporando, posteriormente, os benefícios da vida urbana.(...) o conceito de qualidade de vida está aproximado da construção dos interesses transindividuais na medida em que refere um caráter compartilhado dos benefícios e prejuízos, bem como dos compromissos.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos direitos transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.182-185.

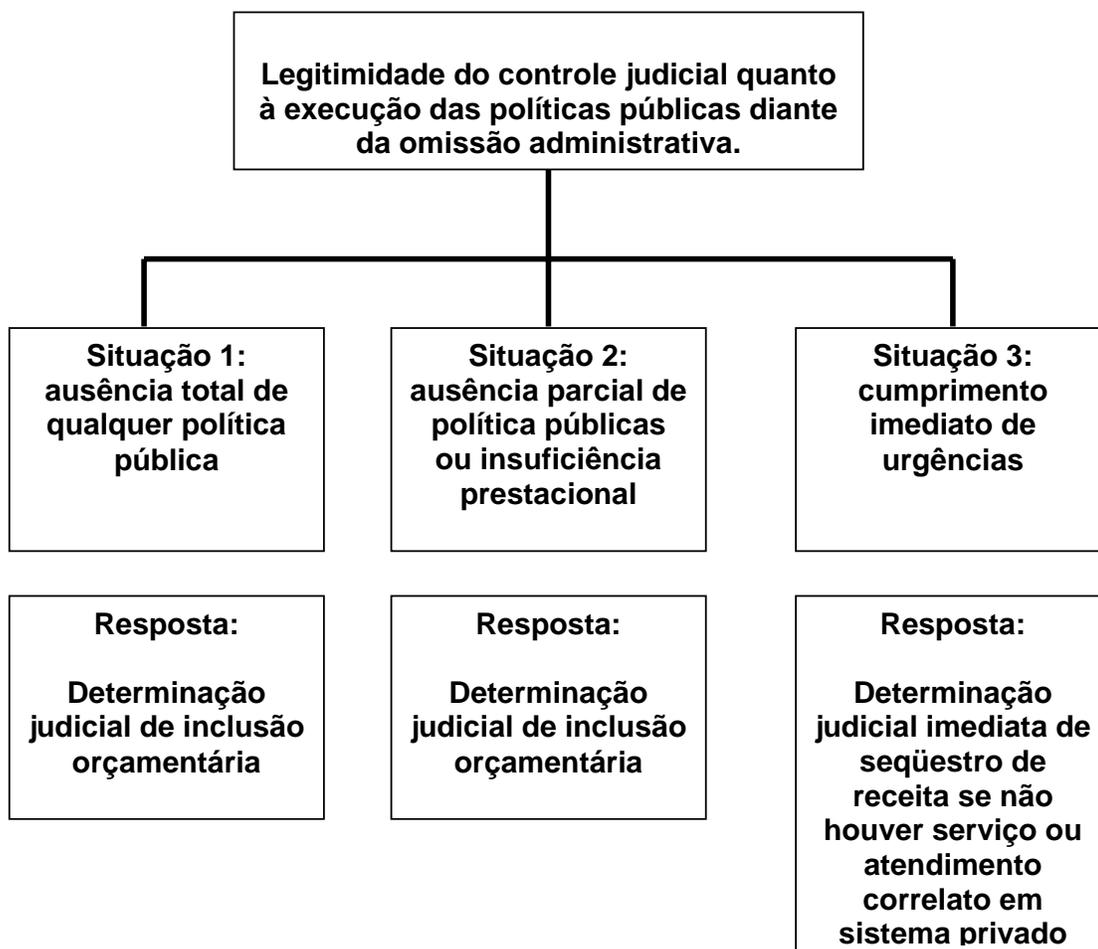
Razoabilidade ao nosso ver não pode ser precedente de abuso e tampouco o conceito de discricionariedade pode reforçar desmandos e omissões dentro da administração brasileira; deve representar quando muito a limitação dos pedidos coletivos e concomitantes em desfavor do Estado para a consecução de obras públicas e sua conseqüente resposta em escala de prioridades para tais realizações.

Ao nosso modo de sentir não fere a razoabilidade em sede de condenação contra a Fazenda Pública o fato de ser proposta ação exigindo a construção de escola para o ensino fundamental ou a criação de uma creche em função do ordenamento jurídico nacional afirmar que a educação constitui direito subjetivo, assim como a saúde e outras garantias mínimas. Destarte, não se justificaria a atitude da Administração Pública em alegar que a execução de obras públicas (v.g. programas de moradia popular, construção de hospitais, passarelas para pedestres, obras de saneamento básico, etc.) dependa única e exclusivamente dos juízos de conveniência e oportunidade do administrador local e que tal execução será procedida apenas quando a Administração Pública entender necessário, ainda que se trate de atitude emergencial, pois discricionariedade administrativa não pode ser confundida com omissão.¹²¹

¹²¹ Ainda lutamos no Brasil para derrubar o mito da discricionariedade administrativa no tocante à execução de políticas públicas e, por tal razão, persistem falaciosos argumentos contrários à efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, lentamente, é construída em nosso País uma doutrina combatendo a omissão administrativa e reduzindo o campo criminoso de atuação da discricionariedade: " Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Ademais, a Constituição prevê em seu art.5º, XXXV, peremptoriamente que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cômicos de uma impossibilidade a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos." FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-72.

Ao admitirmos o império irrestrito da discricionariedade no Poder Público, certamente confirmaremos a possibilidade de negação constante de garantias fundamentais do ser humano, situação que nos leva a elaborar a seguinte indagação: a discricionariedade no âmbito da Administração pública, em suas diferentes esferas, pode impedir a concretização de determinados direitos mínimos?

Para responder a esta indagação, recorrendo-se à legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas e combater a omissão administrativa, tracemos o seguinte quadro:



Não olvidemos que quando o Ministério Público, por exemplo, propõe Ação Civil Pública para cobrar o cumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal de 1988 em benefício de determinada comunidade (v.g. a construção de moradias populares ou mesmo a instalação de uma creche), está respaldado integralmente na possibilidade e razoabilidade conferidas pela própria Carta Política de 1988.

Em algumas cidades brasileiras, onde não é respeitado o comando da vinculação à dotação orçamentária, a despeito da legislação inerente à improbidade administrativa e responsabilidade fiscal, só nos resta recorrer à extremada tática do seqüestro das receitas públicas para a efetivação da dignidade humana executando obras de saneamento e habitação para população de baixa renda, realidade pouco estudada em nosso País.¹²²

A respeito do conteúdo da programaticidade constitucional e da discricionariedade na efetividade dos direitos fundamentais e sociais, na realidade brasileira, trazemos à baila dois drásticos e infelizes exemplos acomodados de raciocínio jurisprudencial, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes à LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/1996) e à obrigatoriedade de oferta do direito à moradia, dos quais discordamos completa e veementemente:

¹²² Em entrevista concedida em 30 de julho de 2004 ao jornalista Roberto D'Ávila, o Professor da Universidade de Havard e sociólogo Roberto Mangabeira Unger é incisivo ao defender, com muita acuidade de raciocínio, a tática do seqüestro de receitas, por parte do Poder Judiciário, nas cidades brasileiras onde o Administrador Público não cumpra as finalidades previstas na Constituição Federal, sem o prejuízo das sanções cíveis e criminais existentes em nossa legislação administrativa. Certamente, a promoção do direito social à moradia, na realidade recifense, tem experimentado alguma reação; contudo, não desejamos sua restrição a uma ou outra gestão pública e sim à Administração como um todo, primando pela impessoalidade, transparência e continuidade das políticas urbanas. Assim, instado o Poder Judiciário a defender a implementação de políticas sociais sua ação terá amplo respaldo nos comandos constitucionais como defenderemos adiante.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I – O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do estatuto da criança e do adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II – A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são “dirigentes” e “programáticas”. Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos e para o judiciário atualização constitucional.

Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III – Recurso Especial não conhecido. decisão recorrida mantida. Recurso Especial nº 63.128-GO. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Decisão em 11/03/1996. Publicada no Diário da Justiça de 20/05/1996.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

I - O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

II - Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

III – Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

IV – As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

V – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

VI – As atividades de realizações dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

VII – Recurso provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 169876-SP. RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO. DECISÃO EM 16/06/1998. PUBLICADA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 21/09/1998.

Quanto ao primeiro aresto, debatendo postulação advinda do Estado de Goiás, por iniciativa do Ministério Público Estadual, se antes não tínhamos a tão esperada e despicienda norma ordinária, (LDB) infinitamente inferior à Constituição Federal, atualmente não mais entendemos qual a limitação que deve perdurar para a condenação específica do administrador brasileiro ao cumprimento das garantias mínimas fundamentais à existência digna do ser humano, inerentes à oferta do direito à educação e suas variáveis contidas na teoria da proteção integral, nos moldes do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º da Lei n. 8.069/1990.

Hoje, em virtude da tão exigida e morosa regulamentação do direito social à educação, expressa e inequivocamente concebido como direito subjetivo e passível, portanto, de imediata e objetiva cobrança da coletividade contra o Estado (art. 5º da Lei nº 9.394/1996), não pode o Poder Judiciário nacional encontrar nenhum respaldo para indeferir postulações difusas que objetivem a concretização de um direito coletivo como este; nada mais razoável¹²³ a cobrar da Administração Pública do que a oferta de um direito consignado na categoria subjetiva ou personalíssima.

Quanto ao segundo acórdão, destinado a dissolver questionamento gerado no Estado de São Paulo, pertinente à execução de programas de moradia popular, não assiste ao Julgador brasileiro, seja na esfera monocrática ou colegiada, o direito de negar direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa em virtude de uma evasiva e infundada barreira de atribuições, na qual as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo seriam absolutamente independentes e estanques.

¹²³ Não queremos com o presente trabalho afirmar categoricamente que o Poder Judiciário tem a função de esvaziar as atribuições do Legislativo e Executivo; contudo, reversamente, devemos deixar bem clara que a nossa opinião quanto ao controle das omissões do legislador e do administrador pelo Poder Judiciário constitui tarefa inafastável, em virtude da necessidade de um controle externo e preventivo muitas vezes. As decisões judiciais condenando a Fazenda Pública a realizar determinada obra prevista na legislação de forma expressa ou não consistem meramente no controle externo de prioridades que inexistem no orçamento brasileiro e não poderíamos jamais admitir que com tamanha miséria em nosso País possa o Executivo alocar recursos orçamentários para situações supérfluas em detrimento das emergências. Esta é a nossa tese em torno dos direitos mínimos da personalidade, dentre os quais inserimos o direito à moradia que não pode aguardar os humores semânticos em torno da interpretação constitucional. Não pode perdurar este quadro de inércia do administrador nacional em função de interpretações que jamais atenderam aos fins sociais do direito; atendem, antes de mais nada, à inadmissível idéia de que a discricionariedade governa absoluta em matéria de garantias fundamentais cumpridas pelo Estado. A reserva do possível, como prevista na doutrina europeia servindo de limitação estatal, deve ser vista com muita cautela na realidade brasileira, uma vez que não podemos aplicar indistintamente doutrinas muito distantes de nosso cotidiano sem ao menos analisar sua compatibilidade. O Estado brasileiro não possui como defesa contra o cumprimento forçado das necessidades humanas básicas, o argumento da reserva do possível como visto na Alemanha. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.p.42.

Ou seja, pela ótica dos julgados acima citados, se os Administradores Públicos Federais, Estaduais ou municipais jamais decidirem pela construção de um hospital público ou mesmo creche, ou ainda posto de saúde ou escola de ensino fundamental ou médio, alegando sua absoluta e inquestionável discricionariedade e desejar unilateralmente, sem a oitiva da população para que possa manifestar suas necessidades, de modo a facilitar o apontamento de prioridades, investir totalmente os recursos públicos em eventos festivos supérfluos ou mesmo na construção irônica de um monumento à “memória” de determinado membro de sua família, nada poderia ser feito a título de controle judicial dos atos administrativos ou muito menos admitiríamos, se assim pensássemos, a impossibilidade do controle e participação popular nos orçamentos públicos.¹²⁴

¹²⁴ Hodiernamente a possibilidade de questionamento dos investimentos públicos é uma conquista gradativa que deve ser aperfeiçoada na realidade brasileira, como instrumento democrático destinado a afastar o velho conceito de administração pública e discricionariedade: “A discricionariedade, entendida como área imune à sindicabilidade judicial, não mais comporta essa concepção, segundo a qual “onde exista poder discricionário, nenhum controle do juiz é possível, ou sequer conceptível.” Esta definição negativa de discricionariedade somente se enquadra no perfil no “direito por regras”, cujo contexto se reduzia ao princípio da legalidade administrativa, entendido como a conformidade dos atos administrativos com as regras de direito, tidas como o único referencial da Administração Pública, absolutamente alheia a quaisquer outros vetores axiológicos. A concepção clássica de discricionariedade – traduzível na impossibilidade de controle judicial, concebida à época em que o Direito se identificava com a legalidade – “direito por regras”, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea do “direito por princípios”, o que implica também a redefinição de categorias afins, como o mérito do ato administrativo.” MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.p.35-36.

Cada vez mais frágil resta a idéia de que a fiscalização dos gastos públicos ou mesmo imposição positiva de agir executando determinado serviço ou obra pública, feriria gravemente a harmonia e independência dos poderes constituídos. Não mais se sustenta na realidade nacional tais assertivas, sob pena de conferirmos ao administrador um aval ilimitado para agir sem prestar contas com a moralidade administrativa ou mesmo o interesse social. A participação popular é instrumento indispensável na consolidação democrática, assim como a correção às distorções perpetradas quanto ao orçamento público.: “Inútil será a ação governamental, por mais bem intencionadas que seja, se não encontrar resposta positiva por parte dos habitantes da cidade. (...) Apresenta-se, ainda, de suma importância a participação popular nos processos de decisão, mormente no que diz respeito à eleição das prioridades, ao planejamento das políticas públicas e acompanhamento de sua execução. Nos procedimentos autoritários de decisão, verifica-se que nem sempre os investimentos realizados são os desejados pelas comunidades beneficiárias e as soluções caras são as mais eficazes. A primeira condição para o aprimoramento da ação governamental consiste em permeá-la de participação popular, com abertura de espaço para que os cidadãos, diretamente, ou por meio das entidades da sociedade civil organizada, como entidades religiosas, associações comunitárias, representações de bairros, sindicatos, entidades profissionais, etc, como expressão imediata de sua vontade, sem prejuízo da representação política, possam participar do processo de sua construção. Juntamente com a

Ora, nada mais falacioso em matéria de direito do que o mito da limitação e independência dos poderes constituídos para o efetivo controle; logo, ao Poder Judiciário compete repelir os abusos da Administração Pública tanto nas condutas comissivas quanto nas omissivas, notadamente em defesa do princípio da moralidade administrativa e da consecução das garantias fundamentais, independentemente da limitação impostas por normas ordinárias de redação duvidosa.¹²⁵

Recentemente, em posicionamentos favoráveis à tese da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal confirmaram a política de prestação de serviços na área da saúde e nos direitos da criança e do adolescente, condenando o Estado em obrigação de fazer (tutela específica) ao reconhecer a omissão do administrador.

Com efeito, na área do direito fundamental à saúde temos o julgado do STJ:

participação popular nos processos de tomada de decisões, deve ser promovida, tanto quanto possível, a desconcentração administrativa, mediante a qual as ações ligadas às necessidades imediatas dos cidadãos tenham sua execução transferida para órgãos menores, como órgãos distritais, regionais ou de bairros, desvinculados das amarras burocráticas do governo central." OLIVEIRA, Adilson José de. O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades. Interesse público. a.6, n.30, p.214 - 215.

¹²⁵ Ainda sofre resistência a postura de controle jurisdicional da atividade administrativa no Brasil; provavelmente a falta de debates constantes sobre os contornos da discricionariedade tenha contribuído para o lento desenvolvimento desta problemática, mas, paulatinamente, tal visão tem sido abrandada e atualizada: "Hoje em dia não mais se discute a possibilidade reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus-administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como aqueles que atribuem discricionariedade. (...) O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle". MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. p.100-101.

Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garante condições mínimas de sobrevivência digna, afirmou o ministro João Otávio Noronha, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o mandado de segurança em favor da menor PSLR, da cidade de Juiz de Fora /MG.

PS, 5 anos, é portadora de mielomeningocele infantil, doença que causa má formação do tubo neural. PS sofre de paraplegia dos membros inferiores, comprometimento de sensibilidade, bexiga com capacidade diminuída, incontinência fecal, entre outros males.

A enfermidade apresentada pela criança exige constante monitoramento, além da utilização de um aparelho chamado RGO – Reciprocating Gait Orthoosis, produzido com exclusividade pelo Memorial Children's Hospital, localizado em Chicago/EUA.

Em 1999, por meio da promoção de campanhas, ajuda humanitária e recursos próprios, PS conseguiu realizar exames no hospital norte-americano, onde um aparelho RGO foi confeccionado especialmente para ela. De lá para cá, a criança cresceu e a órtese do RGO já não está no tamanho adequado, deixando de atender as necessidades de tratamento e reabilitação da paciente.

Diante da impossibilidade de custear nova viagem aos EUA, o pai de PS, o técnico em prótese dentária, João Carlos Reis, solicitou ao Ministério da Saúde ajuda e custeio do tratamento, ou seja, do aparelho, uma vez que, de acordo com o desenvolvimento da criança, tem-se que fazer as adaptações necessárias. Todavia, o ministério negou o pedido, informando que a Portaria GM/MS nº 763, de abril de 1994, proíbe que o órgão financie atendimentos médicos fora do País.

Um segundo ofício do Ministério da Saúde complementou a resposta, recomendando que a criança fosse atendida pela Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, a fim de verificar a possibilidade de haver um substituto do aparelho no Brasil. A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, após avaliar PS, concluiu que a órtese realmente já estava pequena.

Entretanto, informou que a oficina ortopédica do hospital não confeccionava aparelho semelhante. João Reis, representando a filha, recorreu ao STJ. No Mandado de Segurança, argumentou que a Portaria Ministerial vai de encontro

ao entendimento da obrigação legal do Ministério da Saúde de, em nome do Estado, oferecer proteção à vida e à saúde do cidadão.

Que seja concedida a segurança para o fim de reconhecer a ineficácia da Portaria nº 763 e, em consequência, determinar ao Senhor Ministro de Estado da Saúde que forneça à criança, num prazo de 10 dias, o tratamento de reabilitação que venha a necessitar”.¹²⁶

Também na temática dos direitos da criança e do adolescente, registram-se os seguintes arestos do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. NOVA VISÃO.

I – Na atualidade, o império da Lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

II – Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

III – A tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

IV – Recurso Especial provido.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 493811/SP. RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON. TURMA: 2ª. DECISÃO: 11/11/2003. DJ: 15/03/2004.

¹²⁶ Extrato retirado das notícias do STJ. <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 11/03/2003.

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDO NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação Civil Pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista (sic) a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito Constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” (...) Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do sistema único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”

3. Violação de lei federal.

4. Revela notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob penas de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados, em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o País. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que

suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um País cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas no mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no Estado de Direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso Especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

STJ. RECURSO ESPECIAL N. 577836/SC. RELATOR MINISTRO LUIZ FUX.
TURMA: 1ª. DECISÃO: 21/10/2004. DJ: 28/02/2005.

Da lavra do STF registremos o julgamento da seguinte ADPF:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONOMICOS E CULTURAIS. CARATER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLAUSULA DA RESERVA DO POSSIVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NUCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MINIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Decisão: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à (sic) Erradicação da Pobreza.”

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o §2º do art. 59 da Lei n. 10.777/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.777/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de

segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: (...)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...) pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de

condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (Direitos sociais e controle social no Brasil e na Alemanha”, p.22-23,2002, Fabris): (...) “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP. N. 45MC/DF.RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO. DJ: 04/05/2004.

A omissão ainda é vasto campo a ensejar reparações mais que muito pouco tem sido debatida em sede da tutela coletiva objetivando compensar o chamado “dano social” ou “dano à coletividade” e o Poder Judiciário assume perfunctoriamente o dever de reprimir os desmandos praticados no Poder Executivo; de idêntica forma conferiu-se no ordenamento nacional a possibilidade do Judiciário apreciar a omissão legislativa por Parte do Poder Legislativo com a notória impetração do mandado de injunção e outros remédios.

Não há nesta situação nenhum tipo de excesso por parte do Poder Judiciário, que não é um juízo neutro, mas permeado de valorações sociais, quando repele atos omissivos do Poder Executivo (em quaisquer de suas esferas alicerçadas no federalismo cooperativa ou de repartições de competências, posto que apenas está buscando coercitivamente um dever positivo da Administração Pública.¹²⁷

Ou seja, se há previsão normativa concreta sobre determinado direito subjetivo ou reconhecimento de certo direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, em qualquer área, e um comando executivo endereçado diretamente ao Estado destinatário ou sujeito passivo, jamais poderemos defender a idéia de invasão de competências ou excesso de poder judicante, pois toda a omissão dos demais poderes deve ser corrigida judicialmente, ainda que admitamos que tal caminho é

¹²⁷ Não enxergamos justificativa nenhuma para tanto medo ou mesmo pavor de parte da doutrina nacional e estrangeira quanto à intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas. Nossa democracia participativa ainda é restrita ao momento do voto e, muito lentamente, estamos no Brasil aproximando a população do controle das contas públicas. A tática do orçamento participativo ainda é incipiente e não é suficiente para combater a omissão administrativa quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais. Não olvidemos de que não estamos propondo uma visão de ativismo judiciário desmedida, maniqueísta, ingênua ou irresponsável, mas apenas ressaltando o dever constitucional que o próprio órgão judicante tem em relação à guarda da Constituição e do respeito à dignidade humana, inclusive com a correção dos desmandos perpetrados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Extremamente frágil e falaciosa é a tese sustentada por teóricos norte-americanos e alemães sobre uma temerária invasão de competências do Poder Judiciário sobre o Executivo, no tocante à efetivação de políticas públicas e totalmente imprestáveis à nossa realidade. Não esqueça o leitor da extrema miserabilidade arrostada por boa parte dos brasileiros que subexistem em “moradias” que não atendem aos mínimos requisitos de habitabilidade, cenário distante da população alemã ou norte-americana. A execução de políticas públicas em nossa realidade administrativa demanda a construção de um raciocínio voltado à realidade nacional, caso contrário nunca cumpremos os desígnios constitucionais mínimos defendendo ilimitadamente um modelo de discricionariedade criminosa por ímproba e omissiva, o que parte da doutrina ainda não compreendeu ou enxergou e que paulatinamente está sendo alterado nos Tribunais pátrios: “Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, poder ter a palavra final nas questões constitucionais. A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do positivismo jurisprudencial) é a substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juizes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? No entanto, com o positivismo jurisprudencial, o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do dever ser, com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Veja Garcia, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder

próprio das democracias incipientes. Destarte, por mais conservadora que seja a interpretação conferida à Constituição em sede dos direitos sociais à educação e à moradia (com a previsão do art. 3º da Lei nº 10.257/2001) não há como o Judiciário se furtar a condenar o Administrador em obrigações de fazer em virtude dos comandos constitucionais.¹²⁸

constituente.” BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. p.21. Acesso em 15/09/2005.

¹²⁸ Inaplicável em nossa realidade social os dogmas teóricos estabelecidos na orientação cultural mitificada da Europa, uma vez que não podemos importar irresponsavelmente o pensamento europeu e considerar tal atitude salutar intelectualmente; precisamos de liberdade de pensamento para construir soluções nossas, propícias a enfrentar nossos problemas e não os de uma realidade amplamente diversa da brasileira. No continente europeu ainda é combatida, por parte da doutrina, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: “ One thing that’s often said is that courts give reasons for their decisions, whereas legislatures do not, and this is a sign that courts, unlike legislatures, take seriously the issues of rights that they address. With courts, they say, we are never just face with a bare decision about rights, coercively imposed; we have judicial reasoning, wich helps bring constitutional rights into focus for us, and it would be a pity to give that up. I’m not convinced. If you read what passes for “reasoning” in Supreme Court decisions, most of it is not about issues of rights at all. It’s about legal history, or precedent, or jurisdiction, or theories of interpretation, or other legalisms. Judges know that their role is problematic. Thus they cling to the texts that authorize their interventions and laboriously debate their interpretation with special reference to theories like originalism and constructivism to show that they are entitled to do what they are doing” WALDRON, Jeremy. **On judicial review**. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menuatest/articles>. p.1. Acesso em 15/09/2005.

O Brasil, diferentemente de outras Repúblicas Federativas, ainda não conquistou sua maturidade democrática e administrativa. O sufrágio universal constituiu uma das etapas de nossa lenta marcha democrática, mas não pode representar a última. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nossa realidade, está longe de constituir o temor de parte da doutrina estrangeira a repelir a invasão de competências ou inversão de papéis dos poderes constituídos: “ Por otra parte, es digno de especial consideración el creciente nalestar acerca de una excesiva dependencia de la Admnistración de una desbordante jurisprudência contecioso-administrativa, como consecuencia de los nuevos márgenes de configuración y valoración de los tribunales. Em ele Derecho Administrativo del médio ambiente y de la planificación, así como em otros campos jurídicos vecinos, andan em búsqueda de la propia posición entre el mandato de tutela y el progreso técnico. Se planteam problemas acerca de la extensión y la densidad de la actividad judicial de control. Se alzan vocês que lamentam la fatiga del Estado judicial del Estado de Derecho. En general, se aprecia un desplazamiento demasiado fuerte a los tribunales de tareas de la Administración.” HEYDE, Wolfgang. La jurisdicción. In. HESSE, Konrad. Manual de Derecho constitucional. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 820-821.

Infelizmente perdemos muito com a leitura fria e meramente semântica ofertada à atual Carta Política; de qualquer modo defendemos a completa razoabilidade dos pedidos que visam reparar eventual dano social (ofensa a determinado direito onde não se pode individualizar a vítima, uma vez que toda a coletividade possui interesse para figurar no pólo ativo da lide, representada pelo Ministério Público ou demais processualmente legitimados de modo plúrimo, na qualidade de fiscais da lei) provocado pela negação do direito social à moradia e resultam na seguinte indagação: os orçamentos brasileiros distorcidos pelo administrador merecem a correção do Poder Judiciário ao desrespeitar a adoção mínima de prioridades fundamentais, ou estas não existem em nossa organização constitucional e constituem meras falácias desprovidas de qualquer executividade reservada ao talante do administrador ou legislador ordinário? ¹²⁹

¹²⁹ No atual quadro social brasileiro devemos lembrar ao leitor que o modelo democrático adotado pelo nosso regime federativo carece de uma estrutura construtivista de democracia, passando pela participação popular na discussão dos orçamentos públicos e pela provocação do Poder Judiciário quando necessário, sem que possamos falar de ofensa à deliberação da maioria ou mesmo ditadura judicante: “ Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador. Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, é impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação. Claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende de uma fundamentação adequada. (...) A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos). Afirmar, portanto, o caráter contramajoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. (...) Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas. (...) Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas ou de sua falta.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.57-62.

Qual o receio para a intervenção judicante na execução forçada de direitos fundamentais ou mesmo em propor uma revisão dos atos administrativos em desacordo com os princípios constitucionais por completa omissão aos seus postulados fundamentais?¹³⁰

Vislumbramos resposta positiva, sendo possível ao Poder Judiciário interferir na condução da Administração Pública, sempre respeitado o princípio processual dispositivo (ou da provocação) toda vez que o administrador não priorizasse interesses básicos da coletividade; por conseguinte, não aceitamos a idéia de que o Poder Executivo tenha “carta branca” para gastar a receita pública sem a

¹³⁰ Precisamos urgentemente, sem nenhum adiamento e afastando qualquer traço de resistência acomodada e omissiva, revisar as bases conceituais da discricionariedade administrativa e suas implicações quanto à omissão e responsabilidade civil, a possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Judiciário quando houver desvio de finalidade, omissão pura ou demais atos que implique no descumprimento dos direitos fundamentalmente consagrados no Texto de 1988: “ Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida. Ademais, a Constituição prevê em seu art. 5º, XXXV, peremptoriamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle. Disso se constata que a omissão total (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário. É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição a melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa, estamos cômicos de uma impossibilidade de solução a priori para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia, tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos. (...) No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas, inicialmente, há de ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações. É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? (...) Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal. ” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p71-74.

menor preocupação com função social do orçamento público ou mesmo os desideratos constitucionais, em matéria de política mínima existencial.¹³¹

Se por hipótese o Prefeito de uma cidade resolvesse substituir toda a frota de ônibus recém adquiridos por outros mais novos ainda e houvesse a necessidade de edificar determinada quantidade de moradias populares, com custo muito inferior à medida anteriormente citada, defenderíamos a intervenção do Poder Judiciário para corrigir o ato administrativo praticado,¹³² pois acreditamos na possibilidade de receber o administrador comandos judiciais destinados à execução compulsória de programas

¹³¹ A realidade brasileira de investimentos em políticas sociais não poderia ser mais propícia à ingente necessidade de correção de gastos ou adoção de prioridades sociais pelo Poder Judiciário; se continuarmos a defender a anacrônica e absurda tese de separação absoluta dos poderes legalmente constituídos, sem ter em mente as necessidades sociais, estaremos corroborando com a adoção definitiva da discricionariedade absoluta em matéria de dotação de recursos públicos no Brasil. Nada mais dantesco para a promoção dos direitos sociais: “Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como consequência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas. Desse modo, quem analisar essas propostas poderá ‘ganhar a impressão de efetiva preocupação do governo como os direitos humanos, mas tal impressão se desfaz quando se verifica quanto foi efetivamente gasto.’ Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular). Na mesma linha, há quem recomende a condenação do Estado omisso a indenizar todo cidadão que se encontra impedido de exercer um direito reconhecido pela constituição, o que obrigaria os governantes a refletir sobre os reais custos de implementação do respectivo serviço público. No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.100.

¹³² A atuação do Poder Judiciário erigindo comandos diretos na execução das políticas sociais brasileiras não constitui, ao nosso sentir, uma teratologia jurídica mas, ao reverso, uma necessidade indissociável inerente à manutenção do Estado democrático de Direito; logo, a tarefa correccional dos investimentos longe de configurar uma extrapolação de atividades, consiste numa postura obrigatória de um novo modelo de julgador: o ativista social: “Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.101.

de moradia popular previstos atualmente no art. 3º da Lei nº 10.257/2001, quebrando o que a doutrina alemã denominou da reserva do possível como defesa contra o cumprimento forçado de tutelas específicas em obrigação de fazer.¹³³

¹³³ Precisamos urgentemente construir uma nova realidade prática e doutrinária para o Direito nacional, considerando nossa situação social e afastando teses incompatíveis com os anseios brasileiros de desenvolvimento e promoção da dignidade humana. Não queremos afirmar que as idéias formuladas no contexto europeu ou mesmo norte-americano no cumprimento dos mandamentos mínimos inerentes à sobrevivência individual sejam absolutamente inúteis quando de sua elaboração; entretanto, nunca podemos olvidar que nosso cenário social demanda resposta diferenciada dos postulados eurocêntricos que muito atrofiam nossa capacidade de construir soluções calcadas em nossa formação histórico-social. Ora, a tática da “reserva do possível”, glorificada em outras épocas em sociedades puramente liberais, não mais se coaduna com o cumprimento dos direitos fundamentais no Brasil, de modo a necessitarmos de outra resposta do administrador para sua negativa em cumprir os mandamentos constitucionais voltados à execução de políticas públicas: “ Justificativas à parte, o fato inexorável é que, cotidianamente, a força normativa da Constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam como alibi o velho e bolorento argumento da não-aplicabilidade imediata da Constituição, como se os direitos dependessem da lei. (...) Ora, a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma. A premissa é irrefutável. Até os autores que criticam a intervenção do Judiciário nessas questões reconhecem o acerto da premissa do raciocínio. (...) Fixados alguns suportes teóricos, devem-se discutir efeitos concretos desse posicionamento. Para isso, interessante seria a análise do problema da EC 26 no Brasil. Essa emenda foi aprovada exclusivamente para incluir no rol dos direitos sociais do art. 6º da CF o direito à moradia. Ora, os autores tradicionais zombam de tal medida, apontando que a Constituição não constrói casas, bem como a reserva do possível impede a efetivação pelo Judiciário do direito materializado na Constituição. Tais argumentos, o primeiro empírico e o segundo, que será analisado com mais vagar no próximo capítulo, são típicos de uma visão conservadora da Constituição, mas que começam a ser refutados.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.66-67.

Qual o exato limite da tese da reserva do possível nas sociedades marcadas pela violenta estratificação social com a brasileira? Será tal resposta formulada com o raciocínio conservador da década de 1980 ou mesmo de modo a inviabilizar a efetivação de todos os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988?¹³⁴

A correta aplicação das verbas públicas e o controle da ocupação dos espaços urbanos e a aplicação das sanções estabelecidas pelo artigo 182, §4º, da atual Carta Política, tais como a edificação compulsória, a progressividade do Imposto Predial Territorial urbano (IPTU) e o instituto da desapropriação como modalidades gradativas de comportamento coercitivo que deveria ser promovido pelo Poder Público municipal e simplesmente não é levado a cabo na realidade diária, não encontram eco no simples mito da discricionariedade, mas, de maneira aviltante na própria omissão.

¹³⁴ Por muito tempo assistimos atônitos a massificação da omissão administrativa disfarçada nos conceitos da discricionariedade e reserva do possível. Nada mais cômodo ao administrador inerte institutos jurídicos tão vagos emprestados à improbidade administrativa por omissão direta quanto ao cumprimento dos deveres mínimos do Estado brasileiro. Hodiernamente resta imperiosa a mudança de mentalidade do Poder Judiciário, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, além, obviamente, dos Tribunais de Justiça e órgãos monocráticos, por um processo de reciclagem profissional, quanto à executividade dos direitos fundamentais previstos expressamente na atual Carta Política, para que alteremos progressivamente o quadro de desmedidos danos coletivos provocados pelo Administrador, em todas as suas esferas, no trato de políticas públicas essenciais: “ Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente o direito à moradia possui conseqüências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito. (...) Qual direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em mero favor ou uma obrigação moral. Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O art. 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório. Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola. É claro que muitas vezes a solução não será diretamente preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento. Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juizes na efetivação da Constituição. Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, a priori, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68-69..

A incompatibilidade existente entre as administrações municipais e a garantia individual do direito à habitação apregoado na Constituição Federal e conseqüente marginalização da população em áreas periféricas centralizando um aparente e frágil desenvolvimento em exíguos complexos residenciais, dotados de infra-estrutura desconhecida na maior parte dos bairros recifenses, pode ser combatida por intermédio de uma inversão de prioridades na regência dos orçamentos públicos observando-se a impessoalidade administrativa e uma continuidade de investimentos sociais.¹³⁵

¹³⁵ No Recife, em dezembro de 2004, a imprensa noticiou vivamente a realização de um evento cultural que atraiu pessoas de outros estados gerando a discussão sobre o destino dos recursos públicos: a contratação de certa dupla musical e banda orçada em torno de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), conforme divulgação, seria razoável (dentro do conceito da discricionariedade administrativa) em uma cidade que ainda padece de mazelas sociais como: a falta de moradia e adequada rede de esgotamento sanitário, a precária condição de estabelecimentos de ensino, a inexistência de postos de saúde em áreas periféricas, a rarefeita distribuição do transporte público em localidades isoladas, o péssimo estado de conservação das vias públicas, dos logradouros em geral, a falta de equipamentos urbanos voltados para pessoas com necessidades especiais, além de outros itens? Além deste fato, poderíamos registrar muitos outros no cenário local suficientes para colocar em xeque a moralidade de gastos vultuosos sem a menor preocupação de dar conhecimento ao público de sua origem e justificativa, tais como: a edificação do novo fórum do Recife (verbas estaduais) com extrema suntuosidade contrastando diretamente com a pobreza e marginalidade circundante, a inauguração de um conjunto de esculturas nos arrecifes, sem olvidar do luxo não poupado nas atividades do Poder Legislativo (inclusive com a imoral e absurda resistência aos “cargos de confiança” e o pagamento de períodos extraordinários), do Poder Executivo e, infelizmente, do próprio Poder Judiciário. Quem paga a conta de tantas disfunções do orçamento público: Certamente o aviltado povo brasileiro com uma carga tributária sufocante e viciada. Nosso maior desafio não é a falta de recursos para as políticas sociais, mas, ao contrário, a transparente e correta aplicação dos mesmos. E certamente pode o leitor indagar: qual a competência para fiscalizar e sugerir a alocação das receitas públicas? A resposta é clara: a população deve ser convidada progressivamente, em homenagem à probidade administrativa, a participar e acompanhar de perto a distribuição dos gastos públicos, uma vez que aos Tribunais de Conta não compete exclusivamente tal tarefa. Necessitamos de uma urgente revisão das prioridades sociais: “O Poder Executivo, por sua vez, não somente executa as normas legislativas sobre direitos sociais. Ele cria as próprias políticas (policies) e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais. Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente, também, da não-execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.” KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.99.

5.2. O dirigismo urbanístico pode ser efetivado coercitivamente pela população recifense em face da possibilidade e garantias mínimas insertas na Constituição Federal de exigir do Poder Público Municipal comportamento comissivo.

Para compreender o alcance da tese ora sustentada devemos partir da efetividade coercitiva dos direitos sociais com o abandono de algumas teorias carcomidas pela inutilidade social e formuladas sem o compromisso daquilo que denominamos de “interpretação conforme a necessidade social”, tendo como um de seus pilares a independência dos julgados que obviamente é mensurada pela formação de cada Poder Judiciário e suas eventuais deficiências¹³⁶; ademais, não podemos olvidar que a execução das políticas urbanas na adequada distribuição do uso do solo recifense, não constitui tarefa exclusiva do administrador municipal (ensejando a planificação urbana ou monopólio administrativo).

Nossa realidade exige a participação efetiva dos moradores (notadamente por intermédio do orçamento participativo e conselhos municipais) e do próprio Poder Judiciário quando insuficiente o esforço popular.

¹³⁶ Não se pode exigir que uma nação possua um Poder Judiciário totalmente independente, pois estaríamos diante de uma utopia; entretanto, devemos continuar trabalhando pelo aprimoramento social do Poder Judiciário brasileiro, pois em nossa realidade democrática, ainda incipiente, dependemos, em algumas situações, da força normativa judicante: “ Dal principio di separazione dei poteri si è fatta derivar ela necessita che gli organi investiti della funzione giurisdizionale siano distinhti da quelli titolari della decisione política, costituenti il potere legislativo e quello esecutivo: la presenza di giudici tendenzialmente indipendenti dal potere político è considerato, infatti, um principio caratteristico dello stato liberale (...) Lê distinte modalità di garanzia dell’indipendenza variano in relazione al modello organizzativo dell’attività giudiziaria prescelto, facendo in particolare riferimento ai criteri adottati nella scelta dei magistrati cosi da potersi grosso modo distinguere trai I sistema c.d. di selezione político-professionale vigente negli ordinamenti di Common Law e quello di selezione burocrática diffuso negli ordinamenti di Civil Law.” VERGOTTINI, Giuseppe de. Diritto costituzionale comparato. Padova: CEDAM, 2004. p. 279-280.

Tal realidade pode ser nitidamente espelhada nas dimensões da política¹³⁷ urbana.

O Estado brasileiro ainda não foi maciçamente questionado sobre o descumprimento dos direitos fundamentais do ser humano, mormente se falarmos dos direitos sociais e, talvez por esta razão, ainda se defenda jurisprudencial e doutrinariamente a intocabilidade da Administração Pública revestida sem limitações por um poder discricionário que pode cometer o abuso de jamais efetivar um direito fundamental justificando ainda não chegar o momento oportuno para edificar uma escola, uma vila com moradias populares, um hospital, conforme salientado em aresto da lavra do Superior Tribunal de Justiça no RECURSO ESPECIAL nº 63.128-GO, onde era admitida a discricionariedade estatal absoluta, inclusive diante da oferta dos direitos mínimos ao cidadão.

Inadmissível que ainda toleremos teorias desprovidas de caráter social e julgados totalmente acomodados, para não dizer descompromissados, com os fins sociais do direito, pois o Poder Judiciário deve reformular seu posicionamento e postura hermenêutica em torno da coercibilidade presente no cumprimento dos direitos sociais previstos na Carta de 1988, não para ser convertido em um super poder sem limites e ditatorial, mas, reversamente, para responder prontamente às contínuas necessidades da população brasileira marcada por uma democracia drasticamente atrofiada que se resume, em nossa sociedade, ao mero cenário

¹³⁷ Mas, para nós, o “produto” que é a política urbana – produto de contradições urbanas, de relações entre diversas forças sociais opostas quanto ao modo de ocupação ou de produção do espaço urbano – não pode ser reduzido à “planificação urbana”. Ele se compõe de três dimensões: 1. uma dimensão planificadora (voltaremos para dizer em que sentido usamos esse qualificativo). 2. Uma dimensão “operacional”, que é o conjunto das práticas reais pelas quais o Estado central e os aparelhos estatais locais intervêm financeira e juridicamente na organização do espaço urbano. 3. Uma dimensão propriamente urbanística que condensa, materializa e mede, por isso mesmo, os efeitos sociais – no espaço – do par planificação urbana/operações de urbanismo.” LOJKINE, Jean. O Estado capitalista e a questão urbana. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.p.202.

eleitoral; além disso, não se pode olvidar da importante previsão constitucional para tanto e mesmo ainda para os que admitem a necessidade de expressa regulamentação de um direito fundamental, temos em matéria de educação e moradia¹³⁸ diplomas pertinentes.

Raríssimos estudos conhecemos abordando incisivamente o tema em enfoque e esperamos ao final do trabalho desenvolvido fomentar a discussão e a aplicação prática de um princípio constitucional de fácil execução mas que não mereceu ainda, na imensa maioria das cidades brasileiras, e principalmente no Recife, a devida atenção, aplicando a tese do dirigismo urbanístico e apresentando um mecanismo de execução das políticas urbanas destinadas ao cidadão, capituladas ultimamente na Emenda Constitucional nº 26/2000.

¹³⁸ Imperiosa a mudança de postura do Poder Judiciário como canal muitas vezes exclusivo de consecução de alguns direitos sociais, afastando, de uma vez por todas, o desgastado pensamento da invasão de competências em uma sociedade que carece de amplas reformas no combate à miséria e à pobreza. Devemos assumir o “risco” de decisões de vanguarda sob pena de estarmos fadados ao ocaso dos direitos sociais e todas as demais garantias mínimas do indivíduo. Hoje, não mais se admite o conservadorismo judicante, a despeito de sua presença ainda poder ser notada nos quadros da magistratura nacional. De fato, sem apostar na autonomia do Poder Judiciário não teremos segurança para executar determinadas políticas públicas pela ausência da mais absoluta coercibilidade: “ A contribuição maior da sociologia para a democratização da administração da justiça consiste em mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas. Por um lado, a reforma da organização judiciária, a qual não pode contribuir para a democratização da justiça se ela própria não for internamente democrática. E neste caso, a democratização deve correr em paralelo com a racionalização da divisão do trabalho com uma nova gestão dos recursos de tempo e de capacidade técnica. Por outro lado, a reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados, sem a qual a ampliação dos poderes do juiz propostas em muitas das reformas aqui referidas carecerá de sentido e poderá eventualmente ser contraproducente para a democratização da administração da justiça em particular. (...) É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por outro lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso como se viu vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9ed. São Paulo: Cortez, 2003.p.180.

Além da luta pela implementação das políticas sociais, merece atenção a imposição das penalidades constitucionais contra o proprietário omissor, jamais aplicadas em nossa cidade dentre as quais destacamos o IPTU progressivo, nos moldes do art. 156, §1º da Constituição Federal.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IPTU. IMPOSTO DE NATUREZA REAL. PROGRESSIVIDADE. CAPACIDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

I – É o IPTU imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte. Logo, a progressividade da alíquota da exação, com base no valor venal do imóvel, somente é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos nos §§ 2º e 4º do art. 182 da constituição federal.

II – Precedente do Plenário.

III – Recurso Extraordinário conhecido e provido.

STF. Recurso Extraordinário nº 196337/SP. Relator: Min. Maurício Correa. 2ª Turma. DJ: 14/08/1998.

Ora, se o Poder Judiciário reconhece a possibilidade de aplicação progressiva do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) como mecanismo de coercitividade na execução do princípio da função social da propriedade, qual a razão de não exigirmos a aplicação do próprio princípio ?

Devemos recordar que a prática de recorrermos sempre às normas ordinárias ou complementares à Constituição Federal constitui péssimo hábito, contrário ao desenvolvimento social brasileiro, principalmente quando recordamos que estamos sitiados por um universo normativo infindável provocador de uma verdadeira avalanche de leis ordinárias e congêneres, concebendo o gritante fato de conferirmos estúpido valor às normas hierarquicamente inferiores à Constituição Federal em

detrimento da própria Carta Política de 1988 e constituindo o que denominamos de culto hipervalorizado das normas ordinárias.

Compete ao Poder Judiciário, desprender-se das amarras à orientação de que a força principiológica da Constituição Federal não encontra respaldo senão em normas ordinárias, pois se a execução dos preceitos contidos em nossa Constituição estiver atrelada à edição de uma norma superveniente, estaremos condenados a depender da vontade legislativa e também da rigidez e do desprezo com que se tratam ainda os direitos fundamentais no Brasil, seja no Poder Legislativo¹³⁹ ou Executivo.

Acompanhemos a realidade da cidade do Recife pertinente à progressividade da alíquota do Imposto Predial Territorial Urbano, nos moldes do art. 30 da Lei nº 15.547/1991 que instituiu o Plano Diretor, dispondo:

Art. 30. Esgotado o prazo a que se refere o artigo anterior, o Município deverá aplicar alíquotas progressivas, na cobrança do imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, da seguinte forma:

- I - no primeiro ano, alíquota de 5% (cinco por cento);
- II - no segundo ano, alíquota de 10% (dez por cento);
- III - no terceiro ano, alíquota de 15% (quinze por cento);
- IV - no quarto ano, alíquota de 20% (vinte por cento);
- V - a partir do quinto ano, alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

§ 1º. A aplicação da alíquota progressiva de que trata este artigo será suspensa imediatamente, a requerimento do contribuinte, a partir da data em

¹³⁹ É imperioso tomar alguma atitude contra o conformismo hermenêutico reinante em nossa literatura jurídica em virtude de não mais podermos admitir o desprezo pela oferta dos direitos e garantias mínimos indispensáveis à evolução do gênero humano; destarte, nossa crítica é dirigida principalmente à ausência de preocupação com tão gritante situação: “ Depois, acede-se, “ a própria idéia de função social da propriedade já ensejaria, hoje, ao Poder Público uma série de atuações e de medidas em benefício da coletividade. Todavia, isso tem encontrado uma resistência total do Poder Judiciário. Raríssimas são as exceções, (...). Em geral, o Poder Judiciário não dá a menor atenção ao princípio da função social da propriedade. É como se não existisse. Nós sabemos que a lei não tem palavras inúteis e muito menos a Constituição.” MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999. p.12.

que seja iniciado o processo administrativo de parcelamento ou iniciada a edificação, mediante prévia licença municipal, sendo restabelecida em caso de fraude ou interrupção, quando não requerida e justificada pelo contribuinte.

Observamos, de pronto, que a única divergência entre o Estatuto das Cidades e o Plano Diretor da Cidade do Recife reside justamente no teto da alíquota progressiva do IPTU ao cabo do quarto ano, uma vez que o limite máximo estabelecido na Lei nº 10.257/2001 alça os 15% de alíquota em cinco anos e destronando o pronunciamento do STF quanto à proibição de progressividade quanto à localização do imóvel temos o texto do art. 156, §1º, I e II da Carta Política de 1988 com a redação empresta pela EC nº 29, de 14 de setembro de 2000, restando plenamente coerente e constitucional a cobrança por parte dos municípios do IPTU com alíquota progressiva em função da localização dos imóveis e seu valor venal, não apenas como forma de penalidade para o descumprimento da função social da propriedade.

De qualquer modo, nossa principal sugestão contra a propriedade urbana ociosa na cidade do Recife aponta para a união entre a progressividade em torno do valor venal do imóvel e de sua localização e a progressividade de alíquota para o proprietário omissor, dado que ainda não reputamos suficiente para combater energicamente a péssima utilização do solo urbano¹⁴⁰ diante da reinante especulação imobiliária.

¹⁴⁰ Reputa-se então que a diferenciação da tributação tomando como base aspectos como uso, localização e até mesmo área dos imóveis tem aplicação mais apropriada para fins extrafiscais, onde o aspecto de diferenciação já é escolhido de forma a atender a finalidade extrafiscal pretendida. Neste sentido, a EC 29/00 trouxe aos municípios a possibilidade de instituir alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, com a finalidade de prestigiar a ocupação de determinadas áreas em detrimento de outras, de acordo com critérios adotados pelo plano diretor. TELLES, Eduardo Maccari. Capacidade contributiva e progressividade no IPTU. Disponível em [http://www. Planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acessado em 30/05/2003.

5.3. O que existe em comum entre a função social da propriedade urbana e o processo civil solidarista no cumprimento do “contexto mínimo fundamental”?

Ainda constitui cena cotidiana no mundo jurídico brasileiro a avaliação da distribuição da propriedade urbana e rural com olhares extremamente conservadores, utilizando-se critérios hermenêuticos desprovidos de qualquer caráter social e dissociando-se o verdadeiro escopo do processo como instrumento de solução de conflitos, talvez em função de nossa tradição colonialista e altamente conservadora onde a Constituição Federal de 1988 não teria sido interpretada em toda a sua força endereçada á correta utilização do solo urbano .¹⁴¹

O processo constitui um dos instrumentos democráticos de efetividade das normas constitucionais, se bem que nenhum País deva almejar a concretização dos direitos fundamentais condicionada ao ingresso no Poder Judiciário. Os direitos sociais, de nítido caráter emergencial, emanam de uma relação jurídica coletiva e merecem tutela coletiva, por intermédio da defesa dos direitos difusos com ações de cunho solidário ou de massa; assim, a dignidade da pessoa merece ser tutelada emergencialmente.

¹⁴¹ A função social da propriedade apresenta-se, portanto, no direito brasileiro, estranha ao Código Civil. A norma constitucional de 1946 introduziu, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade, na esteira de copiosa legislação intervencionista que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do direito civil. Assim como na Europa, o Estado brasileiro do primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30, adotou uma política nitidamente intervencionista, a refletir um processo, ainda atual, de dirigismo econômico e de sucessivas restrições à propriedade privada, incapaz, todavia, de criar as desejadas bases mínimas de justiça distributiva e do bem-estar social. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.269-270

Para a tutela coletiva do direito social à moradia, são agentes importantíssimos o Ministério Público, as associações destinadas a defender os interesses difusos ligados à questão urbana e todos os demais legitimados na LACP – Lei n. 7.347/1985.

A função social da propriedade como princípio constitucional possui largo vínculo com o processo civil moderno quando este último é aplicado no combate à acomodação social e aos processos de exclusão coletiva; logo, a propositura da tutela solidária visa diretamente o combate daquilo que se costumou chamar de dano social, de dimensões não delineadas subjetivamente.

O Judiciário de hoje deve prestar atenção à dinâmica dos fatos sociais, da grave crise econômica vivenciada no Brasil, do alarmante padrão de miséria estacionária destacada frontalmente com a questão urbana; o processo civil da atualidade funcionaria muito mais como elo entre as reivindicações populares e o dever estatal de agir frente aos direitos e garantias fundamentais do que mero instrumento de coerção contra a omissão estatal; poder-se-ia indagar se a efetividade da função social da propriedade urbana estaria condicionada à promoção jurisdicional, ao que responderíamos não desejar fosse esse o único caminho para tal finalidade.

O Administrador brasileiro, salvante raras exceções, cumpre espontaneamente seus deveres funcionais; de qualquer forma recordemos que a Constituição Federal vigente, tendo sua política urbana regulamentada pelo Estatuto da cidade, também previu o ingresso no Judiciário na defesa da usucapião urbana coletiva; outro tópico pouco discutido na intervenção do Executivo sobre a propriedade consiste na desapropriação para fins de interesse social.

De modo tímido e lento foram processadas alterações no conteúdo do direito à propriedade revelando, cada vez mais, a necessidade de criação de um processo civil social, longe do rigor formal da classificação das normas constitucionais e do mecanicismo do princípio dispositivo, uma vez que a correção dos abusos e distorções da legislação brasileira merecem total atenção das instâncias judicantes de nosso País, notadamente quando da negação dos direitos fundamentais.

Atualmente seria ingênuo admitir que o julgador deva apenas preencher determinadas formalidades; ao contrário, deve quando necessário, revisar a limitação legislativa infraconstitucional e atender prioritariamente aos fins sociais do direito ou interpretar conforme a necessidade social, servindo de fator de compensação entre as atitudes do Executivo e Legislativo e quebrando o mito da neutralidade.¹⁴²

Compete ao Poder Judiciário, utilizando-se da amplitude do processo civil de massa, efetivar direitos básicos do cidadão e combater diretamente a omissão estatal e romper as estruturas de um comportamento acrítico e acomodado socialmente consubstanciado no mito da invasão de competências ou governo do Poder Judiciário,

¹⁴² Em nenhuma parte desta tese defendemos a idéia do absoluto arbítrio pelo Poder Judiciário como revisor das limitações impostas pela legislação infraconstitucional ou mesmo por comandos mandamentais que impliquem em dotação de despesas não atreladas à consecução de políticas públicas sociais, diante da realidade de miserabilidade e péssima distribuição dos serviços essenciais à população. Discordamos das teses restritivas de limitação ou mesmo interferência do Poder Judiciário apregoadas em parte da recente doutrina norte-americana, em virtude daquela realidade social ser completamente distinta da nossa. Precisamos construir um raciocínio jurídico voltado a atender nossas necessidades oriundas de uma democracia extremamente atrofiada e reduzida ao direito ao voto: "I am not convinced, but it is not my intention to make the case here against judicial review of legislation. I do think if imperative, however, that such a reform should not be undertaken without a clear sense of what is valuable and important and authority that legislation can command. It should certainly not be undertaken on the basis of the impoverished conception of legislation that is found presently in one jurisprudence or in the theoretical underpinnings of American Constitutional Law." WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cup, 1999. p.5.

quando se alega injustificadamente existir ofensa à separação dos poderes constituídos.¹⁴³

Ora, se é perceptível facilmente por qualquer um de nós as contradições, omissões e abusos do administrador público em matéria do direito à habitação, ou em relação à questão urbanística como um todo, qual seria a vedação existente em atuar o Judiciário no controle das ofensas a este direito difuso, mormente quando versa sobre a dignidade humana, em todas as esferas dos direitos de personalidade?

Não se pode mais tolerar a falsa idéia de que haveria uma invasão de competências ou verdadeiro governo pelo Poder Judiciário, quando o Estado brasileiro fosse condenado a cumprir uma tarefa designada constitucionalmente.

Devemos lembrar da teleologia do processo civil diante da questão urbana como realidade e tarefa inafastáveis, pois nossa realidade não nos confere legitimidade para desprezar a instância judicante como recurso hábil a efetivar coercitivamente as garantias fundamentais, dentre elas a execução de programas de moradia popular (art. 3º da Lei n. 10.257/2001).

¹⁴³ Quando o Poder Judiciário condena o Estado em obrigação específica de realizar uma obra social, jamais estaria invadindo competência reservada ao Poder Executivo, uma vez que a origem da condenação repousa na omissão do administrador em executar políticas públicas sociais destinadas a compensar as distorções entre a oferta dos direitos fundamentais. Devemos acabar com o mito da invasão de competências pois na realidade nacional a atrofia dos demais poderes exige tal comportamento: A atribuição desse poder paralelo aos juízes não afastou a primazia do Legislativo na formulação das políticas públicas. Limitações inerentes à atividade judicial são suficientes para garantir tal primazia, uma vez que é atribuído ao juiz, no exercício do controle de constitucionalidade, o ônus de demonstrar, mediante argumentação racional, o desacerto da atividade legislativa em relação ao texto constitucional." MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10. Disponível em <http://www.cjf.gov.br> Acesso em 22/10/2002.

O principal problema a enfrentar no Judiciário brasileiro seria, ainda, o reinante conservadorismo nas decisões de caráter coletivo, também conhecidas como tutela de massa ou solidária, notadamente quando o assunto em debate reside na questão da função social da propriedade urbana.

Certamente já advertimos o leitor da rarefação de arestos em torno deste tema e, a despeito desta dificuldade, ilustramos hipótese de tal postura colhendo acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça, quando questionada a obrigatoriedade da Administração Pública de construir obra de natureza educacional versada na Lei nº 8.069/1990; aquela Corte naquele momento, ao invés de consagrar a possibilidade de execução forçada contra a Administração, amparou posicionamento acomodado de vedação ao Judiciário de determinar coercitivamente o implemento de obras destinadas ao cumprimento dos preceitos constitucionais (no caso em espécie a teoria da proteção integral e a prioridade absoluta).

O vago fundamento da impossibilidade de condenação do Executivo em obrigação de fazer, centrado na generalidade da norma constitucional não poderia prosperar em decorrência de uma alegada carência do pedido pela sua impossibilidade jurídica, em virtude de inexistir norma ordinária expressando tal dever fundamental, pois estaríamos processando um liberalismo axiológico sem precedentes.¹⁴⁴

¹⁴⁴ O amadurecimento do Poder Judiciário nacional ainda é tímido para as políticas públicas, considerando nossa tradição liberal hermenêutica. Todo o processo de interpretação social depende também de uma reciclagem cultural procedida na esfera acadêmica como primeiro passo para tal conversão: “ Thus, while process rationality tends to dissolve the liberal legalism of formal rationality and deconstructs the bureaucratic rigidities of substantive rationality. It is vulnerable to the very qualities that make it attractive as na alternative to formal and substantive modes of government: its tolerance of diversity and indeterminacy, its interactive and negotiated character, and its normative autonomy and self-justification.” HEYDEBRAND, Wolf. **Process rationality as legal governance: a comparative perspective**. Disponível em <http://www.club.form.ru/books>. p.329. Acesso em 15/09/2005.

Entretanto, o STJ ao construir sua argumentação nos autos do RESP 63.128-GO, prendendo-se na necessidade de norma inferior à Carta Política de 1988, olvidou do art. 5º da Lei nº 9.394/1996 (LDB), quando ali encontramos expressa referência ao direito à educação como de índole subjetiva, passível, portanto, de executividade imediata.

Não podemos confundir o poder discricionário com a omissão estatal; conceitos estanques não possibilitam ao intérprete o menor grau de comistão e necessitam de melhor apreciação por parte de nossos julgadores; quando o Poder Judiciário determina o cumprimento forçado de direito social de índole subjetiva ao Estado administrador, nada mais está fazendo do que seu papel de saneador das distorções perpetradas pela omissão administrativa.

Não se deve tolerar o juízo de discricionariedade quando o assunto em comento versa sobre a execução de obras públicas destinadas à melhoria da qualidade de vida da população brasileira, restando inadmissível a alegação vazia da necessidade de previsão orçamentária anterior para o cumprimento de obras desta natureza, de modo que o administrador, na hipótese de não ter incluído em orçamento previamente recursos para tais fins, seja instado a fazê-lo.

Ilustrando nossa discordância quanto à discricionariedade como meio de defesa da Administração Pública para não realizar políticas sociais mínimas (inclusive no direito à moradia), rebateremos trechos do RESP 63.128-GO, péssimo exemplo de decisão judicial contrária à efetividade dos direitos sociais:

RELATÓRIO DO RECURSO ESPECIAL Nº 63.128-GO:

1. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com arrimo no art. 105, III, a e b, da Constituição Federal contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

2. O recorrente, por intermédio do Núcleo da Infância e da Juventude, propôs ação civil pública para compelir o Estado de Goiás a determinar a construção de estabelecimento educacional para o acolhimento de adolescentes que venham a receber a aplicação de medida sócio-educativa de internamento. Julgada procedente em parte foi a decisão cassada em grau de apelação, cujo acórdão registrou a carência de ação por falta de possibilidade jurídica do pedido.

3. Alega o recorrente que a decisão guerreada contrariou o art. 4º da Lei nº8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e convalidou ato omissivo do governo local contestado tanto em face da referida lei quanto em face da Constituição estadual.

4. O recurso foi admitido com fundamento na alínea b do permissivo constitucional.

5. O Ministério Público Federal, em parecer do Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, opinou pelo provimento do recurso. Não cabe alegação de falta de recurso orçamentário. Além disso, determinação judicial objetivando adequar prioridade que deveria ser concedida pelo Estado ao menor é juridicamente possível. Não há interferência do poder discricionário estatal, devendo este ser entendido como o poder outorgado ao agente público para atuar dentro do âmbito demarcado pela regra jurídica.

É o relatório.

VOTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 63.128-GO:

O Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel (Relator):

O Especial se faz pelas alíneas a e b do permissivo constitucional.

O recorrente transcreve o art. 171 da Constituição do Estado de Goiás:

O Estado e os Municípios assegurarão à criança e adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à moradia, ao lazer, à proteção no trabalho, à cultura, à convivência familiar e comunitária, nos termos da Constituição da República, compreendendo:

I -
 IV – aquinhoamento privilegiado de recursos públicos para os programas de atendimento de direitos e proteção especial da criança e do adolescente.

O artigo supra não é preciso muito esforço ou acuidade para perceber, se modelou bem de perto no art. 227 da Constituição Federal (Da família, da criança, do adolescente e do idoso).

O art. 4º da Lei nº 8069/90, também transcrito pelo recorrente, dispõe:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único: a garantia da prioridade compreende:

- a).....
- b) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) distinção privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Infelizmente o recurso não tem como ser provido. Todavia, não posso furtar-me à transcrição de uma nota de admiração pela recorrente, a Promotora de Justiça Maria José Perillo Fleury, por seu idealismo, e porque não dizer “posicionamento vanguardeiro em relação ao nosso atual estágio político jurídico”. Explico-me. A nossa Constituição de 1988 mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores é “dirigente” (dirigierende Verfassung) e “programática” (programmatische Verfassung). Ela almeja construir uma sociedade livre, justa e solidária. (art. 3º I) erradicando a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais (id III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer diretrizes modeladoras para a própria sociedade, acenando como a intervenção do poder público na ordem econômica, financeira, cultural e ambiental. Essas normas programáticas se destinam especialmente aos Poderes Públicos. Ao legislativo, pra que ele procure elaborar as normas infraconstitucionais consoante os programas e tarefas gizados pela Constituição. Ao Judiciário, para que ele igualmente exerça a denominada atualização constitucional (Verfassungsaktualisierung), ou seja, interprete as leis tal qual preceituado na Constituição. Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram, de modo concreto, a escalada prioridade. Assim, não se tem como obrigar o Executivo a construir

o centro de recuperação e triagem para a recepção de adolescentes submetidos ao regime compulsório de internamento. Haveria uma verdadeira intrusão do Judiciário no Executivo. O relator *a quo*, o eminente Des. NOÉ GONÇALVES FERREIRA, bem apreendeu em seu voto:

Analisando o caso sob enfoque nestes autos em face do estudo ora reproduzido, tem-se, sem dúvida, que sentença vergastada impôs ao Poder Executivo Estadual obrigação de executar obra inserida na sua discricionariedade, o que evidentemente, não é possível. Sim, porque o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas.

Ainda que escrito há mais de meio século e na França onde o figurino constitucional é diferente do brasileiro, vale a pena transcrever palavras de Maurice Hauriou em seu *Précis Élémentaire de Droit Administratif* (Librairie du Recueil Sirey, 1938, p.229).

L'administratiion n'est pas animée, dans ce qu'elle fait, d'une volonté intérieure légale; elle est animée d'une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à um pouvoir extérieur. Il suit de là d'une part, que, dans lês matières de as compétence, lorque son pouvoir n'est pas lié par des dispositions légales, il est entièrement autonome, et, d'autre parte, que, dans lês matières o'u son pouvoir paraît lié para la loi, il lui se conforme toujours à um certain choix des moyens qui lui permet de se conformer volontairement à la loi. Cette faculte de se conformer volontairement à la loi est d'autant plus réservée à l'administration des lois et qu'elle jouit constitutionnellement d'une certaine latitude dans lê choix des moments et des circonstances ou elle assure cette application. A ce point de vue, il convient d'indiquer à nouveau que lê pouvoir discrétionnaire de l'administration consiste em la faculte d'apprécier l'opportunité qu'il peut y avoir à prendre ou à ne pas prendre ou à ne pas la prendre immédiatement, même lorsqdu'elle prescrite par la loi.

Com essas ligeiras considerações conheço do recurso para negar-lhe provimento. É como voto.

O exemplo de aresto acima citado traduz boa parte de nossas preocupações, quais sejam: o mito da dependência das normas constitucionais à vontade do legislador ordinário, a ilimitada concepção de poder discricionário que não deve ser admitido sob pretexto algum, sob pena de aceitarmos a omissão estatal.

Do acórdão acima concordamos apenas com a posição do Ministério Público, quando asseverou da possibilidade de condenação específica em obrigação de fazer: edificar centro de triagem e internamento para medias do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De idêntica forma, louvável o posicionamento do *parquet* ao afirmar da inexistência de óbice pela falta de previsão orçamentária na construção da aludida obra destinada ao cumprimento de um direito social.

Em tais casos, o Poder Executivo não possui outra escolha senão a de cumprir as prioridades impostas pela Constituição Federal e afastar a defesa da discricionariedade como manto para sua impunidade em não realizar programas sociais.

Quanto ao teor da alegada discricionariedade e da liberdade absoluta do administrador em eleger suas prioridades, nada mais falacioso em matéria constitucional: se assim não o fosse padeceria de conteúdo a *mens legis* contida nos direitos sociais e prestacionais, pois nas situações em que o constituinte afirmou expressamente existir prioridade absoluta de execução não há permissão ao Executivo de relegar a segundo plano seu cumprimento, restando esvaziado o mérito do poder discricionário.

Inexiste choque de competências entre discricionariedade e condenação em obrigação específica; todavia, naquele julgado o STJ, de maneira extremamente anacrônica, resolveu demonstrar todo o seu conservadorismo em sede do cumprimento dos direitos fundamentais.

Não há como ser levantada a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que esta condição da ação somente existe quando o ordenamento jurídico não comporta previsão para o pleito ou evidencia proibição de ato positivo, que não era o caso dos autos. O meio jurídico nacional ainda dedica incomensurável apego às normas infraconstitucionais, chegando ao absurdo de condicionar a efetivação dos direitos fundamentais à inexistente exigência de regulamentação.

Precisávamos inserir na Carta Política vigente a verdadeira força de seu texto, abandonando por completo a malsinada tese da programaticidade constitucional (extremamente ultrapassada e sem o menor compromisso social); arcamos, ainda, com o preço caríssimo de nosso subdesenvolvimento cultural e desastrosa formação conservadora do nosso Poder Judiciário (com raras exceções), além de juristas despreocupados em conferir efetividade à norma constitucional.

Assim ocorreu, em matéria de garantias básicas, com o direito à moradia, inserto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 pela EC nº 26/2000, explicitado pelo art. 3º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), capitulando de modo expresso e claríssimo a obrigatoriedade da execução de programas de moradia popular, não deixando nenhuma dúvida sobre a vinculação deste direito social às prioridades estatais.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Temos esperança de que o Brasil paulatinamente ganhe profissionais no Judiciário mais compromissados com a questão social; entretanto, as bases de formação de tais operadores jurídicos denotam a árdua tarefa de mudança de posturas interpretativas: “A pouca experiência dos membros do Poder Judiciário no manejo dos princípios constitucionais termina subvertendo a lógica jurídica e colocando a população refém de normas infralegais editadas sem qualquer preocupação com esses princípios superiores, no mais das vezes, com elas conflitantes.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um directo constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.73.

Nada mais nefasto à promoção dos direitos fundamentais do que a perpetuação doutrinária da programaticidade das normas constitucionais; o papel do dirigismo urbanístico reside, neste ponto, justamente na possibilidade de controle dos atos administrativos, notadamente os atos omissivos diante das políticas de prestação social mínima, estabelecendo um contexto mínimo fundamental, onde não se poderia perpetuar a programaticidade em situações pertinentes aos direitos da personalidade e, portanto, limítrofes da dignidade da pessoa, proibindo o administrador de negar a oferta de direitos fundamentais.

Tal conceito possui dois sustentáculos para ingresso no mundo jurídico, a saber:

a) a vedação de aplicar o poder discricionário como meio de defesa e proibitivo da realização de tutelas sociais e; b) a possibilidade jurídica de ser exigido judicialmente comportamento comissivo do administrador diante de norma constitucional vinculativa e absoluta, insofismável pela vontade do Poder Público.

Asseverar que a Constituição Federal necessite sempre de regulamentação em sede de direitos fundamentais seria um entrave à efetividade de tais garantias; em poucas palavras, o administrador não tem escolhas a fazer quando se depara com a obrigatoriedade de fornecer serviços essenciais à população.

A legislação processual civil granjeou conquistas sobre o processo coletivo, dentre as quais salienta-se a tutela dos interesses difusos na Lei nº 7.347/1985 e a política urbana recebe tratamento específico no art. 182 da Carta Magna, discorrendo sobre penalidades impostas pelo uso nocivo da propriedade urbana, sua subutilização

e até mesmo a omissão do proprietário de forma direta; entretanto, apenas encontraremos contornos mais amplos para o processo de massa na regulamentação operada pela Lei nº 10.257/2001 (usucapião coletiva urbana). A maior contribuição ofertada pelo processo civil certamente encontramos na instrumentalidade e agilidade das demandas transindividuais, de modo que o Estatuto da cidade deve ser recebido pelo Judiciário como autêntica norma destinada a coibir a omissão do Poder Executivo.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Não havia possibilidade, antes mesmo da edição do Estatuto da cidade, dos administradores municipais descumprirem a oferta do direito à moradia, porém esta não foi a interpretação a prevalecer no meio jurídico, salvante algumas exceções: “ A omissão da União, ao não editar a Lei Fundamental de desenvolvimento urbano não deve interferir na obrigação do Município de atender a mensagem constitucional de executar a política urbana na cidade com o intuito de transformar as condutas e as relações decorrentes dos conflitos urbanos para dar concretude aos valores e princípios do Estado democrático de direito. Essas transformações somente ocorrerão com o devido respeito à autonomia política do município, assegurada no art. 18 da Constituição, e pelo reconhecimento da capacidade do poder local. Reconhecer tal capacidade é considerar com senso comum a autodeterminação dos povos que vivem nas cidades de participar das instâncias de decisões que formulam e determinam os meios de execução das políticas públicas.” SAULE JÚNIOR, Nelson. O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana. *In* Direito urbanístico. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.36.

5.4. Tutela coletiva da propriedade no atual direito processual brasileiro.

5.4.1. O renovar do processo como primeiro passo no cumprimento da função social da propriedade urbana.

Desde o auge da legislação liberalista sobre propriedade no início do século XX até os presentes dias seria copioso traçar um quadro meticoloso sobre a evolução de um dos institutos jurídicos mais próximos da realidade humana, direcionador de toda a qualidade de vida para as “modernas civilizações”, qual seja: o instituto jurídico da propriedade, antes visto como mero centro de direitos para o seu titular ativo e posteriormente concebido como um feixe de direitos e deveres tanto para titulares ativos como passivos.

Contudo, o conceber do direito e dever de propriedade só foi aprimorado como atributo dotado de regras comissivas a partir de 1917 com a publicação da Carta Republicana de Weimar, quando se afirmaria que “A propriedade obriga”.

Certamente seria simples afirmar que a mutação do conteúdo do direito e dever de propriedade ocorreu tímida e lentamente em mais de oitenta anos desde o surgimento do princípio da função social da propriedade.

Diante de tais afirmações, além de outras considerações que devem ser estabelecidas, tais como o fato da transição do modelo de concentração das atividades rurais para o meio urbano, com a grave acentuação do processo de larga industrialização, resta salientar que ainda existe certa resistência na mudança de

mentalidade sobre os paradigmas de proteção possessória ou petítória, afastados de uma moldura instrumental no novo processo civil.

Os conflitos rurais receberiam a função social da propriedade antes mesmo das cidades, ainda que desprovida a sua defesa de instrumentos específicos gerando um lento processo de absorção das ações de caráter geral para a proteção petítória e possessória sem, contudo, defender a exata expressão do princípio da função social da propriedade, sob a bandeira de uma resistência conservadora de inutilização do solo como meio de produção e distribuição de riquezas e oferta de trabalho.

Logo, em seguida, assistimos estarecidos a uma série de conflitos sociais marcando o cotidiano urbano com práticas violentas e escusáveis de reintegração da posse como assevera a legislação processual civil em vigor e o próprio diploma civil, em ordem frontalmente omissa diante dos comandos constitucionais; lentamente surgem estudos voltados à finalidade maior do processo como meio assecuratório da democracia, assumindo contornos oriundos das idéias do jurista Mauro Cappelletti e promovendo o direito de ação voltado às lides coletivas

Notório é o dado de que a solução tardia de um conflito resulta em mais injustiça do que o próprio comando sentencial e, de igual sorte, os conflitos sociais necessitam da chancela estatal para seu término sem a qual implicaria qualquer solução em provável retorno à justiça privada, conhecida também como aplicação da justiça privada; urge indagar coesa e rapidamente sobre os efeitos de decisões tardias para os feitos concernentes à matéria da propriedade e para aqueles em que a decisão fosse conferida rapidamente, mas desprovida de qualquer inspiração em

postulados de justiça ou equidade, fugindo da base da instrumentalidade processual defendida na moderna visão do processo civil.

5.4.2 A tutela promocional na efetividade do direito social à moradia passa por uma mudança de comportamento jurisprudencial brasileiro?

O Poder judiciário nacional, é bem verdade, não tem sido devidamente provocado individual ou coletivamente para impelir o Estado a atender os preceitos bem definidos da Constituição Federal quando estabelece medidas compulsórias de aproveitamento do solo urbano, seja no parcelamento, na progressividade tributária, no instituto da desapropriação, enfim, temos variados instrumentos de promoção da cidadania e não utilizamos praticamente nenhum deles.

Em 1988, argumentava-se que as normas constitucionais pertinentes à propriedade urbana dependiam visceralmente do implemento de outras de menor patamar hierárquico, ou seja, da criação dos chamados planos diretores em todas as cidades brasileiras com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes (nos termos do art. 182,§1º da CF/1988); hodiernamente, não temos na maior parte das capitais brasileiras planos diretores e respectivas leis de uso e ocupação do solo.

Entretanto, a mesma resistência perdura, inconscientemente, resistimos em empregar a política de desenvolvimento urbano e de igual forma, empregamos a mais grave das modalidades de exclusão social ainda reinante nas capitais, a saber: a conduta omissiva dos administradores municipais, devendo-se de logo salientar que já expusemos nosso ponto de vista sobre a necessidade de normas complementares ao princípio da função social da propriedade urbana. De qualquer modo, como admitir o torpor administrativo no interregno entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a aprovação do Estatuto da cidade?

Desconhecemos, ainda, a existência de uma cristalina e ágil política de direcionamento da questão urbana, logo, pressentimos que o relegar da questão tornará insuportável a suposta “qualidade de vida” não apenas no centro do Recife, mas em toda a RMR (Região Metropolitana do Recife), pois outros resultados certamente pretendemos atingir, tais como: a) necessidade indisfarçável da atuação do Ministério Público na defesa do direito à moradia, por intermédio das competentes ações em repúdio à conduta do administrador local nos termos do art.225 da Constituição Federal de 1988) e LACP (Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85).

Não ressaltamos este ponto ao acaso como resultado perquirido; inúmeros fatores fomentam a sua discussão: seria mais eficaz e segura a intervenção do Ministério Público, por intermédio de ação destinada a defender os interesses coletivos, no intuito de penalizar a omissão do Estado quanto à função social da propriedade urbana, ou o particular, mediante a propositura de ação exclusiva obteria melhores resultados?

Certamente a garantia fundamental da moradia, reiterada inúmeras vezes na atual Carta Magna, trata de direito plenamente realizável se adotarmos uma postura mais rígida quanto ao exercício dos direitos personalíssimos e não oferecermos espaços para a atitude omissiva do administrador municipal, mormente quando provocarmos de maneira acirrada o Poder Judiciário exigindo uma formação de pensamento compatível com a ordem inaugurada em 1988; ou seja, ainda que contraditoriamente, a adoção de instrumentos judiciais ainda pode ser o melhor caminho a seguir na trajetória da promoção do direito social à moradia.

Após os inúmeros registros de nossas observações em torno da realidade empírica na cidade do Recife, podemos afirmar que a política urbana local ainda necessita de um forte aparato de ações administrativas destinadas à concretização do direito à moradia e ao desenvolvimento sustentável como um todo.

Contemplamos hoje um cenário legislativo plenamente viável à consecução do princípio da função social da propriedade urbana, entretanto, não se pode negar a falta de vontade política para a execução de planos continuados de gestão urbana, dado este não apenas peculiar da capital pernambucana, mas comum a outras cidades brasileiras que padecem dos mesmos males.

O advento do Estatuto das Cidades, após longos 11 anos de tramitação no Congresso Nacional, com a edição da Lei nº 10.257/2001, não representa o fim das discussões em matéria do cumprimento da função social da propriedade urbana, mas somente um passo inicial para a abertura do tema no meio acadêmico e sua postura prática no Judiciário e Executivo.

Cediço é o dado da lenta e penosa alteração de costumes arraigados em nossa sociedade altamente estratificada e marcada inegavelmente pelo traço do conservadorismo em matéria de distribuição de renda e desenvolvimento urbano; logo, vem à tona a seguinte indagação: Qual o rumo a seguir no combate ao grave e complexo problema da especulação imobiliária como negativa do cumprimento da função social da propriedade urbana?

Ora, não se poderia coordenar um caminho exclusivo no combate a esta mazela social, sendo necessário um conjunto de ações conexas tendentes a abolir a postura omissiva dos proprietários e dos administradores municipais.

Instrumentos legais existem desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 no combate à ociosidade da propriedade e atualmente não mais se admite qualquer tipo de argumento para afirmar a impossibilidade do Poder Executivo Municipal em atuar solidamente na punição da especulação imobiliária e de suas conseqüências nocivas à promoção da dignidade humana, consubstanciada no direito à moradia, inserto no art. 6º da atual Carta Política.

Sabemos que o Estatuto da Cidade dotou o administrador municipal das ferramentas para o combate ao mau uso da propriedade, à subutilização (especulação imobiliária disfarçada) e, concomitantemente, exige a especificação nos Planos Diretores de cada município da indicação das penalidades previstas no art. 182, §4º do Texto Magno.

Não concordamos com a necessidade expressa de indicação por parte dos Planos Diretores das sanções acima destacadas como *conditio sine qua non* à aplicação das medidas compulsórias de destinação do solo urbano, de forma que nas cidades com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes não há obrigatoriedade da edição dos Planos Diretores e nem por tal motivo poder-se-ia admitir a imunidade de seus administradores e munícipes ao princípio da função social da propriedade, ou seja, a norma municipal uma vez silente não pode representar óbice à efetividade das garantias constitucionais, em virtude de ofensa direta à hierarquia normativa.

As correntes jurisprudenciais no Brasil são lentamente formadas e exigem, na maior parte dos casos, a exaustiva e persistente batalha daqueles que compõem a dinâmica da Justiça, sejam juristas de um modo geral, advogados, membros do Ministério Público, membros da Magistratura nacional e outros; enfim, incorporar a temática da função social da propriedade nos julgados nacionais e resgatar a discussão do assunto na realidade recifense marcam as linhas centrais deste trabalho destinado a enfrentar um dos mais cruciais problemas da modernidade encontrado não apenas do Recife, mas em várias cidades brasileiras, espelhando situação de infinita exclusão social por intermédio do direito à moradia, fomentada pela contínua omissão quanto à prática conferida no art. 182,§4º¹⁴⁷ de nossa Carta Política vigente.

148

¹⁴⁷ Faz-se imperiosa a prática do dirigismo urbanístico como ponto de partida para a promoção da cidadania no Brasil e o primeiro passo para a sua implementação, consiste justamente na libertação da idéia de que a norma constitucional em sede de garantias mínimas e individuais necessita do amparo de norma hierarquicamente inferior, sem a qual não produziria efeitos: “ Este é um dos mais importantes critérios de efetivação do princípio da função social, visto que, no dizer de Messineo: Especialmente el elemento deber realiza el aspecto social del instituto de la propiedad. O art. 182,§4º, da Constituição é um exemplo típico de obrigações que se impõem aos proprietários – no caso, a obrigação de construir ou aproveitar adequadamente a propriedade urbana (...) Tanto na Constituição quanto na lei é fácil, hoje, encontrar obrigações ou ônus impostos aos proprietários que desatendem à função social que seus bens podem satisfazer, variando em cada caso, a depender do tipo de propriedade.” MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999. p.137-138.

¹⁴⁸ Discordamos veementemente que a Constituição Federal não possa ser aplicada diante da inércia legislativa municipal, ou seja, não seria, ao nosso modo de entender, imprescindível a edição de lei especial destinada a fixar quais as áreas passíveis de aplicação dos elementos de compulsoriedade previstos no art. 182,§4º da Carta Magna; quando muito, o plano diretor definirá a forma de aplicação de cada uma das penalidades, da mais branda até a mais grave, entretanto, não se torna necessária a edição de lei federal para definir a competência dos municípios em aplicar as cominações constitucionais. Talvez poderemos afirmar que o Plano Diretor venha a ser o instrumento hábil a definir quais as posturas municipais diante do descumprimento da função social da propriedade urbana, mas não temos condições de admitir a necessidade de lei federal para regular a matéria: “ As condições efetivas para o Município exigir do proprietário do solo urbano não edificado ou não utilizado as obrigações e sanções fixadas no art. 182,§4º da Constituição Federal depende de regulamentação sobre a forma de aplicar o parcelamento ou edificação compulsória, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana.” JÚNIOR, Nelson Saule. O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana. Direito urbanístico. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p.58

O escalonamento das normas indica a Constituição Federal como soberana no ápice da pirâmide ideológica, mas devemos ressaltar que quase sempre a prática cotidiana afronta tal posição, sendo necessária a intervenção consciente do Poder Judiciário para corrigir tais discrepâncias e, em determinados casos, assumindo uma postura objetiva, criando decisões para suprir a omissão do Poder Legislativo, sem ter em vista o velho preconceito de que haveria nesta ocasião uma anacrônica invasão de competências.

Lamentavelmente ainda se defende esta inércia do Judiciário brasileiro, dado que lentamente devemos alterar demonstrando à sociedade que a atividade jurisdicional não consiste apenas em minimizar as conseqüências danosas das atitudes comissivas dos demais poderes, mas, construir soluções para o crucial combate à inconstitucionalidade por omissão administrativa.

5.4.3. Mecanismos processuais previstos no processo coletivo e a função social da propriedade urbana.

Qual a exata postura do julgador hodierno ao receber pleito inerente à questão da propriedade urbana? O sentido da indagação não pode ser feito sem apreciação crítica, uma vez que não basta ao órgão judicante resolver litígios, mas conferir solução às lides de maneira socialmente correta.

No Brasil, uma linhagem constitucional desprovida de valores sociais predominou por muito tempo, de modo que não tivemos a sorte de contar com textos destinados à proteção dos interesses sociais; evidente é o dado da lenta mutação de pensamento predominante na cultura jurídica nacional e que ainda está sendo processada. O debate dos direitos sociais é fruto da abertura política brasileira e consequência da absorção da tutela de massa oriunda das lições italianas.

E qual a relação existente entre esta mudança de mentalidade incorporando o processo civil como instrumentário ideal para a promoção social e a função social da propriedade? Não há como fugir do estreito vínculo entre a aplicação de um processo de massa ou tutela coletiva e a promoção de garantias básicas, dentre as quais podemos destacar certamente a preocupante matéria da habitação no Brasil.

A moderna visão processual absorveria e consolidaria a fungibilidade das ações em determinados momentos, como consagrado no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 83. Com efeito:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

A expansão dos mecanismos processuais alberga o princípio da função social da propriedade (arts. 5º e 182 da Carta Política de 1988) em razão de dois fundamentos, a saber: o primeiro de ordem hierárquica e o segundo de conotação lógica, oriundos da própria estrutura do ordenamento jurídico, pois não se admitiria um ditame constitucional subordinado à mera valoração de cunho ordinário prevista na legislação processual geral ou específica; contudo, o mais árduo trabalho reside não apenas na demonstração da supremacia dos comandos constitucionais, mas, diferentemente, na mudança de mentalidade no momento de interpretação das normas constitucionais endereçadas ao processo civil.

O instituto da fungibilidade processual traduz situação jurídica anterior à própria função social da propriedade (esta última é espelhada apenas na Constituição de Weimar e da primeira temos notícias em obras do início do século XX e final do século XIX).

A fungibilidade ou admissão de ações com objetos similares tem por escopo garantir a efetividade processual, uma vez que os rigores da burocracia não podem prevalecer em detrimento da prestação da justiça. Apesar de determinados requisitos processuais justificarem o rigor de certas exigências, não compete ao judiciário a adoção de formalismo em excesso impedindo o fim maior da atividade jurisdicional, qual seja: distribuir justiça.

Assim, damos mais um passo na garantia da efetividade processual em consonância com a boa prestação jurisdicional, afinal de contas declinar o nome da ação não constitui requisito previsto no art. 282 do atual Código de Processo Civil, resultando na afirmação de que o rigor formalista não pode sobrepujar o intuito maior da justiça, como no caso das ações de manutenção, de reintegração, de nunciação de obra nova e outras atreladas à defesa da posse ou da propriedade em cada caso concreto.

Não se poderia deixar de mencionar a ação de usucapião e sua estrutura vista no texto constitucional (conhecida como usucapião especial) e regulamentada no “Estatuto das Cidades”, especificado nos arts. 9º (usucapião especial individual) e 10 (usucapião especial coletiva) da Lei nº 10.257/2001 como resposta a um dos mais graves problemas urbanos da atualidade: a ausência de políticas públicas de moradia para a população de baixa renda:

Art. 9º. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

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

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

Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

.....

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe,

salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

.....
Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I - o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;
II - os possuidores, em estado de composesse;
III - como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.
.....

A utilidade desta ação, em quaisquer de suas vertentes (individual ou coletiva) é inquestionável, propiciando maior celeridade na aquisição da propriedade urbana e facilitando o acesso ao solo para as populações antes desamparadas nas ocupações clandestinas; relembre-se, por oportuno, que áreas públicas não são usucapíveis por força do princípio da imprescritibilidade inserto no art. 191 da Constituição Federal de 1988.

Condicionou o Estatuto da Cidade a mesma proibição antes prevista na Carta Política vigente, no sentido indisfarçável de aplicar justiça distributiva, quando exigiu que o imóvel usucapiendo (art. 9º caput) meça até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e que o autor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, o que pode ser comprovado, diante de eventual rigor formalista do Judiciário e excesso quanto ao *onus probandi*, (deixemos bem claro que não concordamos que seja incumbência do autor tal carga probatória) com certidões negativas expedidas pelos Cartórios de Registro Imobiliário ou mesmo administrativamente pelo INCRA, em se tratando de imóvel rural, uma vez que não haveria justicialidade em permitir que um

titular de imóvel rural ou urbano pleiteasse a aquisição de outro imóvel urbano, diante do alarmante déficit habitacional reinante no Brasil.¹⁴⁹

A área do imóvel referida no aludido dispositivo refere-se ao cômputo total do prédio (terra nua) e não da edificação levantada; assim, mensurar-se-á o contorno do terreno possuído.

Tal potestade, nos moldes do art. 9º, §§ 1º e 2º, poderá ser exercitada por homem ou mulher independentemente do estado civil, de forma extremamente ampla, sem que ao Poder Judiciário assista nenhum tipo de exigência quanto à estrutura da família usucapiante; disposição que provavelmente deva receber críticas do leitor quanto à obviedade constitucional, entretanto, em nossa realidade jurisdicional, infelizmente ainda necessitamos de comandos normativos exacerbadamente expressos diante do conservadorismo ainda imperante em nossas Cortes e órgãos monocráticos.

¹⁴⁹ Notória era a necessidade de ampliação do instituto jurídico da usucapião no Estatuto da Cidade, uma vez que não se explorou a força da Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 183 já consagrava o instituto jurídico em comento. Alguns avanços de ordem processual foram contemplados na Lei n. 10.257/2001, entretanto, algumas reformas merecem ser feitas para o aperfeiçoamento de uma ação de importantíssimo relevo difuso e de indistigável índole social: “ Os arts. 9º a 14 estabelecem de forma clara, com pormenores, a utilização de um dos mais importantes instrumentos (institutos jurídicos e políticos) de ordenação do meio ambiente artificial previstos no Estatuto da Cidade, que é a ação de usucapião especial de imóvel urbano (art. 4º, V, j). Prevista no art. 183 da CF, visa assegurar o domínio de áreas urbanas por parte, fundamentalmente, das pessoas humanas que habitam os denominados “estabelecimentos irregulares”. Visa o instrumento transformar os chamados “bairros espontâneos”, em realidade jurídica, que passa a integrar a cidade em face de sua natureza jurídica ambiental, tanto de forma imediata (art. 183 da Carta Magna) como mediata (art. 225 da CF). Como qualquer ação em nosso ordenamento jurídico, deve obedecer às cláusulas material e processual do devido processo legal, que é o norteador do ordenamento instrumental constitucional como um todo, bem como deverá restar estruturada em decorrência de seus elementos: legitimidade ativa/passiva, causa de pedir e pedido. (...) Duas são as modalidades de ação de usucapião ambiental previstas pelo legislador: 1) a ação de usucapião ambiental individual e 2) a ação de usucapião metaindividual.” FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Estatuto da Cidade comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.83-85.

Discordamos da previsão contida no §3º do art. 9º por dois motivos: primeiro, quando limita a continuidade da posse exclusivamente ao herdeiro legítimo (olvidando dos herdeiros testamentários, uma vez que podem ser contemplados por disposição de última vontade e receber o benefício da cessão do direito de posse ou mesmo somar novo período de posse para completar o lustro constitucional) e segundo, quando exige que o sucessor legítimo já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão; ora, esta previsão não atende a todas as possíveis situações quanto à titularidade da posse do imóvel usucapiendo, uma vez que mesmo já residindo no imóvel objeto da ação, o herdeiro legítimo pode ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano e não necessitar do imóvel antes possuído por seu ascendente (antecessor no exercício do direito de posse), além do fato de que haveria, ao nosso modo de pensar, uma antinomia entre o Art. 9º, caput e seu §3º da Lei nº 10.257/2001, ao permitir que uma mesma pessoa seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural e venha a adquirir a propriedade urbana por intermédio da usucapião urbana especial individual ou coletiva.

No Recife, inúmeras são as atividades em prol do direito à moradia por parte de ONG's – Organizações não governamentais, tais como o processamento de ações de usucapião individual; entretanto, merece divulgação e maior amplitude a propositura de ações de usucapião coletiva, uma vez que ainda representam menor número no Poder Judiciário Estadual.

O Centro Dom Hélder Câmara de Estudos e Ação Social – CENDHEC, no ano de 2004, acompanhou 347 feitos usucapientes, sendo 345 individuais e 02 coletivos, além da defesa de sete ações de reintegração de posse e uma reivindicatória de posse, visando beneficiar 579 famílias moradoras das ZEIS recifenses, como podemos exemplificar no seguinte quadro:

ZEIS	Dados sobre a defesa judicial dos direitos das comunidades recifenses pelo CENDHEC – Centro Dom Hélder Câmara de Estudos e Ação Social.
UR5-TRÊS CARNEIROS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 6 – MR 6.3 2. Área: 115,66 há 3. População: 20.000 habitantes 4. Ocupação: iniciada em 1966 5. Transformação em ZEIS: LUOS Lei n. 16.176 de 12/04/1996 6. Instalação da COMUL: Dec. Mun. 17.597 de 21/02/1997 <p>7. Situação jurídica: área acompanhada pela Etapas que assessora na COMUL. O CENDHEC trabalha em parceria com a comunidade e as instituições que atuam no local através de convênio CENDHEC/URB – Recife – Fórum do PREZEIS, no qual é responsável pelo processo de defesa da posse da terra. O cadastramento socioeconômico e levantamento topográfico estão concluídos, o que permitiu o início da regularização fundiária. O trecho Três Carneiros Alto foi escolhido pela comunidade para ser o primeiro incluído na ação de usucapião coletiva.</p>
JARDIM UCHOA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 5 – MR 5.2 2. Área: 8,80 ha 3. População: 2.800 habitantes 4. Ocupação em três momentos: início na década de 1950, através do loteamento da área e da venda parcial de terrenos; 1979, com a ocupação parcial do loteamento; 1980, com a expansão da ocupação através do desmatamento da área adjacente 5. Transformação em ZEIS: Lei Municipal n. 15.463/1991 6. Instalação da COMUL: Decreto Municipal n. 15.736/1992 <p>7. Situação jurídica: o processo de aforamento da área para o município depende do registro no 4º Cartório de Imóveis, que não foi concluído. Isso tem retardado o processo de legalização da maior parte do local. A comunidade aguarda a entrega de 82 Concessões de Direito real de uso (CDRU), referentes à área municipal.</p>
CAMPO DO VILA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 3 – MR 3.1 2. Área: 1,34 ha 3. População: 1.400 habitantes 4. Ocupação: em meados da década de 1930 5. Transformação em ZEIS: LUOS Lei n. 16.176, de 12/04/1996 6. Instalação da COMUL: Decreto Municipal n. 17.597/1997 <p>7. Situação jurídica: as duas ações de usucapião coletiva que tramitam na Justiça Estadual visam beneficiar 94 famílias.</p>

COELHOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 1 – MR 1.3 2. Área: 15,30 ha 3. População: 16.000 habitantes 4. Ocupação: no início do século XX (aproximadamente em 1904) 5. Transformação em ZEIS: LUOS Lei Municipal 14.511/1983 6. Instalação da COMUL: Decreto Municipal n. 14.060/1987 <p>7. Situação jurídica: a COMUL local tem uma demanda de regularização via Concessão de Direito real de uso (CDRU), de 1.418 cadastros. Até 2004, apenas 638 habitações foram regularizadas.</p>
MUSTARDINHA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 5 – MR 5.1 2. Área: 51,44 ha 3. População: 12.600 habitantes 4. Ocupação: começou no final do século XIX 5. Transformação em ZEIS: LUOS Lei Municipal n. 14.511/1983 6. Instalação da COMUL: Decreto Municipal n. 15.630/1991 <p>7. Situação jurídica: inicialmente, as quatro quadras beneficiadas pelo projeto de saneamento integrado serão as primeiras a constarem no pedido de legalização da posse da terra, que irá beneficiar 250 famílias.</p>
ENTRA A PULSO	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 6 – MR 6.1 2. Área: 8,33 ha 3. População: 5.480 habitantes 4. Ocupação: início em 1950 5. Transformação em ZEIS: Lei Municipal n. 14.523/1988 6. Instalação da COMUL: <p>7. Situação jurídica: o CENDHEC vem acompanhando 155 ações que tramitam na Justiça Federal e mais sete de defesa em ações de reintegração de posse na Justiça Estadual, envolvendo quase 200 famílias.</p>
TORRÕES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Localização: RPA 4 – MR 4.1 e 4.2 2. Área: 92,50 ha 3. População: 35.936 habitantes 4. Ocupação: início na década de 1920 5. Transformação em ZEIS: LUOS Lei Municipal n. 14.511/1983 6. Instalação da COMUL: Decreto Municipal n. 14.059/1987 <p>7. Situação jurídica: existem 190 ações de usucapião tramitando na Justiça Estadual.</p>

6. INTERESSES DIFUSOS E VIABILIDADE DA CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM OBRIGAÇÃO DE FAZER: A IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI Nº 10.257/2001 E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA.

6.1. O Estatuto da Cidade como instrumento de defesa dos interesses coletivos na temática da propriedade urbana.

O cenário político e jurídico brasileiro absorveu várias transformações nas últimas décadas em matéria de interesses coletivos; abandonamos, paulatinamente, a concepção individualista de acesso à justiça e passamos a incorporar a tutela dos interesses difusos; de qualquer modo, a intervenção do Poder Judiciário ainda padece de males incontestes como a morosidade e o formalismo e, ainda assim, o uso desta via representa em alguns casos o único caminho coerente à promoção dos direitos sociais.

A questão urbana jamais mereceu a devida atenção no meio jurídico nacional que aceitou um modelo concentrador de riquezas e hermeticamente aristocrático, onde o ruralismo dominava a economia; com o advento do regime republicano brota o movimento de industrialização nos grandes centros brasileiros e preocupações de diferentes naturezas: a oferta de saneamento básico, o controle preventivo de endemias, o controle vegetativo, a absorção da mão-de-obra antes escrava e o contínuo processo de transumância, acelerado no século XX.

Apenas com o surgimento das regiões metropolitanas na década de 1970 conheceríamos planos de expansão urbana em várias capitais brasileiras e a edição dos “códigos de obras”. O Estatuto da cidade (Lei nº 10.257/2001) apresenta destacado papel de norma instrumental, impondo condutas positivas ao administrador municipal e revelando a gradativa defesa do uso racional da propriedade urbana,

mormente com a inserção da política ambiental em 1988 ao confirmar a opção pela justa distribuição do solo e cumprir as funções pertinentes aos centros urbanos, como: a moradia, a produção de bens e prestação de serviços, circulação de mercadorias, saúde, lazer e outros aspectos. Esta mudança de mentalidade, gerida após longas décadas, defrontou-se com o pensamento liberal burguês que desprezava o caráter coletivista da propriedade e permitia apenas a exploração com finalidade econômica e não social.¹⁵⁰

A destinação social da propriedade urbana configura-se como meta das ações administrativas incorporadas no conceito de probidade e eficiência administrativa, aliadas à participação popular por meio da gestão democrática das cidades. Mas, de que adiantará a mudança da legislação se os intérpretes não desejarem recepcioná-la?

Erigido o princípio da função social da propriedade na Alemanha da primeira metade do século XX, a legislação brasileira acompanharia tal modelo a partir de 1934, quando na segunda Constituição republicana consolidaria o instituto; o novel Estatuto da cidade, regulamentando os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, ainda não recebeu ampla divulgação, apesar de 4 anos decorridos de sua edição e abriu margem para a discussão da aplicabilidade imediata das sanções insertas nos citados artigos impelindo o Poder Público municipal a adotar os

¹⁵⁰ (...) O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente, à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda a propriedade privada há de ser considerada direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção. É o caso, por exemplo, no direito brasileiro, da pequena e da média propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial” COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista do CEJ, Brasília, v.1, n.3, p.92-99, set./dez., 1997.

mecanismos coercitivos de combate à disfunção social da propriedade urbana, em duas ordens de debates:

a) a limitação impositiva da Constituição Federal no art. 182, §4º: a possibilidade de condenação do proprietário privado nas sanções cominadas pelo art. 182, §4º, independentemente da remissão feita pela Lei nº 10.257/2001 às normas municipais de inclusão no Plano Diretor, dado que confirmado geraria dependência da força constitucional à vontade do legislador municipal: o Estatuto da Cidade, em seu art. 5º, implementou verdadeira inversão de valores constitucionais condicionando a aplicação do art. 182, §4º, à edição de norma municipal destinada a incluir área definida no Plano Diretor. Com efeito:

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§1º Considera-se subutilizado o imóvel:

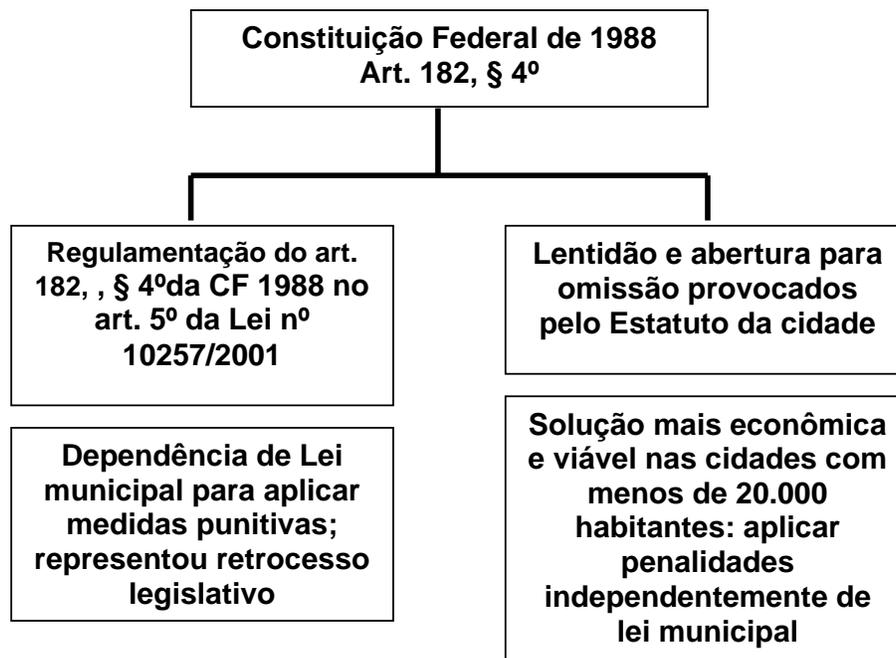
I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

§2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

b) a condenação da Fazenda Pública em obrigação de fazer: os programas de moradia popular, previstos no art. 3º do Estatuto da cidade, uma vez desatendidos configurariam atitude vinculada para o administrador municipal capaz de ensejar a improbidade administrativa: o administrador recebeu comando expresso e direto no sentido de realizar políticas públicas de moradia sendo, portanto, aplicável multa diária à Fazenda por desrespeito a um direito fundamental e até mesmo ordem judicial, como verificaremos em capítulo adiante. Desse modo, podemos traçar o seguinte

quadro versando sobre a imposição de penalidades administrativas no Estatuto da Cidade:

QUADRO EXPLICATIVO 5: PENALIDADES ADMINISTRATIVAS



6.1.1. Aplicação de um processo civil coletivo como garantia do cumprimento dos direitos sociais.

O Estatuto das Cidades, longe de inovar os mecanismos de combate à omissão do proprietário, reiterou instrumentos já existentes e especificou longos prazos para a adequação de conduta diante da anterior omissão; reside justamente neste ponto a nossa maior crítica contra a Lei nº 10.257/2001.

Contudo, não reputamos necessária uma reforma radical em nosso ordenamento jurídico se houvesse necessariamente uma mudança de mentalidade dos intérpretes, posto que não conseguiremos evoluir socialmente enquanto estivermos impregnados de uma mentalidade conservadora em matéria de adequação do direito não como mero pacificador de conflitos, mas como autêntico instrumento de distribuição de oportunidades e justiça.

Ora, se os mecanismos de desapropriação sanção constituem resposta muito lenta para o processo de correta distribuição do solo urbano, devemos recorrer ao Poder Judiciário para promover a execução coercitiva do direito à moradia, uma vez que o uso do processo civil como meio de efetivar o dirigismo urbanístico (a tese de que a atuação estatal em matéria urbanística é direito subjetivo, independente de previsão orçamentária imediata), pode se revelar de modo satisfatório para uma comunidade de parques recursos em relação à habitação.

A Constituição Federal de 1988 asseverou uma ordem hierarquicamente fechada para impor penalidades ao proprietário que causasse uma disfunção social da propriedade (uso nocivo da propriedade em outros termos) e, em tais sanções,

observamos que o lapso temporal constitui grande inimigo para a distribuição da justiça, uma vez que a propriedade pode ter sido abandonada há muitos anos e apenas com o advento de tal norma seria possível falar na atribuição dos municípios para a instituição de leis próprias em matéria de urbanismo.

Desde muito antes da edição da Lei nº 10.257/2001 acreditávamos na autonomia do Município em aplicar os mecanismos destinados à coercibilidade trazidos com a Constituição Federal de 1988, em função do disposto em seu art. 23, ditando competência concorrente legislar em matéria de combate às desigualdades sociais, inclusive a construção de moradias populares e programas de melhoria de qualidade de vida como o saneamento e outros equipamentos urbanos.

Surge, neste exato momento o maior problema da concretização do dirigismo urbanístico, qual seja: se a presença do Estado em matéria de direito urbanístico mostra-se compulsória para uma verdadeira fiscalização de suas diretrizes gerais, temos que efetivamente decidir em valorar suficientemente os princípios ou endeusar as normas ordinárias, pois, em hipótese contrária, insistiremos em venerar as normas positivas e olvidar dos princípios.

A jurisprudência e doutrina nacionais necessitam reformular sua postura quando o assunto em debate constitui a executividade dos direitos sociais, pois ainda vivemos em uma sociedade fustigada pela crença ilimitada nas normas ordinárias e o menoscabo para com os princípios constitucionais.

Assim, reputamos pertinente a seguinte indagação: Desde a promulgação da atual Carta Política até a consolidação da Lei nº 10.257/2001, estavam os administradores municipais de braços cerrados e inertes em função de a Constituição Federal ter engessado suas atribuições à uma norma ordinária?

O art. 23 da Carta Política vigente estaria comprometido com a remissão específica de lei federal mencionada no art. 182, exigindo competência privativa da União para legislar sobre matéria urbana, ou estamos diante de nítido exemplo de antinomia dentro da própria Constituição Federal?

Para os defensores da ação do município condicionada à edição de lei federal pela União, recordemos a notória estagnação viciada e contrária à tripartição de poderes sugerida em 1988, notadamente se lembrarmos que a execução de políticas públicas destinadas à moradia independem do instituto da desapropriação ou ainda da consolidação da posse exercida por distante período e que necessita da convalidação em propriedade por intermédio do remédio da usucapião.

A lei nº 10.257/2001 traz em seu art.3º algumas incoerências ofensivas ao pacto federativo, em virtude de desprezar o comando constitucional sobre a competência concorrente para legislar e por ter preconizado no art. 5º a faculdade ao município para determinar o parcelamento, a edificação ou o uso compulsórios, quando também, em seu art. 7º, mencionou a edição de uma lei municipal específica, para a designação das áreas passíveis de instituição do IPTU progressivo no prazo de cinco anos consecutivos.

Não compreendemos a motivação do legislador constitucional para abordar de maneiras distintas o mesmo assunto, ora conferindo autonomia ao ente municipal para legislar sobre a matéria urbanística, ora referindo-se a tal competência com a futura edição de lei federal para dispor sobre a matéria, razão que nos leva à seguinte indagação: entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei nº 10.257/2001 não poderia o município aplicar *de per se* as cominações previstas no art. 182,§4º, da Carta Política?

Inobstante apresentar inúmeras falhas de ordem prática, destacadamente em virtude de sua incoerência social e por representar ainda uma delonga para a dinâmica da propriedade urbana e punição do proprietário omissor, o Estatuto das Cidades referenciou a questão processual albergando tópicos bastante úteis para o início de um questionamento sobre seus pontos positivos, dentre os quais verificamos a regra dos arts. 53 e 54 do citado diploma.

De outra forma, tal absorção de caráter processual resultou na modificação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), não cuidando tão somente de tutelar os interesses urbanísticos, mas abordando qualquer situação causadora da disfunção social da propriedade urbana e conferindo condições de promoverem os variados interessados na defesa da ordem urbana a cominação da obrigação de fazer (atitude comissiva).

A amplitude conferida à Ação Civil Pública vem em boa hora, notadamente quando temos a nosso dispor a possibilidade de ser executada obrigação de fazer, como disciplina o art. 11 e segs., contra a Fazenda Pública, comportando pretensões

distintas como a obrigatoriedade de executar programas populares habitacionais e a reparação de lesões ao meio ambiente em decorrência de atitudes comissivas ou positivas; com efeito na Lei nº 7.347/1985:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor.

Quando o art. 3º da Lei nº 10.257/2001, assevera a característica de subjetividade do direito à moradia e a execução de programas de moradia popular, podemos utilizar os dispositivos da Lei nº 7.347/1985 para exigir tal efetivação, independentemente do surgimento de uma lei municipal específica para as cidades com mais de 20.000 habitantes¹⁵¹ ou até menos.

Recordemos também que a ofensa à ordem urbana ocorre quando do não atendimento aos deveres sociais mínimos (justo parcelamento do solo urbano, a promoção da melhoria da qualidade de vida de uma cidade, etc); assim, até o presente momento não encontramos qualquer interpretação da Lei nº 10.257/2001 que

¹⁵¹ A força da tutela coletiva reside justamente no objeto jurídico constituir, na imensa maioria das vezes, um direito indisponível com eficácia geral: nossa legislação para a defesa dos interesses coletivos está muito bem guarnecida, contudo não dispomos ainda de uma mudança de mentalidade em torno da condenação estatal por seus atos omissivos. Não se precisa de muito para atingirmos ma melhoria na harmonização entre a lei como posta e sua realidade: entretanto, se não operarmos esta mudança de raciocínio processual coletivo de nada valeria a mudança de nosso ordenamento jurídico como hoje dispomos: “ Malgrado a ampliação expressiva dos legitimados ativos pelo CDC, inclusive com a facilitação do requisito da pré-constituição, (art.82,§1º), não se pode retirar a justeza da seguinte observação de Elton Venturi: (...) nota-se que a aplicação jurisdicional das normas referentes às ações coletivas tem-se caracterizado pela timidez e restrição, vale dizer, ainda com claro apego às disposições do processo tradicional, o que certamente contribui para a inefetividade de tudo aquilo que se pretendeu implantar em termos de instrumentalidade à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.” ROCHA, Fernando Antônio Dusi. Ampliação da legitimidade: superando-se a individualidade restrita: ampliação das hipóteses de ações coletivas. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, disponível em <http://www.cjf.gov.br> Acessado em 22/10/2002.

oferecesse a amplitude emprestada ao disposto no art. 1º, III do atual texto da Lei nº 7.347/1985, pois ofende-se a ordem urbana, ainda, com o descaso destinado à inclusão social com programas contínuos de construção de habitações populares no combate ao déficit de moradia.

Se ofensas à ordem urbanística apenas se verificassem com a degradação do acervo histórico e artístico de uma cidade (v.g. a alteração de uma igreja em estilo barroco ou mesmo a degeneração de uma praça desenhada por um conhecido paisagista) relegaríamos outra face do problema recifense, que como demonstraremos em nossa pesquisa empírica possui uma favela a cada dois quilômetros quadrados; assim, quando aceitamos a invasão de número maior de edificações do que comportam determinados bairros do Recife, ocasionando o adensamento urbano (especulação imobiliária positiva) ou quando aceitamos que determinados bairros arrostem a degradação absoluta e a inexistência de serviços essenciais de infraestrutura como tratamento sanitário e serviços de energia elétrica e calçamento (especulação imobiliária negativa), estamos diante de situações comprometedoras da ordem urbanística como exposto na Lei da Ação Civil Pública.

O Ministério Público, principalmente, não deve perder de vista este problema, e ignorar a realidade recifense ou, mais gravemente, desprezar um alarmante dado na maior parte das capitais brasileiras, qual seja: a ofensa ao ordenamento urbano pela admissão do descontrole na distribuição do solo e na instalação da miséria urbana sob o espectro da favelização.

A Lei da Ação Civil Pública, apesar de absurdamente alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001, quando ampliada pela Lei nº 10.257/2001, não deixou dúvidas quanto possibilidade jurídica da execução forçada de políticas públicas destinadas à condenação da Fazenda Pública em obrigação de fazer sujeita à penalidade pecuniária em caso de descumprimento, pois o Estado não está isento da regra prevista na Lei da Ação Civil Pública, obrigando-se ao cumprimento das garantias sociais como o direito à moradia (art. 6º, caput da CF de 1988), agravando-se um dado na atual conjuntura nacional, qual seja: dispomos de poucos estudos de direito urbanísticos comprometidos verdadeiramente com o aspecto social do direito à moradia e, com muito apego ao formalismo, obtemos a desídia dos órgãos públicos em conhecer do problema em todo o Brasil.

Discorreremos em todo o curso desta Tese sobre uma temática de ordem difusa, metaindividual, como se costuma denominar os valores susceptíveis de ofensa e não identificáveis quanto à sua titularidade, compondo o já debatido dano social oriundo da doutrina ambiental, dispondo a Lei nº 7.347/1985 sobre as condenações advindas de ofensas aos direitos transindividuais:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

A Lei da Ação civil pública foi ampliada pelo Estatuto da cidade, englobando os atos lesivos à ordem urbana e abrangendo, também, as condutas positivas de promoção das garantias sociais previstas no art. 6º da Constituição Federal de 1988; salientamos desde logo, nossa concordância com a condenação da Fazenda Pública em eleger prioridades orçamentárias e executar programas populares de habitação, cumprindo a política fundamental do dirigismo urbanístico, sempre tendo em vista a proporcionalidade dos atos administrativos quando da gestão dos orçamentos.

Uma das ações redesenhadas processualmente pelo Estatuto da cidade foi a usucapião que assumiu, inclusive, contornos de ação coletiva e consagrou os antigos efeitos do direito tradicional, corroborando a necessidade de ampliarmos o leque de opções processuais combatendo a omissão administrativa no trato da propriedade urbana.

A disfunção social da propriedade urbana assume feições alarmantes nas capitais brasileiras, dentre as quais está o Recife, onde estudos do PNUD advertem para o elevado índice de miséria, incorreta distribuição do solo urbano e concentração de renda, pois, normalmente percebemos a ilação entre a problemática da renda e da ocupação irregular do solo urbano, uma vez que desprovidos de recursos e renda insuficiente os habitantes das grandes metrópoles ocupam irregularmente espaços ociosos; a ação individual possui objeto jurídico em imóvel com até 250 m², pois, em caso contrário, teremos a usucapião prevista no art. 10 da Lei nº 10.257/2001, versando sobre áreas urbanas superiores aos duzentos e cinquenta metros quadrados, restando impossibilitada a determinação individual de cada possuidor:

Certamente esta ampliação abrangerá boa parte dos casos vivenciados nas grandes capitais brasileiras com grande utilidade se levada a contento pelo Poder Judiciário, sem o concurso moroso dos prazos inerentes às sanções administrativas aplicáveis ao proprietário omissor, em virtude da imensa quantidade de imóveis disfuncionais; consubstancia a usucapião urbana do Estatuto da cidade nítido exemplo de distribuição compulsória do solo inutilizado ou subutilizado e assume contornos independentes da burocrática, longa e reiterada hierarquia preconizada no próprio texto constitucional (art. 182,§4º)

6.2. Hierarquização de sanções previstas no art. 182,§4º da Constituição Federal de 1988 e limitação da desapropriação urbanística.

A desapropriação como instrumento clássico do poder estatal destinada ao atendimento dos interesses coletivos de um modo geral, não diferiu muito dos padrões adotados pela anterior legislação de cunho administrativo; esperávamos que o legislador infraconstitucional regulamentasse a Constituição de modo inovador, dado não verificado. Talvez o dado impeditivo desta mudança progressista devamos aos próprios comandos constitucionais que impuseram a obediência estrita à hierarquia das penalidades contra o proprietário omissor; entretanto, sentimo-nos no dever de indagar: qual a razão de conferirmos um prazo tão longo para a adequação dos proprietários que em 13 anos de espera nada fizeram para adequar-se à ordem econômica imposta desde 1988?

Para aplicarmos o parcelamento compulsório, o IPTU com alíquota progressiva no tempo e a desapropriação devemos observar prazos dilatadíssimos e, então teremos interesse de agir? Discordamos desta feição emprestada ao Estatuto da cidade, mas lamentavelmente enxergamos nesta norma jurídica incoerências injustificadas em defesa do proprietário relapso. Preconiza o art. 8º da citada Lei:

Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública.

§1º. Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

.....

§4º O município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

Com uma atitude benévola para com o proprietário omissor, o legislador infraconstitucional dimensionou largo espaço de tempo e desmereceu a instrumentalidade que deveria ter emprestado ao diploma urbano, pois presenciamos o fomento à burocratização estatal propiciadora da perda de objeto quanto à justiça social na distribuição e uso do solo urbano.

Ao uso incorreto da propriedade assegurou-se a ampla defesa (preceito constitucional fundamental) cumulada com o valor real do imóvel (valor apurado com base no preço de mercado e não somente no valor venal que desprezaria a mais-valia do imóvel) e justamente quanto a este segundo fato reside nossa preocupação: a omissão do proprietário apenas será punida com a desapropriação após o decurso de 05 (cinco) anos consecutivos de imposição tributária progressiva, nos moldes do art. 7º da Lei nº 10.257/2001, não podendo superar duas vezes o valor fixado no exercício anterior, respeitado o teto para a alíquota de 15% (quinze por cento).

A imposição da penalidade estaria abrandada, a despeito de não ser aplicado o princípio da previeidade (inaugurado no Brasil com a Constituição Federal de 1946) com o resgate do valor real do imóvel por intermédio dos Títulos da Dívida Pública, sem valor liberatório, no prazo máximo de 10 anos acrescido dos juros de 6% (seis por cento) ao ano. Um tanto conservadora a proposta do Estatuto ao preservar o valor real da indenização, ainda que descontadas melhorias na área realizadas pelo Poder Público e quaisquer alegações de lucros cessantes e juros compensatórios (art. 8º, §2º, I,II).

6.3. Da possibilidade de condenação da Fazenda Pública em obrigações específicas de fazer e o problema do desrespeito às decisões judiciais: da necessidade de aplicarmos o crime de lesa-Corte no Brasil.

O gravíssimo problema do desrespeito (configurando ao menos ilícito civil) às decisões emanadas do Poder Judiciário brasileiro não reside apenas na difícil tarefa de instrumentalizar nosso direito positivo, mas, diversamente, retrata muito bem o próprio conservadorismo reinante naquela esfera dos poderes legalmente constituídos como fator decisivo para a ausência de efetividade dos seus comandos normativos.

O primeiro passo para a execução dos direitos sociais certamente não está exclusivamente centralizado na participação invertida do Poder Judiciário assumindo as funções de um autêntico administrador mas, ao reverso, controlando abusos e suprimindo omissões administrativas, de modo que se admita também a aplicação do direito penal como forma de coibir a desobediência aos comandos sentenciais que visem adimplir direitos sociais mínimos.

Inicialmente é preciso destacar o dado do conservadorismo como um dos maiores atropelos para a promoção da justiça social neste País: o Poder Judiciário necessita de uma mudança de mentalidade crucial a ponto de conseguir enxergar os exatos ditames de sua força normativa criadora ao contrário do que se advertiu e intitulou de “governo de juízes” ou da falsa idéia da “separação de poderes” há muito superada e por vezes ainda suscitada no meio jurídico nacional, gerando a falaciosa concepção da invasão de competências.

Para a consecução de tais fins o Poder Judiciário nacional deve adotar um comportamento denominado de “ativismo judiciário” dos órgãos monocráticos ou colegiados como efetivos partícipes na construção da igualdade social, destacando-se as lides propostas contra a omissão do administrador público (em qualquer esfera competente), uma vez que o Brasil ainda necessita da intervenção promocional da Justiça em decorrência da inércia¹⁵² do Poder Executivo.

Vencida a árdua batalha contra a estagnação judicial, instalada na mentalidade de nossos julgadores a necessidade de sua intervenção como agentes sociais, resta-nos a ingente tarefa de pugnar pelo efetivo cumprimento das decisões judiciais condenatórias em obrigação de fazer específica contra os administradores brasileiros, representantes diretos do Estado, uma vez que no hodierno cenário jurídico nacional presenciamos certa dúvida em relação à força das decisões judiciais e às cominações nos casos de descumprimento injustificado, quando toma vulto a interferência do direito penal na esfera administrativa.

¹⁵² Nada mais desgastado e ultrapassado do que o mito da invasão de competências ou do governo pelo Judiciário; reversamente, a sociedade brasileira exige a fiscalização rigorosa dos recursos públicos arrecadados com sua aplicação transparente e a aplicação de penalidades para os que enveredam pela seara da improbidade administrativa ou na esfera penal. Não mais aceitamos a idéia de que o controle dos atos administrativos constitui algo inacessível; buscamos justamente um estágio mais avançado de intervenção no qual o julgador tem condições de estipular a obrigatoriedade de execução de projetos sociais olvidados pela Administração Pública e que, em caso de descumprimento, haja configuração do crime de descumprimento de ordem judicial em função do desrespeito para com os direitos sociais em quaisquer de suas categorias (saúde, moradia, educação, dentre outros): “Nos países periféricos como o Brasil, a atuação de muitos juizes se caracteriza pela resistência em assumir a sua corresponsabilidade na ação providencial do Estado. Nessa linha, exige-se um Judiciário intervencionista que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da programaticidade principiológica da Constituição.” KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.97.

Quando uma decisão judicial é desrespeitada, existe ofensa à ordem pública interna e, portanto, a sensação de descrédito para com a força normativa do Poder Judiciário: logo, defendemos a tese de que o atual ordenamento nacional permite diretamente aplicar sanções criminais para o desrespeito às decisões judiciais sem que tenhamos a necessidade de ampliar a legislação de caráter penal ou civil para capitularmos a desobediência em suas respectivas esferas.

No âmbito civil, se a Administração Pública afronta a autoridade de um ato sentencial que aborde um interesse metaindividual, como é o caso do direito social à moradia, às questões da infância e da juventude, à educação etc, podemos recorrer à imposição de multa diária pelo descumprimento do julgado revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulamentado pela Lei nº 9.008/1995, e, na esfera penal, poder-se-ia abordar a questão com os crimes de responsabilidade próprios dos agentes políticos.

Ademais, a própria Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) tipificou a conduta do administrador municipal quanto à resistência em editar o plano diretor da cidade como ato de improbidade administrativa, como assim dispõe:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I – vetado

II – deixar de proceder, no prazo de 5 (cinco) anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no §4º do art. 8º desta Lei;

III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no §1º do art. 33 desta Lei;

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do §4º do art. 40 desta Lei;

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no §3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

Disciplinando a obrigatoriedade da instituição do Plano Diretor e da sua revisão a cada 10 anos, temos o art. 50 enfeixando a conduta do administrador municipal:

Art.50. Os Municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do art. 41 desta Lei que não tenham plano diretor aprovado na data de entrada em vigor desta Lei, deverão aprova-lo no prazo de 5 (cinco) anos.

Para a atitude prevista no artigo acima citado encontramos as penas previstas no art. 11, II, da Lei nº 8.429/1992, quando aborda a omissão do agente público em relação a ato que deveria ter praticado de ofício, prevendo a cominação das penas do art. 12, II, da mesma Lei, com a perda da função pública, ressarcimento integral do dano, se houver, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, dentre outras sanções específicas pertinentes ao direito do meio ambiente artificial.¹⁵³

¹⁵³ Não podemos esquecer o dado de que algumas condutas contra a gestão da cidade configuram crimes inerentes ao meio ambiente artificial: “ Destarte, mais do simplesmente lesar o denominado patrimônio público ou mesmo o erário, os atos de improbidade administrativa que lesam o meio ambiente artificial são atentatórios aos objetivos constitucionais da política urbana em decorrência do comando legal estabelecido pelo Estatuto da cidade, que é o de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante as diretrizes fixadas pelo art. 2º da Lei 10.257/2001. As sanções penais aplicáveis aos prefeitos das cidades que cometem atos de improbidade administrativa que lesam o meio ambiente artificial são aquelas previstas na Lei 9.605/1998, por força do que direciona o Estatuto da cidade, tendo em vista estarmos tratando também de instrumento de tutela de política urbana com a conseqüente aplicação do comando do §1º do art. 4º da Lei do meio ambiente artificial.” FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentado. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

De qualquer modo, não se pode olvidar a inexistência de um comando específico para o desrespeito às obrigações de fazer, nos moldes da improbidade administrativa, uma vez que os tipos penais não previram o descumprimento de ordem judicial por agente público para a consecução de fim coletivo; talvez a regra do art. 330 do Código Penal viesse a socorrer tal omissão mas, sem qualquer restrição, não se revela tão simples a tarefa de aplicar aquele dispositivo ao descumprimento do comando sentencial por parte de outro agente público.

Enquanto a atual doutrina administrativista isolar as atribuições do Poder Judiciário teremos uma tendência a afastar o descumprimento das sentenças do tipo previsto no art. 330 do Estatuto Penal brasileiro, uma vez que a carga interpretativa hodiernamente empregada afastaria o comando sentencial da expressão “ordem legal” contida no citado dispositivo legal.

Não se pode conceber que a determinação contida na parte dispositiva da sentença, ainda que obrigando o administrador municipal a “edificar uma escola ou mesmo um hospital em respeito aos direitos sociais mínimos” possa ser afastada do conteúdo da norma penal ora debatida sob o argumento de que há também a cominação de sanção civil para o descumprimento, por parte do administrador, do comando previsto nas sentenças judiciais, como reclama parte da jurisprudência nacional:

AS DETERMINAÇÕES, CUJO CUMPRIMENTO FOR ASSEGURADO POR SANÇÕES DE NATUREZA CIVIL OU PROCESSUAL CIVIL, TAL QUANTO AS ADMINISTRATIVAS ESPECIFICAMENTE PREVISTAS, RETIRAM TIPICIDADE DO DELITO DE DESOBEDIÊNCIA, TORNANDO O FATO PENALMENTE ATÍPICO. (TACRIM-SP- HABEAS CORPUS. Relator Des. Corrêa Dias. JUTACRIM 77/143).

Destarte, se não conseguirmos afastar interpretações como as acima exemplificadas o ordenamento brasileiro justificaria a necessidade de criarmos especificamente o crime de lesa-corte, como em outros países, para acabarmos de uma só vez com a dubiedade de sanções em torno da mesma conduta, dado este pouco debatido quanto estamos diante da tutela dos direitos difusos.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Não reputamos imprescindível a criação de outras figuras penais para enquadrar a omissão administrativa quanto à efetividade dos direitos sociais ou prestacionais, se alterarmos a mentalidade de nossos julgadores quanto ao tema em comento, em virtude de nosso ordenamento contemplar soluções profícuas a reprimir tal comportamento por parte dos agentes políticos nacionais. A questão urbana, como autêntico interesse social e difuso, albergada pela Lei nº 7.347/1985, pode ser coercitivamente cumprida se recordarmos a possibilidade de aplicação de multa diária e da configuração do crime de mão própria de responsabilidade; assim, despicienda a edição de normas complementando o descumprimento das sentenças em matéria de direitos sociais se concebermos que tal modismo no Brasil comporta a aplicação de sanção civil para os respectivos ilícitos civis e sanções penais para o crime de desobediência ou improbidade administrativa; entretanto, se continuarmos a cultivar a interpretação da dupla penalidade teremos a necessidade de inserir no ordenamento penal a figura típica do crime de lesa-corte como em outros ordenamentos: “ O caso de descumprimento de decisão judicial, a meu ver, é a forma mais grave de desrespeito ao bom funcionamento do aparelho judicial. Não temos, infelizmente, um experiência anterior. No direito inglês e no norte-americano existe um instituto chamado *contempt of court*, na sua feição mais genérica seria toda forma de indignidade, de desobediência à autoridade pública, de maneira geral; e à autoridade judiciária, especificamente, em relação à ordem judicial. DE LUCCA, Newton. Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais: instituição do crime de lesa-corte. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.13,p.83. Disponível em <http://www.cjf.gov.br> Acesso em 22/10/2002.

7. CONCLUSÃO.

Encerrando nosso debate sobre o problema da omissão administrativa e a disfunção social da propriedade urbana na cidade do Recife, tentamos delinear, por intermédio da tese denominada dirigismo urbanístico, uma proposta objetiva de efetivação do direito social à moradia e de combate aos seus maiores óbices: a especulação imobiliária e a falta de investimentos em políticas públicas de habitação popular na cidade do Recife.

O Recife passa por um processo de revisão de seu Plano Diretor (debates e audiências públicas foram realizados em todo o ano de 2004 e em parte de 2005, dentre os quais participamos de alguns na Universidade de Pernambuco. – UPE.

Indispensável termos um instrumento legal conciso, incisivo e imparcialmente comprometido com o bem estar coletivo das futuras gerações e não apenas com a realidade do momento; todavia, não será a simples revisão de sua principal norma (juntamente com a LUOS – Lei de Uso e Ocupação do Solo) que a capital pernambucana poderá desfrutar de um melhor índice de desenvolvimento humano (IDH).

A realidade recifense deve ser observada em conjunto; propiciando melhores condições de moradia, trabalho, lazer, transporte, saúde pública, serviços de coleta de lixo e de tratamento de esgotos residenciais, dentre outros.

O dever de fiscalizar o Administrador, em quaisquer das esferas constitucionalmente competentes para gerenciar programas de melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda, inspira atualmente a possibilidade de condução dos recursos públicos com a participação popular ampliando a transparência das finanças, de modo a afastar paulatinamente o velho e desgastado conceito da absoluta e ditatorial discricionariedade administrativa.

A legitimidade conferida pelo processo eleitoral não assegura ao Administrador a completa liberdade para não mais ser praticada a transparência na gestão dos recursos públicos; de modo inverso, a população cada vez mais deve participar da alocação e correta aplicação das verbas públicas do início ao fim dos mandatos de seus representantes.

Devemos repudiar qualquer tentativa de retorno aos modelos de gestão pública autoritária e opaca, de modo que a participação popular, genuinamente preservada, corresponde exatamente à conquista maior do Estado Democrático de Direito.

Os orçamentos públicos não podem ser verdadeiras “caixas de Pandora” impedindo os munícipes de ofertar sugestões e revelar seus anseios quanto ao direcionamento e retorno da gigantesca carga tributária hodiernamente praticada no Brasil.

Em tal ponto, o Estatuto da cidade caminhou convergindo para a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), especificamente na orientação fornecida pelo seu art. 48 ao fomentar a participação popular na construção orçamentária.¹⁵⁵

O dirigismo urbanístico encontra respaldo, como demonstramos, em duas grandes condutas: a) o combate à especulação imobiliária predatória em suas duas vertentes: positiva e negativa e b) a justa oferta do direito à moradia combatendo o processo de favelização e distribuindo os equipamentos urbanos integrantes do organismo de uma cidade. Longe de sustentarmos nossa tese na mera e exclusiva intervenção do Poder Judiciário ativista, afirmamos claramente que o somatório de várias práticas tornaria viável a melhoria da qualidade de vida na cidade do Recife.

O conjunto de posturas desenvolvidas no presente estudo, destinadas a sanar o gravíssimo problema da falta de moradia ou mesmo das habitações condignas, além da correta distribuição do solo recifense, pode ser resumido da seguinte maneira:

¹⁵⁵ Precisamos alastrar a vinculabilidade dos orçamentos públicos e restringir gradativamente a discricionariedade do Administrador brasileiro implementando percentuais definidos de investimento para todos os setores sociais, minimizando ou até mesmo extinguindo a responsabilidade civil pela omissão, uma vez que a gradação de prioridades não restou clara na Constituição Federal de 1988: "Claro que a interferência do Ministério Público e do Judiciário é excepcional e deve ser evitada, até porque os recursos públicos são sabidamente escassos e a legitimidade, em princípio, para gerenciá-los é do administrador. Todavia, quando identificada hipótese em viável a intervenção na condução de negócio público ante o que dispõe o ordenamento jurídico, a simples alegação de dificuldade financeira ou orçamentária não tem o condão de impedi-la por si só." GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.p.131.

a) ativismo judicial: representa a correção dos orçamentos públicos, quando distorcidos pela atitude comissiva ou omissiva do administrador, e a execução forçada das políticas públicas sociais sem, contudo, poder ser aplicado isoladamente e muito menos inverter a valoração do Estado Democrático de Direito brasileiro para torná-lo altamente dependente dos comandos jurisdicionais. Tal instrumento para o cumprimento da função social da propriedade urbana não tem o condão de transformar a realidade nacional em um cenário de atrofia dos poderes constituídos, mas resulta tão somente da atrofia democrática de nossa realidade, notadamente pela inércia administrativa em todas as esferas estatais e a distância gigantesca entre a aplicação dos recursos públicos e a necessidade popular uma vez que o sufrágio direto não encerra o processo democrático que é contínuo e deve consolidar-se na transparência administrativa;¹⁵⁶

¹⁵⁶ O poder Judiciário não agiria com intromissão no Executivo quando determinasse a aplicação de recursos em programas sociais, dentre os quais a moradia, uma vez que a Administração Pública não possui a autorização para deixar de executar determinada obra, ou programa quando se tratar de garantia fundamental. Não existira uma ditadura do Judiciário com se apregoou em nossas Cortes Superiores, mas, apenas uma corrigenda à omissão verificada: “ Dessa forma, não causaria espécie alguma que o Poder Judiciário, na via da ação civil pública, determinasse a realização de determinada atividade administrativa considerada prioritária pelos princípios regentes da ordem constitucional e infraconstitucional, interferindo excepcionalmente na execução orçamentária dos negócios públicos. Na realidade, como se observa, a destinação de verba pública para esta ou aquela ação está umbilicalmente ligada Pa priorização deste ou daquele campo de atuação administrativa. Com efeito, a destinação de verba vem a reboque da escolha da prioridade de investimento. E esta pode ser extraída da vontade do ordenamento constitucional e infraconstitucional pela jurisdição, posta diante do caso concreto. É certo que as regras orçamentárias existem e devem ser cumpridas. Mas não podem preponderar de forma absoluta, como um entrave inamovível, considerando a interação que deve existir entre os diversos subsistemas do ordenamento jurídico. A decisão judicial, in casu, nada mais seria que a materialização da vontade normativa, incluída a vontade da norma orçamentária, e cujo fundamento repousaria na interpretação sistemática da ordem jurídica, um todo harmônico e unitário. Trata-se, aliás, de importante mecanismo característico da democracia participativa, uma vez que por meio dele se dá ao povo a oportunidade de ser ouvido sobre os destinos do orçamento e a possibilidade de atendimento das aspirações sociais consideradas prioritárias pela legislação, mormente quando se identificar lesão a interesses supra-individuais.” GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.p.129-130.

b) substituição do mito da “reserva do possível” pelo princípio da vinculação à prioridade orçamentária: urgentemente resta clara a necessidade de quebrarmos o carcomido e ultrapassado subterfúgio da reserva do possível colocando em seu lugar o postulado da vinculação à prioridade orçamentária, consistindo, tal atitude, na execução de prioridades dos direitos fundamentais em cada orçamento anual, relegando para um segundo plano despesas não atreladas à melhoria da qualidade de vida coletivamente. O administrador público estaria vinculado à consecução dos programas sociais em função do orçamento participativo.¹⁵⁷

A execução da prioridade orçamentária representaria, ao nosso modo de sentir, uma instância avançada de controle orçamentário vinculando sua destinação e submetendo o Prefeito (in casu) aos projetos delineados no âmbito da participação popular. A inserção deste princípio, inexistente em nossa atual realidade administrativa, demandaria dois tipos de previsão normativa, a saber: a) definição na Constituição Federal de 1988 dos percentuais de investimento vinculativos para os administradores municipais nos direitos fundamentais e b) tipificação da improbidade administrativa por omissão em relação a estes mesmos direitos protegidos.

¹⁵⁷ Ainda é nítido o descaso orçamentário para o financiamento da moradia popular para as camadas mais necessitadas da sociedade brasileira. Ironicamente se fala em financiamento imobiliário no Brasil, sem o devido esclarecimento de qual parcela da população pode ter acesso às suas condições: “ A política habitacional, destarte, voltada para as reais condições das camadas da população de menor renda e que atenda às suas necessidades nos níveis de governo federal, estadual e municipal – com raras exceções – não denota ser prioridade. É o que se depreende quando se observa o quadro da atual situação habitacional no país: um déficit habitacional de 6,6 milhões de unidades, sendo 1,3 milhão no campo e 5,3 milhões nas cidades, segundo estimativas da Fundação João Pinheiro, de Minas Gerais. Esse déficit revela maior concentração na zona urbana e recais sobre a camada da população de menor renda. As famílias atingidas têm, em 84% dos casos, renda de até três salários mínimos. Acontece que, historicamente, 67% dos recursos para habitação têm sido concedidos a famílias com renda maior do que cinco salários mínimos, o que representa 18,3% dos assalariados do país (IBGE/PNAD).” TAVARES, Luiz Cláudio Assis. **A questão da habitação social: desafio e perspectivas.** Revista dos Procuradores da República. a.1, n.2. p. 18., set., 2004.

A Constituição Federal em vigor consagra em seu art. 212, a obrigatoriedade, matemática e objetivamente definida, de investimento das receitas provenientes de impostos, inclusive as de transferências, de no mínimo 18% para a União e 25% para Estados, Distrito Federal e Municípios na educação pública. Tais percentuais, se descumpridos, geram responsabilidade por improbidade administrativa nos moldes do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 e da Lei nº 10.028/2000.

De igual forma, o art. 29 da Carta Magna preceitua o limite de despesas com o Poder Legislativo municipal atrelado ao número de habitantes do local e, por fim, o art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 cria os tetos de despesas públicas com pessoal para todos os entes federados, cabendo aos municípios o limite de 60% (sessenta por cento) das receitas auferidas. Ora, se o legislador constituinte preceituou nitidamente as fronteiras para o gasto com o pagamento de servidores públicos, de maneira exacerbada, qual a razão da Constituição Federal não ter feito a mesma exigência com os direitos fundamentais e sociais?

Que ordem de valores pretendemos adotar? Investimos muito mais no pagamento de pessoal, sem conter gastos do que em qualquer necessidade vital em um País assolado pela miséria e concentração de renda. A questão mereceria uma complementação com a edição de uma Emenda a seu texto, prevendo o percentual de investimento nos seguintes temas: habitação popular, saneamento básico, saúde pública, transportes, cultura, fomento ao comércio, dentre outros.

No caso concreto, os Prefeitos jamais teriam a desculpa de não ter programado o orçamento para realizar determinada obra ou mesmo de ter investido todas as receitas a sobejar em outras áreas que não as sociais. Não há no Brasil prioridade orçamentária mais necessária do que a dos direitos sociais, inserindo-se o direito à habitação, bem como outros de idêntico jaez, em lugar de absoluto destaque. Reduziríamos significativamente a autonomia do administrador para não direcionar os gastos sociais.

c) Interpretação conforme necessidades sociais: o Poder Judiciário, incorporando o ativismo social, deve ser reciclado para compreender a prestação das garantias fundamentais de modo contínuo e transparente. Indispensável a quebra dos modelos interpretativos dogmáticos para ceder lugar à interpretação de caráter social e confirmar o Estado Democrático de Direito com o próprio controle da Administração Pública;¹⁵⁸

¹⁵⁸ A adoção desta postura certamente contribuíra para a mudança de mentalidade administrativa, juntamente com o implemento do orçamento prioritário vinculativo: “A ofensa ao direito fundamental à educação merece correção imediata, cabe ao Poder Judiciário, se assim for necessário, garanti-lo. Não é possível que com tantas garantias constitucionais e supraconstitucionais, o Judiciário não examine a questão com a profundidade e a responsabilidade que o caso requer. Não basta a mera alegação de descumprimento em função de limitações orçamentárias, pois em momento algum demonstrou o administrador municipal ter esgotado as verbas orçamentárias específicas destinadas a este direito fundamental. (...) Será que a abertura de uma nova creche ou escola representa valor tão substancial que não possa ser realizado, atendendo a uma garantia tão fundamental como o direito à educação? Ou será que ignorar este problema passou a ser um hábito, uma vez que, sabemos, a nossa classe mais sofrida possui canais para reivindicar seus direitos e exerce pressão política inversamente proporcional às suas carências e densidade demográfica?” TJSP. Câmara Especial. Ap. 82.006-0/8-00. Rel. Des. Álvaro Lazzarini. – 14/01/2002. in: Revista dos tribunais, São Paulo. N. 798. p. 243-245, abr./2002. *apud* GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.p.143.

- d) redução da discricionariedade a zero em políticas sociais com gabaritos de investimento: a criação de percentuais mínimos de investimento em cada atividade social desempenhada pelo Estado, inclusive na atividade urbanística, impediria completamente a prática de qualquer omissão por parte do administrador, nos termos do art. 9º da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e, por conseqüência, esvaziaria o discurso da falta de previsão e orçamentária, dado que atualmente é combatido por alguns arestos de conteúdo social sem, entretanto, representar unanimidade na jurisprudencial nacional;¹⁵⁹
- e) substituição do urbanismo de mercado pelas políticas sociais: a intervenção estatal contra práticas predatórias do mercado imobiliário só poderá ser completa com o contínuo investimento em serviços públicos destinados a distribuir por toda a cidade, e não apenas em alguns bairros, os benefícios trazidos com os equipamentos urbanos;

¹⁵⁹ A mudança de mentalidade do Poder Judiciário, incorporando o ativismo judicial, constitui atualmente uma das bases do dirigismo urbanístico, entretanto, não podemos aceitar de bom grado a idéia de que sempre teremos de recorrer à instância judicante para eleger prioridades sociais. De qualquer modo, enquanto a Constituição não for emendada para objetivamente determinar o percentual de investimento em todas as áreas sociais, a conduta ativista será a única conduta a esperarmos dos órgãos monocráticos e colegiados: "(...) Os que necessitam de medicamentos e não se enquadram na estrutura fornecida pelo Estado, devem ser tratados com outros medicamentos, ainda que importados, a fim de que se dê efetiva proteção à saúde e para que o Brasil continue sendo considerado país modelo no que se refere a tratamento de doentes de AIDS. É de se observar, ainda, que a aquisição do medicamento independe de licitação, nos termos do art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/ 93, já que se trata de caso de emergência em que o atraso na compra do medicamento pode fazer perecer a própria vida. Com esta fundamentação afasta-se a assertiva de inexistência de previsão orçamentária. Ainda, nos termos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 597101260: 'A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz uma vez que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente às necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes'. Pelas mesmas razões, afasta-se qualquer tentativa de descumprimento da sentença com fundamento na Lei de Responsabilidade Fiscal." Érika Giovanini Reupke, 2ª Vara da Justiça Federal em Joinville, Autos nº 2001.72.01.002827-3, fls. 887, sentença de 06/12/2002. *apud*. GOMES, Luis Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.p.143.

f) redução dos prazos dos arts. 5º, 7º e 8º da Lei nº 10257/2001: os prazos para a aplicação das penalidades pelo descumprimento da função social da propriedade urbana merecem urgente redução com alteração do Estatuto da cidade e redação de uma Emenda Constitucional modificando o art. 182, §4º, para possibilitar a execução de políticas urbanas em breve espaço de tempo, além de incentivar, tal decréscimo de prazo, a preocupação do proprietário em conferir destino adequado ao espaço urbano. Ao procedermos à soma dos prazos conferidos pela Lei nº 10.257/2001, podemos observar a delonga de sua execução dado que não combina nem de longe com o cumprimento da função social da propriedade urbana, uma vez que o recurso da desapropriação com o pagamento em títulos da dívida pública seria o único instrumento para penalizar o proprietário omissor. O somatório dos prazos conferidos entre os arts. 5º - 8º do Estatuto das Cidades podem ser resumidos da seguinte forma:

ESTATUTO DAS CIDADES – CÔMPUTO DE PRAZOS NA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES		
Art.	Assunto	Prazo conferido
5º, § 3º, II	Notificação editalícia	Após três vezes frustrada a notificação pessoal do proprietário do imóvel ou administrador se pessoa jurídica
5º, § 4º, I	Parcelamento ou edificação compulsória	1 ano para protocolar projeto construção
5º, § 4º, II	Parcelamento ou edificação compulsória	2 anos para início obras empreendimento
7º	IPTU progressivo no tempo	5 anos de alíquota progressiva
8º	Desapropriação como faculdade	Não há limite específico, em virtude de ser concebida como ato administrativo discricionário. Assim, não há prazo máximo para que o Município proceda à desapropriação. Consideramos, neste cômputo o prazo mínimo de 1 ano para que o administrado local efetive toda a tramitação para que o imóvel seja incorporado ao domínio estatal.
8º, § 4º	Aproveitamento de imóvel afetado	5 anos para o cumprimento e destinação contados da afetação do imóvel após o processo de desapropriação.
	Total	14 anos

- g) aproveitamento dos imóveis de propriedade do próprio Poder Público, com a concessão do direito real de uso especial para fins de moradia, nos termos da MP n. 2220/2001, (defendendo-se a implantação dos artigos 15-20 da Lei nº 10257/2001 desnecessária e anacronicamente vetados), combatendo-se a ociosidade e ensejando a aplicação das penalidades por improbidade administrativa: o Poder Público Municipal, Estadual e Federal devem dar o exemplo de utilização dos seus próprios imóveis, notadamente nas capitais e grandes cidades, pois não há na Carta Política em vigor nenhuma permissão para o descumprimento da função social da propriedade por tais entidades jurídicas. Estamos diante da hipótese da concessão de uso especial para moradia provocada pelo particular, mas que poderia ser *ex officio*;
- h) desafetação de imóveis públicos ociosos, edificados ou não, para a implementação de programas de moradia popular, ampliando-se a comunicação entre as comunidades beneficiadas e o ente público responsável pela nova destinação do imóvel público. Certamente, tal providência, apesar de não definida claramente no Estatuto da Cidade, combateria o vergonhoso abandono dos imóveis públicos que não podem sofrer aquisição prescritiva em virtude de vedação constitucional;¹⁶⁰

¹⁶⁰ Outro ponto a merecer destaque no plano da discricionariedade administrativa é a desafetação dos imóveis públicos para a implantação de programas de moradia popular. Na cidade do Recife grande é o número de imóveis desocupados cujo domínio é de titularidade da União, do Estado ou do próprio Município: “A polêmica em torno da possibilidade de desafetação dos bens públicos não é nova. Remonta à consagração do princípio do concurso voluntário na legislação brasileira, presente no art. 17 da Lei Federal n. 6.766, que obriga o loteador a destinação de áreas para fins públicos (praça, vias públicas, escola, área verde, equipamentos comunitários, etc.). Como a destinação do bem foi feita pelo loteador o questionamento que se faz é se é possível a posterior desafetação. Entendemos que sim. Primeiro porque estas áreas destinadas podem não ter sido implantadas e atualmente a necessidade pública ser outra”. PRESTES, Vanesca Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: da constitucionalidade da Medida Provisória n. 2220, de 04 de setembro de 2001. in. ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (org.) Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.227.

- i) improbidade administrativa por omissão em política sociais: a condenação por improbidade administrativa pode ser facilmente configurada nas ocasiões em que o Executivo Municipal deixe de cumprir determinação legal (v.g. a reformulação dos Planos Diretores, a falta de investimento em políticas sociais etc), nos moldes do art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000, além da condenação do administrador municipal que não destine no prazo máximo os imóveis desapropriados ou mesmo não estabelecem a concessão de uso especial para fins de moradia como direito real destinado a minimizar a falta de investimentos maciços em habitação popular e arrefecer a ociosidade da propriedade dos imóveis públicos abandonados nos grandes em todos os centros urbanos brasileiros, realidade não verificada apenas na cidade do Recife;
- j) combate à especulação imobiliária: um dos problemas de maior discussão na cidade do Recife, sugerindo um levantamento completo dos imóveis abandonados ou quase abandonados e promovendo sua destinação e imediata aplicação das penalidades constitucionais como o parcelamento e edificação compulsórios, a instituição de alíquota progressiva para o IPTU e a desapropriação com o pagamento em Títulos da Dívida Pública;
- k) justa distribuição dos equipamentos urbanos: evitando o adensamento urbano a justa distribuição dos equipamentos urbanos faria com que várias áreas da cidade fossem alvo da expansão urbana e não, exclusivamente alguns bairros e prevenindo conseqüências indesejáveis como a saturação da rede de esgotamento sanitário, o entrave de fluxo nas principais artérias e corredores,

além do comprometimento da ventilação nos bairros e a perda da identidade histórica da cidade do Recife;

- l) gestão democrática das cidades nos orçamentos participativos: um dos pilares do dirigismo urbanístico, representa o acesso direto da população ao controle das finanças municipais e abertura de sugestões e críticas na aplicação das receitas públicas, cumprindo a regra dos arts. 43, 44 e 45 da Lei nº 10.257/2001.¹⁶¹ A inclusão da sociedade na elaboração e debate dos orçamentos públicos constitui inegável avanço; compete aos administradores divulgar amplamente as reuniões para a discussão e explicar os mecanismos de controle das despesas públicas contidos nos artigos acima citados;
- m) ampliação de programas de habitação popular: o Recife ultimamente tem investido na execução de programas de moradia para famílias de baixa renda envolvendo, inclusive, a própria população. Concessão de crédito com linhas de financiamento acessíveis, distintas da realidade do SFH, fruto do antigo modelo praticado no extinto Banco Nacional de Habitação¹⁶² e investimento maciço nas

¹⁶¹ A obrigatoriedade dos orçamentos participativos, insertos na prática da gestão democrática das cidades, constitui requisito de admissibilidade das contas públicas na ótica da Legislação de Responsabilidade Fiscal e dos princípios da ordem urbanística: “ A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da cidade trazem elementos fundamentais para reverter o processo histórico de desenvolvimento desigual das nossas cidades: a função social da cidade e da propriedade e a participação popular no planejamento e gestão das cidades. Esses dois elementos devem estar detalhados no Plano Diretor de cada município.” ROLNIK, Raquel. Org. Plano Diretor participativo: Guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.p.43.

¹⁶² O modelo atualmente proposto de financiamento habitacional presente no SFH, gerido pela Caixa Econômica Federal, ainda é excludente e não possibilita maiores avanços na garantia ao direito à moradia, uma vez que a aplicação de juros exorbitantes, sempre questionados pela Justiça Federal, afasta muitas famílias sem renda suficiente deste tipo de programa: “O próprio poder público torna-se criador privilegiado da escassez; estimula, assim, a especulação e fomenta a produção de espaços vazios dentro das cidades; incapaz de resolver o problema da habitação, empurra a maioria da população para as periferias; e empobrece ainda mais os mais pobres, forçados a pagar caro pelos precários transportes coletivos e a comprar caro bens de um consumo indispensável e serviços essenciais que o poder público não é capaz de oferecer (Santos, 1990). O poder público, entretanto,

áreas de saneamento e equipamentos urbanos sem a centralização nos recursos do FGTS, mas com a devida ampliação do OGU – Orçamento Geral da União,¹⁶³ conforme exemplificado na tabela a seguir:

PRODUTOS	PROGRAMA/AÇÃO	PROPONENTE	FONTE
Construção de unidades habitacionais	Apoio ao poder público para construção hab	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
	Carta de crédito associativo	Pessoa física	FGTS
	Apoio à produção	Pessoa jurídica	FGTS
	Pró-moradia	Poder público	FGTS
	Programa de arrendamento residencial	Pessoa jurídica	FAR
	Programa de crédito solidário	Pessoa física	FDS
Aquisição de uh nova	Apoio ao poder público p/ const. Habit.	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
	Carta de crédito associativo	Pessoa física	FGTS
	Programa de arrendamento residencial	Pessoa jurídica	FAR
Aquisição de uh usada	Apoio ao poder público p/ const. Habit.	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
Conclusão, reforma ou melhoria de uh	Apoio à melhoria das cond. Habit de a. prec.	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
	Programa crédito solidário	Pessoa física	FDS
Aquisição de material de construção	Apoio à melhoria das cond. Habit. de a. prec.	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
	Programa crédito solidário	Pessoa física	FDS
Aquisição de lote urbanizado	Apoio ao poder público p/ const. Habit.	Poder público	OGU
	Carta de crédito individual	Pessoa física	FGTS
Produção de lote urbanizado	Apoio ao poder público p/ const. Habit.	Poder público	OGU
	Carta de crédito associativo	Pessoa física	FGTS
Requalificação de imóveis urbanos	Apoio ao poder público p/ const. Habit.	Poder público	OGU
	Carta de crédito associativo	Pessoa física	FGTS
	Programa de arrendamento residencial	Pessoa jurídica	FAR
Urbanização de assentamentos precários	Apoio à melhoria das cond. Habit. de a. prec.	Poder público	OGU
	Habitar-Brasil BID	Poder público	OGU
	Pró-moradia	Poder público	FGTS
Desenvolvimento institucional	Habitar-Brasil BID	Poder público	OGU
	Pró-moradia	Poder público	FGTS

não age apenas de forma indireta. Ele também atua de forma direta na geração de problemas urbanos, ainda que prometendo resolvê-los. O caso do Banco Nacional de Habitação é o exemplo mais típico. O discurso da criação do BNH dava-o como instrumento de melhoria das condições de moradia dos habitantes urbanos. Na verdade, esse Banco tornou-se, em primeiro lugar, o banco da cidade, a instituição financeira estatal destinada a preparar as cidades para melhor exercer seu papel na fase do capital monopolista que se estava implantando. SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: EDUSP, 2005. p.123.

- m) ampliação do orçamento participativo e defesa da prioridade vinculativa: tendo garantida a sua participação nos debates orçamentários, a comunidade recifense pode opinar pela alocação dos recursos públicos e, após uma análise de prioridades absolutas, o administrador encontra maior facilidade no ato decisório de investir. Elegendo prioridades junto à população¹⁶⁴ o Poder Público aproxima-se cada vez mais da transparência e moralidade administrativas, além de evitar o gasto desnecessário.¹⁶⁵
- n) extinção da outorga onerosa do direito de construir: preconizada nos arts. 28 e seguintes do Estatuto da Cidade, tal instituto pode representar carta branca da política especulativa de grandes construtoras na constante ganância de ocupar sempre mais espaço verde em busca da mais-valia imobiliária. As medidas aqui relacionadas consolidam a prática do dirigismo urbanístico no combate à disfunção social da propriedade urbana na cidade do Recife e, conseqüentemente, a redução da drástica exclusão social pela negação do direito social à moradia preconizado no art. 6º da nossa Carta Cidadã.

¹⁶³ Tabela de investimentos extraída do Ministério das Cidades: Disponível em <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em 13/06/2005.

¹⁶⁴ A participação popular definindo os orçamentos municipais representa substancial avanço no direito administrativo e constitucional brasileiro, fortalecendo a democracia e elevando a transparência na gestão da coisa pública, como corolário do princípio da moralidade administrativa: “ Ao lado, pois, de impor a participação da comunidade na decisão dos agentes públicos, sua participação obrigatória na elaboração das leis orçamentárias, exige a lei que haja interferência da população e suas associações representativas, de “modo a garantir o controle direto de suas atividades”. Ora, esta a lei dizendo que deve haver o controle, por parte da sociedade, inclusive no gato público. Impõem-se seja ela ouvida nas decisões e, uma vez tomadas, que haja o controle efetivo sobre as atividades. (...) Passa a existir não apenas o controle formal dos Tribunais de Contas sobre o gasto público, mas o controle real e efetivo por parte da comunidade.” OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da cidade. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁶⁵ As reuniões do orçamento participativo no Recife envolveram, de 2000 a 2004, cerca de 240.000 pessoas, tornando-o o maior do Brasil. Em quatro anos foram aplicados aproximadamente R\$ 127.000.000,00 em mais de 2458 obras. PREFEITURA DA CIDADE DO RECIFE. Recife. Prestação de contas 2004. Secretaria de comunicação social, 2004.p.10.

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

REDAÇÃO ATUAL	NOSSA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO
TITULO VIII DA ORDEM SOCIAL CAPITULO IX (INEXISTENTE)	TITULO VIII DA ORDEM SOCIAL CAPITULO IX DA MORADIA
Art. 233. Revogado pela Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000.	<p>Art. 233. A moradia, direito fundamental de todos e dever do Estado, será promovida mediante políticas sociais e econômicas, que atendam às diferentes necessidades regionais, orientadas pelo cumprimento da função social da cidade e da posse e propriedade urbanas.</p> <p>§ 1º O Estado desafetará progressivamente áreas de seu domínio, situadas nos centros urbanos com mais de 20.000 habitantes e sem uso efetivo há mais de 1 ano para o beneficiamento da população de baixa renda, devidamente inscrita em programas de habitação popular.</p> <p>§ 2º A União aplicará, anualmente, nunca menos de dez e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quinze por cento, no mínimo, de receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na consecução de programas de moradia popular, saneamento e demais equipamentos urbanos.</p> <p>§ 3º A distribuição dos recursos públicos prevista neste artigo obedecerá a prioridade de atendimento das localidades com maior ICH – índice de carência habitacional e menor IDH – índice de desenvolvimento humano, definidos anualmente pelo IBGE.</p>

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI Nº 10.257/2001:

REDAÇÃO ATUAL	NOSSA PROPOSTA DE REDAÇÃO
Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação.	Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor determinará o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação.
§3º A notificação far-se-á:	§3º A notificação far-se-á:
II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.	II – por edital quando frustrada a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.
§4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a: I – 1 (um) ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente; II – 2 (dois) anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.	§4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a: I – 6 (seis) meses, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente; II – 6 (seis) meses, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.
Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no §5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos.	Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no §5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 2 (dois) anos consecutivos.
§2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não seja atendida em 5 (cinco) anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.	§2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não seja atendida em 2 (dois) anos, o Município iniciará o procedimento previsto no art. 8º.
Art. 8º Decorridos 5 (cinco) anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.	Art. 8º Decorridos 2 (dois) anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município desapropriará o imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.
§4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.	§4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 1 (hum) ano, contado a partir da sua afetação.

<p>Art. 9º. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), por 5 (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.</p>	<p>Art. 9º. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados), por 5 (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</p>
<p>§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.</p>	<p>§ 3º Para os efeitos deste artigo, os herdeiros legítimos ou testamentários continuam, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que não possuam outro imóvel rural ou urbano.</p>
<p>Art. 15. (vetado) Art. 16. (vetado) Art. 17. (vetado) Art. 18. (vetado) Art. 19. (vetado) Art. 20. (vetado)</p> <p>Discordamos do veto destes artigos e defendemos sua inclusão no texto da Lei n. 10257/2001 na forma primitiva, apenas com pequena alteração ao lado, retirando-os do bojo da MP n. 2220/2001.¹⁶⁶</p>	<p>Art. 15. Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados situada em imóvel público, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, pelo prazo mínimo de 02 anos, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural.</p>
<p>Art. 28. O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.</p>	<p>Art. 28. O Plano Diretor estabelecerá áreas nas quais o direito de construir será acompanhado de benefícios de ordem tributária, propiciando a distribuição do potencial construtivo, e áreas onde novos empreendimentos estejam proibidos de acordo com o estudo de impacto de vizinhança.</p>

¹⁶⁶ Totalmente desnecessário o veto oferecido aos artigos referentes à concessão especial de uso para fins de moradia no texto da Lei n. 10257/2001, substituídos pela MP n. 2220/2001, uma vez que a alteração legislativa em nada contribuiu para o avanço do tema. Não havia a menor necessidade de alteração do texto em decorrência da expressa vedação constitucional de usucapir áreas públicas, uma vez que não há posse com *animus domini* em consonância com o princípio da imprescritibilidade dos imóveis públicos. Substituir a expressão imóveis por área em nada altera a política de desenvolvimento urbano. Devemos perceber, ainda, no Estatuto da Cidade, a impossibilidade de ser direta e objetivamente aplicadas as imposições contra a omissão do Poder Público em matéria de aproveitamento dos imóveis públicos; ou seja, o princípio da função social da propriedade urbana é consagrado, em sua vertente penal, apenas para o proprietário particular olvidando da omissão pública na destinação dos seus próprios imóveis: “ Infelizmente, o Presidente, ao sancionar a lei, vetou todos os artigos referentes à concessão, permanecendo apenas o (sic) usucapião. Isso quer dizer que as ocupações de imóveis públicos – que são na verdade a maior parte das terras onde se encontram as favelas em nossa (sic) cidades – ainda não estão sendo tratadas por lei federal. É lamentável que esses artigos tenham sido vetados, já que sabemos que, embora nada impeça que as prefeituras façam a concessão de terrenos de sua propriedade, as cidades urbanizam, mas não conseguem regularizar a propriedade de bairros inteiros que estão assentados sobre terras pertencentes a estes entes estaduais ou federais.” ROLNIK, Raquel. Plano Diretor Estatuto da Cidade: Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. Revista de Direito imobiliário. a.25, n.52., p. 17., jan., jun., 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABRAMO, Pedro. (org) **A cidade da informalidade: o desafio das cidades latino-americanas.** Rio de Janeiro: FAPERJ, 2003.

ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio. (org.) **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade:** diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALVES, Mércia. **PREZEIS: a luta social por uma política urbana inclusiva.** Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005.

ALPA, Guido. **Istituzioni di Diritto Privato.** Problemi. Torino: UTET, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983

_____. **O que é política.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BALLARINO, Tito. **Diritto Internazionale Privato.** Padova: CEDAM, 1982.

BALLE, José Maria Lafuente. **La judicialización de la interpretación constitucional.** Madrid: Colex, 2000.

BARCELLONA, Pietro. **Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici.** Milano: Giuffrè, 1969.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRUFFINI, José Carlos Toseti. **Usucapião constitucional urbano e rural: função social da propriedade.** São Paulo: Atlas, 1998.

BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade: Quem ganhou? Quem perdeu?** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em 15/09/2005.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano diretor participativo**. Coord. Raquel Rolnik. Brasília: s.ed., 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. **O processo como superego social**: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao006/antonio_cabral.htm. Acesso em 16/09/2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **A Constituição Federal de 1988 e a política urbana**. Fadap: Revista jurídica. n.1. p.1-52, 1998.

_____. **Organização da cidade**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CASTELLS, Manuel. **A questão urbana**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTILHO, José Roberto Fernandes. **Imposições constitucionais da utilização do solo urbano**: artigo 182, §4º, da Constituição Federal. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n.41. p.257-268. jun., 1994.

CASTRO, Sandra Costa Saires de. **Loteamentos irregulares e clandestinos: a cidade e a lei**. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2002.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Revista do CEJ, Brasília, v.1, n.3, p.92-99, set./dez., 1997.

COULANGES, Fustel de. **La cité antique**. Paris: Flammarion, 1984.

DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua**. Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. 4ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

DE CUPIS, Adriano. **Il diritti della personalità**. Milano: Giuffré, 1950.

DE LUCCA, Newton. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais**: instituição do crime de lesa-corte. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 13, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em 22/10/2002.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoléon**. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1920.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **A lei a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Um novo Estatuto para as cidades brasileiras**. Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREIRE JÚNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Desapropriação urbanística**: um instrumento jurídico do desenvolvimento urbano. Revista de Direito administrativo, n.219,p.153-177, jan./mar.2000.

GARCIA, Maria. **Direito à cidade**. Revista de direito constitucional e internacional. a.11, n.44, p.145 -152., jul./set., 2003.

GILBERT, A. **Urban agglomeration and regional disparities**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

GOMES, Flávia. **Da regularização fundiária à formação de novas lideranças articuladas na Rede Ação**. Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005. p.49.

GOMES, Luis Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **Considerações sobre o déficit habitacional e os loteamentos clandestinos**. Revista de direito ambiental. a.7, n.25, p.79 -94., jan./mar. 2002.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a integração pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

_____. **Manual de Derecho constitucional**. 2ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

HEYDEBRAND, Wolf. **Process rationality as legal governance: a comparative perspective**. Disponível em <http://www.club.form.ru/books>. Acesso em 15/09/2005.

JOÃO XXIII, Papa. **Carta encíclica Pacem in Terris**. Roma. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents. Acesso em 13/08/2005.

JÚNIOR, Nelson Saule. **O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana**. Direito urbanístico. Org. Edésio Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

KOWARICK, Lúcio. **Escritos urbanos**. São Paulo: Editora 34, 2000.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2ed. Rio de Janeiro: Líber juris, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

LOJKINE, Jean. **O Estado capitalista e a questão urbana**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARICATO, Erminia. **O que fazer com a cidade ilegal?** Revista de Direito imobiliário. a.25, n.52., p. 19-31., jan., jun., 2002.

MATOS, Liana Portilho. (org). **Estatuto da cidade comentado**. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP. n.58, p.183-202., nov. 2000.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOLANDER, Anders e BLICHNER, Lars Chr. **What is juridification?** Disponível em <http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2005/papers/wp05>. Acesso em 16/09/2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORO, Sérgio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais.** Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 10, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em 22/10/2002.

OLIVEIRA, Adilson José de. **O aprimoramento da ação municipal e o desenvolvimento das cidades.** Interesse público. a.6, n.30, p.213 -219.

OLIVEIRA, Flávia Gomes e Silvana. **Coelhos, Mustardinha e Entra a pulso: três histórias de resistência e luta pela moradia no Recife.** Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da cidade.** 2ed. São Revista dos Tribunais, 2005.

ORANGE, Vera. **Regularização fundiária para inclusão social: a participação do CENDHEC no processo de regularização fundiária no Recife.** Prezeis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil.** introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.11.

PREFEITURA DA CIDADE DO RECIFE. Recife. **Prestação de contas 2004.** Recife: Secretaria de comunicação social, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. **Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade.** (org) Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROBERTS, Bryan R. **Globalization and latin american cities.** International journal of urban and regional research. v.29.1, p. 110-123, mar., 2005.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Ampliação da legitimidade:** superando-se a individualidade restrita: ampliação das hipóteses de ações coletivas. Revista do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n.10, Disponível em <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em 22/10/2002.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei:** legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. 2ed. São Paulo: FAPESP, 1999.

_____. **Plano diretor estatuto da cidade:** instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. Revista de direito imobiliário. a.25, n.52. p.11-18., jan./jun., 2002.

_____. (org). **Plano Diretor participativo:** Guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 9ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Milton. **Da totalidade ao lugar.** São Paulo: EDUSP, 2005.

_____. **A urbanização brasileira.** São Paulo: EDUSP, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

SASSEN, S. **Urban impacts of economic globalization.** Washington D.C: Woodrow Wilson International Center for scholars, 1998.

SEGUIN, Elida. **Estatuto da cidade:** promessa de inclusão social, justiça social. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Maria Ângela de Almeida. **Política habitacional para os excluídos: o caso da Região Metropolitana do Recife**. Disponível em <http://www.ippur.ufrj.br/observatorio>. Acesso em 20/10/2004.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **A distinção entre o direito à moradia e o direito de habitação**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. a.7, n.13. p.224-260., jan./jun., 2004.

_____. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Luiz Cláudio Assis. **A questão da habitação social: desafio e perspectivas**. Revista dos Procuradores da República. a.1, n.2. p. 17 -20. set., 2004.

TAVARES, Zilda. **Código de defesa do consumidor e a alienação fiduciária imobiliária**. São Paulo: Método, 2005.

TELLES, Eduardo Maccari. **Capacidade contributiva e progressividade no IPTU**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/05/2003.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. t.II.

TENDÊNCIAS DEMOGRÁFICAS: **uma análise dos resultados do universo do censo demográfico 2000** / IBGE, Departamento de População e indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. v. 14. Pernambuco.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VERÇOSA, Fabrício. **Moradia é um direito humano**. Prezis em revista. Programa direito à cidade. Recife: CENDHEC, 2005.

VERGOTTINI, Guisepppe de. **Diritto costituzionale comparato**. Padova: CEDAM, 2004.

WALDRON, Jeremy. **On judicial review.** Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/menu/test/articles>. Acesso em 15/09/2005.

_____. **The dignity of legislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. **The right to private property.** Oxford: Clarendon Press, 1990.

ANEXOS.

ESPECIFICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE	DÉFICIT HABITACIONAL			PERCENTUAL DO TOTAL DOS DOMICÍLIOS PERMANENTES		
	TOTAL	URBANO	RURAL	TOTAL	URBANO	RURAL
Nordeste	2631790	1729057	902733	23,0	21,2	27,5
Maranhão	575187	251715	323472	46,4	33,3	67,0
Piauí	157640	103014	54626	23,8	24,0	23,5
Ceará	408021	274877	133144	23,2	21,3	28,5
RM Fortaleza	163933	155728	8205	22,7	22,3	36,1
Rio Grande do Norte	163983	121754	42229	24,4	24,2	25,1
Paraíba	139257	104851	34406	16,4	16,9	15,2
Pernambuco	387941	315274	72667	19,7	20,3	17,3
RM Recife	191613	186608	5005	22,3	22,3	21,6
Alagoas	131382	95393	35989	20,2	20,7	18,9
Sergipe	86938	65526	21412	19,9	20,5	18,1
Bahia	581441	396653	184788	18,3	18,0	19,0
RM Salvador	144767	142653	2114	18,2	18,2	18,2

Tabela 01. Déficit habitacional da Região Nordeste. Fonte: Fundação João Pinheiro, Déficit habitacional no Brasil – 2000. Belo Horizonte: Rona, Centro de Estatística e informações, 2001.

Município	ICH	IDH
Abreu e Lima	0,709	0,730
Araçoiaba	0,412	0,637
Cabo de Santo Agostinho	0,710	0,707
Camaragibe	0,625	0,747
Igarassu	0,579	0,719
Ipojuca	0,519	0,658
Itamaracá	0,475	0,743
Itapissuma	0,936	0,695
Jaboatão dos Guararapes	0,694	0,777
Moreno	0,769	0,693
Olinda	0,272	0,792
Paulista	0,425	0,799
Recife	0,275	0,797
São Lourenço da Mata	0,461	0,707

Tabela 02. Índice de carência habitacional e desenvolvimento humano da RMR. Fonte: Observatório das Metrôpoles. Estudo do censo 2000 IBGE. Rio de Janeiro: IPPUR – UFRJ, 2004.

O ICH – índice de carência habitacional foi criado no intuito de, com os dados mais atuais disponíveis, fornecer um quadro sobre as condições materiais de vida da população brasileira, através da observação sobre a qualidade dos serviços coletivos prestados à mesma.

RPA	Exemplos de obras:	Valores:
RPA 1	39 obras: Requalificação do cais da Aurora e recuperação do sistema de saneamento de Santo Amaro.	R\$ 10.737.984,38
RPA 2	454 obras: pavimentação da av. Hildebrando de Vasconcelos/Pereira Barreto em Dois Unidos; contenção de encostas na Bomba do Hemetério	R\$ 11.234.037,31
RPA 3	478 obras: contenções de encostas no Vasco da Gama; pavimentação no Sítio dos Pintos e na Guabiraba	R\$ 17.309.489,05
RPA 4	191 obras: revestimento do canal do Cavouco e pavimentação das vias marginais; avenida Maurício de Nassau; revestimento do canal Jardim Teresópolis; academias da cidade.	R\$ 29.435.370,46
RPA 5	586 obras: revestimento do canal das laranjeiras em Areias pavimentação de ruas na Estância e drenagem da rua Simpere no Caçote.	R\$ 32.232.578,47
RPA 6	710 obras: contenções no Ibura de Cima; pavimentação e drenagem da av. Dois rios no Ibura de baixo; construção da policlínica do Pina.	R\$ 26.232.869,47

Tabela 03. Investimentos por Região Político Administrativa na cidade do Recife em 2004: fonte: Prefeitura da Cidade do Recife. Prestação de contas 2004. Recife: Secretaria de Comunicação social, 2004.



fig. 01. Vila do Vintém II. Localizada às margens do rio Capibaribe, nas imediações do bairro de Casa Forte, a comunidade foi recentemente transferida (abril de 2005) para uma área no bairro da Torre.



Fig. 02. Favela situada em mangue na capital pernambucana na confluência do Coque. O modelo de distribuição de renda concentrador adotado no Brasil, onde pouco mais de 2% das receitas públicas são investidas em saneamento e programas de urbanização impede a extinção de quadros como o retratado pela fotografia.



fig.03. “ Para os moradores da comunidade da Vila do Vintém, situada bem ao lado do Shopping Plaza, em Casa Forte, o risco de expulsão parece ainda mais aparente. Há poucos dias, pessoas estranhas estiveram na área fazendo medições das casas. “Disseram que tinham interesse em investir aqui, então nosso advogado encaminhou um ofício à URB perguntando se ela tem conhecimento sobre isso e estamos esperando a resposta”, conta a presidente da associação de moradores, Andreлина Gomes da Silva. (...) Na Vila do Vintém, uma casinha de 60 metros quadrados sai em torno de R\$ 10 mil. A ZEIS está 60% urbanizada, portanto, dentro da nova proposta, faltaria pouco para ela deixar de ter índices restritos de construção.” Diário de Pernambuco. Moradores de ZEIS temem ser expulsos com as alterações. Recife, 19 de março de 2000. Vida urbana. p.C9.

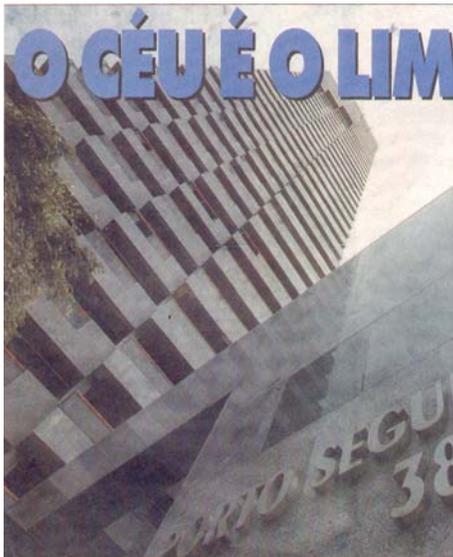


fig.04. “ Enquanto a legislação do solo permite e a população não se dá conta das grandes transformações na face urbana da cidade, as construtoras lançam prédios cada vez maiores no mercado. Um dos edifícios mais altos do Recife – o Aderbal Jurema, com 43 andares – será erguido na rua Real da Torre pela Moura Dubeux Engenharia, ao lado da boate UAU!. A empresa é responsável pela maioria das torres que estão sendo levantadas no Recife. O prédio do bairro da Torre já vem sendo anunciado nos jornais. O imóvel oferecerá estacionamento interno para visitante com 35 vagas e terá dois acessos, um pela Real da Torre e outro pela rua Galvão Raposo, “para não sobrecarregar o trânsito local”, afirma o engenheiro Marcos Dubeux, sócio da construtora. Ele informa que a empresa, agora, só vai executar grandes edifícios.” Jornal do Commercio. Viver nas alturas tem lá suas vantagens. Recife, 30 de julho de 2000. Cidades, p.3



fig.05. Vista de um dos setores atingidos pelo processo de favelização na cidade do Recife. Trecho do viaduto que cruza a área denominada de Joana Bezerra próximo ao novo Fórum do Recife. Em poucos momentos da Administração Pública recifense presenciamos a implementação de estudos sérios para melhorar a qualidade de vida e a urbanização.



fig.06. vista de um trecho dos morros recifenses. Por um longo período de nossa recente história urbanística presenciámos a crescente favelização e violento processo de ocupação do solo desordenado, corroborando a tese mais uma vez da obrigatoriedade do Município em limitar o crescimento urbano e fornecer o mínimo de condições de vida retratado em equipamentos urbanos, justificando o dirigismo urbanístico.



fig.07. Fotografia retirada de imóvel residencial situado na esquina das ruas do Futuro e Dr. Malaquias, no bairro dos Afritos na capital recifense, ilustrando fortemente a especulação imobiliária. A aludida edificação encontrava-se desocupada por largos anos e em péssimo estado de conservação. Há poucos meses, no ano em curso tivemos oportunidade de presenciar a sua demolição para ser construído edifício de apartamentos.



fig.08. Mais uma vez encontramos nítido exemplo da força especulativa das grandes cidades brasileiras, seja por parte do Poder Público ou mesmo pela atuação dos proprietários privados. No Recife, por parte do Administrador Público, encontramos graves problemas em bairros centrais, a exemplo da Avenida Guararapes e da Avenida Dantas Barreto. Na fotografia trecho da Avenida Rosa e Silva, com imóvel residencial desocupado por muitos anos com vegetação em estado de degradação e em completo abandono.



fig.09. Ilustrando mais uma vez a forte ação especulativa no setor imobiliário trazemos à colação fotografia de imóvel residencial situado na rua Bispo Cardoso Ayres, no bairro da Boa Vista – Recife, desocupado há muitos anos. Contempla em sua fachada apenas a placa de venda e revela alto estado de abandono, bem como em outras vias de médio fluxo ou mesmo em artérias recifenses a imagem se repete.



fig.10. Trecho da margem no rio Capibaribe no Recife, próximo à ponte da Torre na localidade conhecida por Beira Rio entre os bairros das Graças e da Madalena. Observamos a constante ocupação desenfreada por famílias em moradias construídas com sobras de madeira ou alumínio em condições degradantes de vida, constituindo uma realidade marcante no cenário recifense.



fig.11. Outro trecho das margens do rio Capibaribe na cidade do Recife demonstrando ainda a crescente favelização, onde notório é o contraste entre edificações sofisticadas e concebidas em função de um padrão urbanístico e outras onde não se cogita de qualquer intervenção do administrador municipal.



Fig.12. Concebidos em sua maior parte na década de 1980, os conjuntos residenciais do Recife e da Região Metropolitana do Recife representam hodiernamente um sério problema em virtude de vários fatores, dentre os quais podemos citar: a falta de infraestrutura básica, a extrema distância dos centros produtores, a insuficiência de cômodos etc.



fig.13. A cidade do Recife concentra hoje um dos piores índices de desenvolvimento urbano do Brasil, como narramos em um dos capítulos do presente projeto, contribuindo para este alarmante quadro os seguintes dados, dentre outros: falta de uma política de crescimento urbano, falta de saneamento básico, transportes insuficientes.

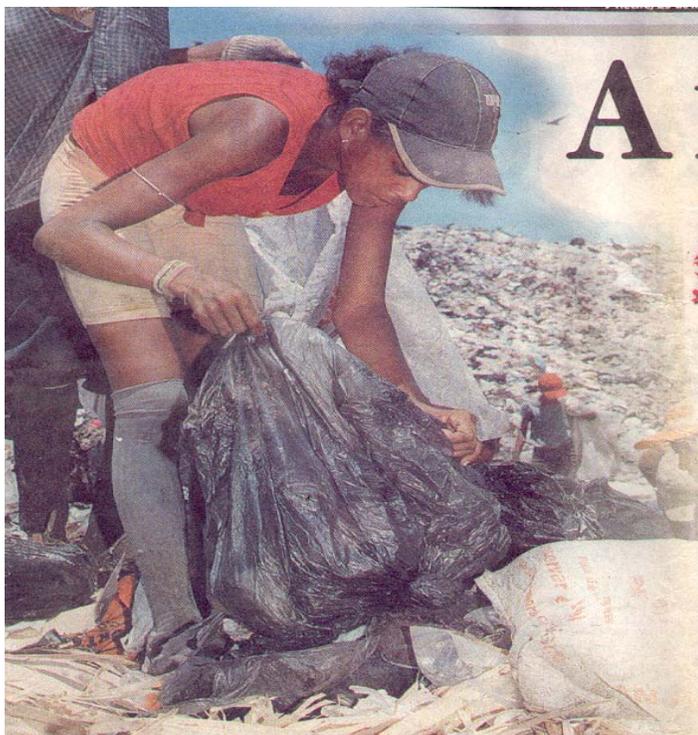


fig.14. Outro fator preocupante na realidade urbanística recifense constitui a chamada indústria do lixo, envolvendo pessoas de baixíssima renda familiar e que investem sobre uma das mais aviltantes atividades atualmente concebidas para o ser humano, qual seja, retirar do lixo parte de seu alimento. Poucos programas de reciclagem de lixo foram implantados. Necessitamos de uma constante e verdadeira política de controle urbano que concilie o problema da destinação dos recursos não aproveitáveis e os que podem retornar como fonte alternativa de energia ou mesmo na reciclagem.

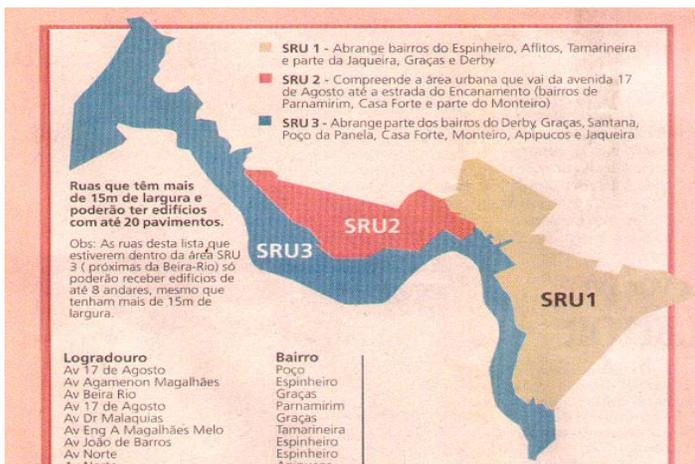


fig.15. Recentemente a Prefeitura da Cidade do Recife, em situação inusitada, editou norma limitando a construção de edificações em determinados bairros recifenses, implantando, por intermédio do Decreto nº 18. 844 / 2001, os chamados SRU (setores de reestruturação urbana), consoante a divisão de 3 grandes áreas ou setores.



fig.16. Dentre os inúmeros conjuntos residenciais situados no Recife e em sua Região Metropolitana podemos citar a região dos Curados, tal como ilustra a fotografia, onde é comum a prática da clandestina modificação estrutural e estética dos padrões de construção utilizados em função da necessidade das famílias que ali residem.



fig.17. Neste primeiro gráfico podemos ver, nos dias de hoje, em estudos da Prefeitura da Cidade do Recife, parte do bairro de Casa Forte, nas imediações do Hiper Center Casa Forte próximo à avenida Beira Rio.



fig.18. Neste segundo gráfico observamos a mesma área na hipótese da proibição total de remembramentos de terrenos para edificação.



fig.19. Neste terceiro gráfico temos simulações onde os remembramentos de terrenos atingem até 1.000 m², situação atualmente inviável para a estrutura urbana recifense de hoje, segundo dados da própria Prefeitura da Cidade do Recife,



fig.20. Neste quarto gráfico temos a simulação do mesmo trecho do bairro de Casa Forte se a construção por rememoração fosse totalmente liberada sem restrições à altura dos edifícios.

Nas ilustrações considerar os seguintes dados:
 Edificações amarelas: construídas até 2 pavimentos
 Edificações cinzas: construídas acima de 2 pavimentos
 Edificações vermelhas: edificações aprovadas ou licenciadas
 Edificações azuis: edificações simuladas a construir no futuro



fig. 21. A ilustração apresenta dados significativos sobre o adensamento na cidade do Recife, resultado direto da extrema procura e crescente oferta de imóveis em bairros concentrados da cidade. Fato gerador de tal situação encontramos na oferta centralizada de serviços públicos de melhor qualidade e na conseqüente desvalorização imobiliária de outros bairros e áreas da Região Metropolitana do Recife.



fig.22. Ilustra a presente imagem edificação com destino residencial de 37 pavimentos tipo, localizada no bairro do Monteiro, uma das áreas atingidas pelas recentes alterações operadas pela legislação municipal. Contudo, vale salientar que tais mudanças não estão contempladas em caráter definitivo, haja vista a discussão de sua legalidade diante do Poder Judiciário e principalmente pela força concentrada do setor imobiliário na cidade. Não defendemos a adoção de medidas radicais no tocante à mudança da lei de uso e ocupação do solo do Recife; entretanto, não se pode conceber que continuemos a edificar sem o menor parâmetro de ocupação e permitir de modo antagônico a precária utilização de espaços urbanos sob os auspícios da especulação imobiliária, igualmente danosa ao desenvolvimento social. Nossa cidade não mais suporta o conglomerado de edificações em pauta para os próximos cinco anos tomando como base o remembramento ; devemos promover a democratização dos equipamentos urbanos para pulverizar a população.

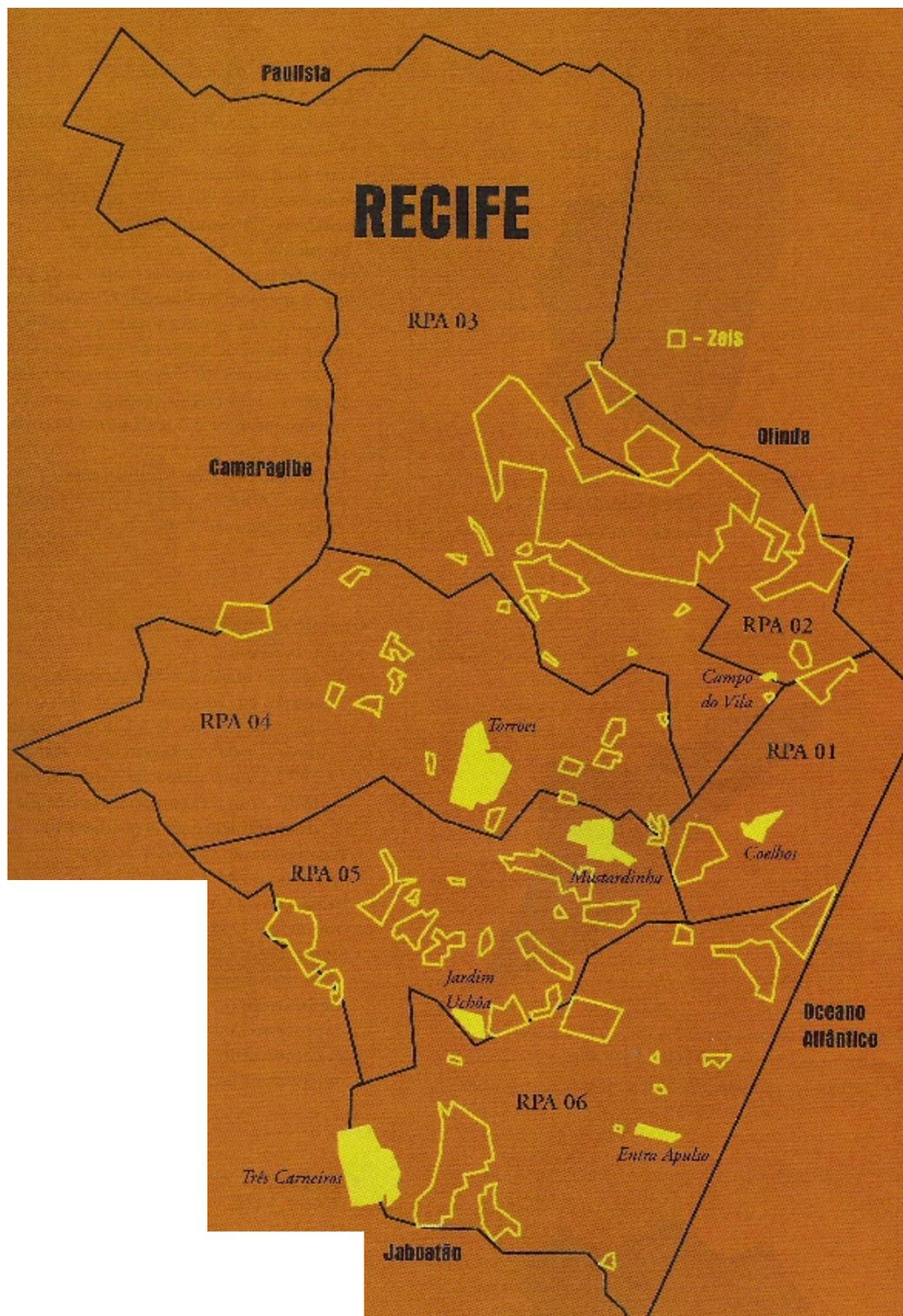


Fig. 23. Mapeamento da atuação do Programa Direito à cidade, com intervenções diretas nas ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social, promovido pelo CENDHEC – Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social. Cidade do Recife e suas 6 RPA – Regiões Político-administrativas.