

O DIREITO À MORADIA COMO RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

por Nelson Saule Júnior

Os direitos humanos como tema global: responsabilidade do Estado

No contexto da globalização o tema dos direitos humanos se consolidou como um tema global cujo processo tem como marco a universalização dos direitos com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabelecida pelas Nações Unidas. No decorrer das quatro últimas décadas a trajetória dos direitos humanos tem sido marcada pelo fenômeno da constituição de diversas convenções e declarações internacionais estabelecendo organismos e mecanismos de proteção desses direitos, seja de âmbito global ou regional.

O processo de universalização e multiplicação dos direitos configura um rompimento com o sistema tradicional de relação do indivíduo sujeito de direitos somente no âmbito do Estado do qual é cidadão, de modo a estabelecer um novo cidadão, o cidadão do mundo, sujeito de direitos universais reconhecido como um sujeito de direito internacional. O processo de afirmação tem gerado uma gradual multiplicação de direitos mediante a especificação do homem abstrato e genérico de acordo com o sexo, homem, mulher; idade, criança, adulto, idoso; condições de saúde – deficiências físicas e mentais; raça e etnia.

De acordo com Enrique Levandowski, “justamente para atender aos anseios e necessidades desse novo homem é que o Estado foi obrigado a abandonar o seu posicionamento passivo e assumir um papel mais ativo, notadamente após a Primeira Guerra Mundial. Surgiu, assim, o Estado intervencionista, planejador, o Estado prestador de serviços, entidade que alguns chamam, como foi visto, de Estado Social de Direito, em oposição ao Estado Liberal de Direito, eminentemente abstencionista. Nas sociedades industriais mais avançadas fala-se inclusive, no Welfare State, no Estado ativamente voltado ao bem-estar de seus cidadãos. O novo papel desse Estado consiste, basicamente, em promover os direitos econômicos e sociais, isto é, de colocar em prática uma vasta gama de prestações positivas em benefício da coletividade”.¹

O reconhecimento e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais está na base das constituições democráticas modernas, como é o caso da Constituição brasileira e integram a legislação positiva da maioria dos Estados contemporâneos. A positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não tem significado especialmente nos países em desenvolvimento como o Brasil uma efetivação e concretização do pleno gozo e exercício desses direitos.

Considerando a necessidade de transformações nas relações entre sociedade e Estado tendo como valores a solidariedade, a cidadania, a democracia participativa, de modo a redefinir o papel do Estado; de estabelecer responsabilidades para os grupos internacionais econômicos executores de um modelo de desenvolvimento que tem acarretado o agravamento dos problemas mundiais da pobreza, degradação ambiental e exclusão social, o desafio para o século XXI é como concretizar, materializar os direitos humanos da pessoa humana.

¹ Enrique Ricardo Levandowski, *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Editora Forense, 1984, p. 63.

A partir da Conferência do Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro (1992), da Conferência dos Direitos Humanos de Viena (1993), da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994), da Conferência sobre Desenvolvimento Social de Copenhague (1995), da Conferência das Mulheres de Beijing (1995) e da Conferência sobre Assentamentos Humanos – Habitat II de Istambul (1996), estão definidos os princípios, as metas, os compromissos, as estratégias e instrumentos para a implementação de planos e programas de ação destinados a concretizar os direitos humanos preconizados e reconhecidos no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

É importante ressaltar que todos os direitos humanos (primeira, segunda, terceira e futuras gerações) são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, conforme dispõe o parágrafo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)². Com base nesse conceito e no conjunto de normas previstas no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estão presentes os fundamentos do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano e que deve ser promovido e protegido pelo Estado Brasileiro.

O direito à moradia no sistema de proteção internacional dos direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte inspiradora do sistema de proteção internacional dos direitos humanos e do direito à moradia como um direito humano, dispõe da seguinte forma no artigo XXV sobre o direito a um padrão de vida adequado:

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

A partir da afirmação desse direito, em razão dos direitos humanos serem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, a alimentação, vestuário, habitação, saúde e seguridade não são meramente componentes do direito a um padrão de vida adequado, estes são na verdade direitos que são reconhecidos na Declaração Universal inerentes a esse direito, pelo qual a pessoa humana somente terá um padrão de vida adequado se os direitos a alimentação, vestuário, moradia, saúde e seguridade forem assegurados e respeitados.

O artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém o principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, do qual gera para os Estados Partes signatários a obrigação legal de promover e proteger esse direito. O Estado brasileiro tem essa obrigação e responsabilidade uma vez que o Brasil ratificou não somente esse Pacto, como também o de Direitos Civis e Políticos no ano de 1992³. O artigo 11 estabelece o seguinte:

2 A Declaração e Programa de Ação de Viena foi adotada consensualmente pela Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos realizada em Viena no mês de junho de 1993. No preâmbulo da declaração a promoção e proteção dos direitos humanos é considerada matéria prioritária para a comunidade internacional. A declaração reconhece e afirma que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização. O parágrafo 5 que define os direitos humanos como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, estabelece que a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, *mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais.*

3 O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos através do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais através do Decreto n.º 591, também de 6 de julho de 1992.

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

O direito à moradia derivado do direito a um nível de vida adequado configura a sua indivisibilidade e interdependência e inter-relacionamento como direito humano, por exemplo com o direito de liberdade de escolha de residência, o direito de liberdade de associação (como as de moradores de bairro, vila e comunidades de base), com o direito de segurança (casos de despejos e remoções forçadas ou arbitrárias, ilegais), o direito de privacidade da família, casa e correspondência, com o direito a higiene ambiental e o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

Pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)⁴, através do artigo V, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)⁵, através do artigo 14.2(h); e na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), através do artigo 21, item 1; ambas ratificadas pelo Brasil⁶, o direito à moradia faz parte das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro.

Tal como as Declarações sobre Direitos Humanos que se complementam com os tratados e convenções como instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, o direito à moradia está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992), e reconhecido como um direito humano em especial na Agenda Habitat adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul em junho de 1996.

Na Agenda Habitat, a primeira menção ao direito à moradia se encontra no capítulo II, referente as metas e princípios como parte do parágrafo 13 da seguinte maneira:

“Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular neste contexto o direito à moradia disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, [...] levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente [...]”

No Capítulo III, referente aos compromissos sobre “Adequada Habitação para Todos” (item A), através do parágrafo 24 o direito à moradia foi reconhecido da seguinte forma:

“Nos reafirmamos nosso compromisso para a plena e progressiva realização do direito à moradia, provido por instrumentos internacionais. Neste contexto, nós reconhecemos a obrigação dos governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Os governos devem tomar apropriadas ações em ordem para promover, proteger e

4 A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, foi adotada pela Resolução 2106-A(XX), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965, e entrou em vigor em 1969, sendo monitorada pelo Comitê sobre a Eliminação de Discriminação Racial. Essa é a convenção que tem o maior número de ratificações, de 133 países até 1993. O Brasil ratificou essa convenção em 27 de março de 1968.

5 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher foi adotada pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 1981, sendo monitorada pelo Comitê sobre Eliminação de Discriminação contra a Mulher. A convenção tinha sido ratificada por 99 países até janeiro de 1992. O Brasil ratificou a convenção em 1984.

6 A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução 44/25, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, sendo monitorada pelo Comitê sobre os Direitos da Criança. A convenção foi ratificada por 69 países até 1992. O Brasil ratificou a convenção em 21 de novembro de 1990.

assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia. Entre essas ações foi estabelecida a proteção para todas as pessoas dos despejos forçados que violem os direitos humanos, bem como de prover segurança legal de posse e igual acesso a terra.

A incorporação do direito à moradia no direito brasileiro

O direito à moradia face à Constituição brasileira

O tratamento constitucional sobre o direito à moradia deve ser extraído das normas estabelecidas sobre os direitos fundamentais, sobre a repartição de competências entre as entidades da Federação brasileira, e sobre a política urbana. Sobre o direito à moradia uma leitura apenas do *caput* do art. 5.º, que trata dos direitos fundamentais, e do *caput* do art. 6.º, que induz a compreensão de que esse direito não foi reconhecido pela Constituição pela ausência de uma menção expressa nas referidas normas do direito à moradia, sendo esse o argumento principal para a interpretação que o direito à moradia não estar positivado no direito brasileiro.

De fato o *caput* do artigo 5.º estabelece como garantia para todos os brasileiros e aos estrangeiros no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, não mencionando o direito à moradia. Da mesma forma o *caput* do artigo 6.º estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, não mencionando também o direito à moradia.

Porém ao analisar o conjunto das normas constitucionais é possível demonstrar que o direito à moradia está positivado em nosso ordenamento jurídico. Um elemento dessa demonstração é a adoção do usucapião urbano na Constituição, pelo qual o direito à moradia é reconhecido como elemento constitutivo para a aquisição do domínio de áreas urbanas utilizadas por pessoas e famílias para exatamente fins de moradia.

O instituto do usucapião urbano tem como finalidade reconhecer o direito à moradia das pessoas e famílias que vivem nos assentamentos em condições precárias de habitabilidade e de segurança jurídica, tais como favelas, loteamentos clandestinos e irregulares nos bairros periféricos, conjuntos habitacionais abandonados, em habitações coletivas (cortiços), na chamada cidade clandestina ou informal. O usucapião urbano é um instrumento de regularização fundiária, destinado a assegurar o direito à moradia desses segmentos sociais.

A nosso ver o principal fundamento para o entendimento do direito à moradia como um direito integrante da ordem jurídica brasileira é do rol de direitos previstos expressamente no texto constitucional serem exemplificativos e não taxativos de acordo com o parágrafo 2.º do artigo 5.º que dispõe o seguinte:

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

Leda Pereira Mota e Celso Spitzkovsky, ao tratarem da extensão dos direitos e garantias fundamentais, têm o seguinte entendimento: “Ponto sobre o qual não se tergiversa em nossa doutrina é o de ser o rol de direitos estampados no art. 5.º do texto constitucional, meramente exemplificativo. E ainda que não fosse o próprio constituinte tratou de disciplinar desta forma como bem observa da leitura do artigo 5.º, parágrafo 2.º, assim redigido [...] Assim sendo, fica claro que além dos direitos listados nos 77 incisos do art. 5.º do texto magno, outros poderão ser extraídos desde que compatibilizados com o nosso ordenamento jurídico”⁷.

⁷ Mota, Leda Pereira. Spitzkovsky, Celso, *Direito constitucional*, Editora Terra, São Paulo, 1994, p. 262.

Com base nessa norma constitucional o direito à moradia se torna parte dos direitos fundamentais do sistema jurídico brasileiro, com base no regime e princípios adotados pela Constituição e com base nos tratados internacionais do qual o Estado brasileiro seja parte. Desse modo é justamente com base nos tratados internacionais de direitos humanos abordados nos itens anteriores que fundamentam e reconhecem o direito à moradia como um direito humano, o principal fundamento para o entendimento do direito à moradia ser um direito integrado e positivado no direito brasileiro, em razão de o Estado brasileiro ser parte dos pactos e convenções internacionais já analisados.

Importante ressaltar que o sistema de proteção internacional de direitos humanos é um sistema complementar aos sistemas nacionais, portanto os direitos reconhecidos dentro do sistema internacional passam a integrar os sistemas nacionais complementando o rol de direitos que devem ser promovidos e protegidos pelos Estados nacionais. Os direitos estabelecidos no sistema internacional, a partir do momento que são reconhecidos pelos Estados, se incorporam de imediato à ordem jurídica interna, exigindo medidas concretas como legislações e políticas específicas para a implementação desses novos direitos

Essa norma constitucional deve ser analisada em conjunto com o artigo 4.º, inciso II, da Constituição que estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regedores das relações internacionais do Estado brasileiro.

Segundo Fabio Comparato, “o sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos direitos humanos sobre quaisquer regras decorrentes da soberania internacional de nosso país, considerada esta como independência em relação a outros Estados e com o poder, em última instância, para decidir sobre a organização de competências no plano interno. Tal significa, segundo a melhor exegese, que o Brasil reconhece a inaplicabilidade para si, em matéria de direitos humanos, do princípio da não-ingerência internacional em assuntos externos (Carta das Nações Unidas, art. 2.º, alínea 7). A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda a humanidade”⁸.

Portanto no que diz respeito ao direito à moradia com base neste princípio, associado ao parágrafo 2.º do artigo 5.º, está plenamente integrado à ordem jurídica brasileira, devido a essa norma constitucional conferir a plena vigência aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais do qual o Estado brasileiro seja parte. A partir dessa fundamentação podemos considerar, à luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos do qual o Estado brasileiro é parte, a integração e positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro com base no parágrafo 2.º do artigo 5.º e do inciso II do art. 4.º da Constituição.

O direito à moradia como direito de aplicação imediata

O direito à moradia como integrante da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado, através de execução de políticas públicas, no caso em especial da promoção da política urbana e habitacional. Com as constituições contemporâneas, a emergência de um significativo número de normas de caráter programático, referente aos direitos humanos de segunda geração foi se construindo uma ruptura à teoria clássica sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, visando a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conferir a esses direitos o grau de aplicação imediata e direta.

⁸ Comparato, Fabio Konder, “A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências”, in *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Antônio Augusto Cançado Trindade (ed.), San José da Costa Rica/Brasília, 1996, p. 282.

Na lição de Canotilho, “devido a essa ruptura à doutrina clássica, pode e deve-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas – programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da *interposio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes”⁹.

No âmbito do sistema de proteção internacional do direitos humanos através do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de acordo com o artigo 2.º, item 1, o Estado brasileiro comprometeu-se a adotar medidas, tanto por esforço como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no pacto, dentre os quais se inclui o direito à moradia. Nos termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, os governos devem tomar apropriadas ações de forma a promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia.

Essa obrigação de tornar efetivo o direito à moradia de forma progressiva significa que o Estado brasileiro tem que criar meios materiais indispensáveis para o exercício desse direitos. Para realização progressiva do direito à moradia são necessárias as seguintes medidas:

- adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos para a promoção de uma política habitacional;
- a constituição de um sistema nacional de habitação descentralizado, com mecanismos de participação popular;
- revisão de legislações e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia ¹⁰;
- a destinação de recursos para a promoção da política habitacional.

A realização progressiva como obrigação, produz de imediato os seguintes efeitos:

- a faculdade de cidadão exigir de forma imediata as prestações e ações constitutivas desse direito, face a inércia do Estado que pode gerar a inconstitucionalidade por omissão;
- o direito de acesso à justiça, mediante ações e processos judiciais eficazes destinados a proteção do direito à moradia;
- o direito de participar da formulação e implementação da política habitacional.

Não somente face aos tratados internacionais de direitos humanos, mas em razão principalmente da Constituição, os direitos econômicos, sociais e culturais têm eficácia plena, gerando a obrigação imediata de o Estado brasileiro estabelecer as medidas necessárias para efetivar esses direitos, dentre os quais se inclui o direito à moradia.

A Constituição, ao dispor dos direitos fundamentais, estabelece que estes têm aplicação imediata. De acordo com o parágrafo 1.º do artigo 5.º da Constituição: as normas definidoras dos

⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 1989, p. 132.

¹⁰ Neste caso é importante a revisão da legislação do sistema financeiro de habitação que praticamente impede o acesso da população de baixa renda ao sistema e ao mercado formal de habitação

direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Considerando que as normas definidoras do direito à moradia nos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Estado brasileiro é parte estão incorporadas no direito brasileiro nos termos já abordados, essas normas devem ser compreendidas como de aplicação imediata quanto ao seu grau aplicabilidade.

Leda Mota e Celso Spitzcovsky, ao tratarem desse tema, têm o seguinte entendimento: “Não pairam dúvidas de que o objetivo do Constituinte foi o de garantir a aplicabilidade imediata desses dispositivos. Em outras palavras, por força do parágrafo 1.º do artigo 5.º, ninguém poderá ser privado do exercício de qualquer direito ou garantia fundamental sob a alegação de estar ele previsto em norma programática e, portanto, só ser exercitável depois de implementado pelo legislador ordinário, introduzindo o que poderíamos de chamar de normas constitucionais de eficácia plena expressa”¹¹.

Um efeito importante em razão de as normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata é a declaração de inconstitucionalidade de leis, normas e atos que estabeleçam qualquer tipo de restrição, discriminação ou redução do exercício desse direito, geradores de situações de regressividade e impedimento deste exercício.

Como resultante de as normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata, estas têm eficácia plena. Isto é, de imediato o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de constituir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida.

Política habitacional: obrigações e responsabilidades do Estado brasileiro

A federação brasileira tem como característica fundamental a definição dos deveres e obrigações da União, estados e municípios, para assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana através da implementação de políticas públicas que atendam os objetivos fundamentais de promover a justiça social, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, assegurar a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A União, pelo artigo 21, inciso XX da Constituição, tem a competência privativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Essas diretrizes são necessárias para a definição da política urbana que deve ser desenvolvida de forma integrada e ordenada entre os organismos governamentais responsáveis pelo setor no âmbito das entidades federativas. A União, no estabelecimento dessas diretrizes na área de habitação, deve por exemplo, definir os critérios objetivos para a aplicação e destinação dos recursos do sistema financeiro de habitação (Sistema de Poupança, Fundo de Garantia e recursos orçamentários), compreendendo os critérios para a utilização desses recursos pelos estados, municípios, agentes privados e agentes sociais, em programas e projetos de habitação de interesse social.

No campo legislativo a União, por ter a competência privativa para legislar sobre direito civil (art. 22, inciso I), tem a competência para disciplinar as relações privadas sobre o direito à moradia e o direito de propriedade, em especial o regime da locação de imóveis, de posse, uso ou usufruto e dos instrumentos de transferência da propriedade, como o contrato de compra e venda.

À União cabe também instituir diretrizes gerais sobre a política fundiária. No Brasil há o grave problema do acesso a terra, demonstrado pelos vários conflitos de posse, seja na área urbana

¹¹ Mota, Leda Pereira e Spitzcovsky, Celso, *Direito constitucional*, Editora Terra, São Paulo, 1994, p. 55.

e rural, causando muitas vezes violência física e morte dos posseiros e famílias envolvidas no conflito. Diante do elevado número de grandes propriedades ociosas, sem função social, tanto deve se reformar o código civil e de processo civil sobre o institutos da posse e da propriedade, quanto se estabelecer juizados especiais para julgar estes conflitos, se estabelecer a obrigatoriedade de procedimentos e audiências públicas de negociação e conciliação, com a participação do poder público, bem como a obrigatoriedade da inspeção judicial, isto é, da presença física do juiz no local do litígio como requisito para ser proferida a decisão judicial, de modo a aprimorar o procedimento das audiências de justificação de posse e substituindo o instrumento das medidas liminares que têm gerado mais o agravamento do conflito social do que sua solução.

A União, com base na competência concorrente de legislar sobre direito urbanístico, deve estabelecer as normas gerais desse direito, através de lei federal de desenvolvimento urbano que institua as diretrizes e objetivos da política urbana nacional, regulamente os artigos 182 e 183 da Constituição, institua os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão desta política. De acordo com o parágrafo 4.º do art. 182, a lei federal de desenvolvimento urbano é necessária para a regulamentação dos instrumentos urbanísticos do parcelamento ou edificação compulsórios, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbanos progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana; que devem ser aplicados pelo município para garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana com base no plano diretor.

Quanto aos estados, com base na competência legislativa concorrente, podem editar tanto uma lei estadual de política habitacional como urbana de modo a aplicar essas políticas de forma integrada com seus municípios. Aos estados cabe instituir um sistema de política estadual com organismos e instrumentos próprios, cuja política deve ser destinada em especial para as áreas metropolitanas.

Com relação à política habitacional, nos termos do artigo 23, inciso IX, a União, estados e municípios devem promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico¹². Essa norma emite a obrigação para as entidades federativas de atender os grupos sociais marginalizados e excluídos do mercado habitacional mediante a realização de programas de habitação de interesse social, como por exemplo o de regularização fundiária e urbanização de favelas.

O município, com base no artigo 182 e no princípio da preponderância do interesse, é o principal ente federativo responsável por promover a política urbana de modo a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de garantir o bem-estar de seus habitantes e de garantir que a propriedade urbana cumpra sua função social, de acordo com os critérios e instrumentos estabelecidos no plano diretor, definido constitucionalmente como o instrumento básico da política urbana.

O município, em razão de ser o principal ente federativo responsável pela execução da política urbana, tem que desenvolver uma política habitacional de âmbito local. O município, para atender as necessidades e enfrentar o problema habitacional, pode constituir órgãos governamentais e instituições municipais de habitação, instituir um sistema municipal de habitação que compreenda o sistema de gestão da política habitacional com participação popular como por exemplo conselhos, estabelecer mecanismos financeiros como fundos públicos, constituir programas de habitação de interesse social e instrumentos urbanísticos.

O município, para desenvolver a política habitacional municipal, deve instituir o plano diretor como o instrumento básico desta política, de modo que sejam estabelecidos as diretrizes e

12 No âmbito da repartição de competências entre a União, estados e municípios, a competência comum confere às entidades federativas a função de promover políticas e ações no mesmo patamar de igualdade, sem que o exercício dessa competência por parte de uma dessas entidades venha a excluir a competência de outra, podendo ser exercida cumulativamente.

os instrumentos sobre o uso e ocupação do solo urbano, formas de cooperação entre o setor público e privado, e disciplinar os critérios para o uso social da propriedade urbana. O município também pode adotar como instrumento leis específicas de habitação de interesse social e de planos de urbanização para assentamentos em condições precárias de habitabilidade, operações de interesse social, transferência do direito de construir, solo criado, zonas especiais de interesse social e concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária.

Instrumentos de política urbana e habitacional

Instrumentos federais

Considerando a existência de vários projetos de lei visando a instituição de um sistema nacional de habitação¹³, a Câmara dos Deputados criou uma Comissão Especial da Política Nacional de Habitação. Esta comissão, em setembro de 1994, adotou um substitutivo elaborado pelo relator do projeto, deputado Hélio Rosas, como resultado do processo de negociação com os diversos setores que tinham propostas sobre política habitacional. Este substitutivo continua em tramitação na Câmara dos Deputados.

O projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, na forma de substitutivo da Comissão Especial de Habitação, visa instituir o sistema nacional de habitação de interesse social. Este sistema tem como objetivos articular, compatibilizar, fiscalizar e apoiar a atuação dos órgãos e entidades que desempenham funções no campo da habitação de interesse social; e viabilizar e promover o acesso à habitação, urbana e rural, para a população de baixa renda, implementando, inclusive, uma política de subsídios.

A habitação de interesse social é definida como aquela destinada a atender a população de baixa renda, assim considerados os beneficiários com renda familiar mensal de até quinze salários mínimos, que não sejam proprietários, promitentes compradores ou cessionários de direitos de qualquer outro imóvel residencial.

Entre as diretrizes que devem ser observadas, estão previstas: prioridade para programas habitacionais que contemplem a melhoria da qualidade de vida da população de menor renda e contribuam para a geração de empregos; integração dos projetos habitacionais com os investimentos em saneamento, infra-estrutura e equipamentos urbanos relacionados à habitação; implantação de políticas de acesso à terra urbana e rural necessária aos programas habitacionais, de acordo com o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade; incentivo ao aproveitamento das áreas urbanas não utilizadas ou subutilizadas existentes nas cidades, conforme disposição dos planos diretores municipais; desconcentração de poderes, descentralização de operações e estímulo a iniciativas não governamentais.

O sistema tem na sua composição o Conselho Nacional de Habitação, o ministério (atualmente o Ministério do Planejamento) responsável pelo setor habitacional e demais órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, conselhos estaduais e municipais de habitação, e entidades regionais e metropolitanas. Também integram o sistema as companhias de habitação ou entidades equivalentes, empresas, cooperativas, consórcios, associações comunitárias, fundações,

13 No início dos anos 90 várias propostas visando instituir uma política habitacional através de uma lei federal foram apresentadas pelos diversos setores que atuam no campo urbano ao Congresso Nacional. Entre estas destacam-se a proposta apresentada pelos movimentos populares de moradia através de iniciativa popular visando criar o Fundo Nacional de Moradia Popular e o Conselho Nacional de Moradia Popular para a implantação de uma política habitacional para a população de baixa renda, a do Fórum Nacional dos Secretários Estaduais de Habitação visando criar em cada estado uma Agência Estadual de Habitação, e a da Câmara Brasileira da Construção Civil, CBIC, visando criar um Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano para articular as políticas setoriais relacionadas à política habitacional.

ou outras formas associativas privadas, com ou sem finalidade lucrativa, que desempenhem atividades na área de habitação de interesse social, bem como as instituições financeiras que operem neste setor. À Caixa Econômica Federal é atribuída o papel de agente operador dos recursos do sistema.

O sistema possui uma estrutura hierarquizada cabendo ao Conselho Nacional de Habitação, como órgão central do sistema: aprovar a política nacional de habitação, fixar as diretrizes, estratégias e instrumentos e as prioridades desta política; aprovar os programas de alocação de recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, estabelecer a política de subsídio do sistema; aprovar os programas anuais e plurianuais apresentados pelas secretarias estaduais da área de habitação e dos demais órgãos componentes do sistema para utilização dos recursos do fundo, regulamentar a aplicação dos recursos destinados à habitação captados pelo Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, SBPE¹⁴.

Ao ministério responsável pela área de habitação (atualmente o do Planejamento), cabe formular a política nacional de habitação, com ênfase para a habitação de interesse social, e articular esta política com as demais políticas setoriais do governo federal. A Caixa Econômica Federal compete administrar os recursos do Fundo Nacional de Habitação.

Como instrumento do sistema está previsto o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, visando centralizar os recursos federais destinados aos programas habitacionais de interesse social e custear as atividades e programas desenvolvidos no âmbito do sistema. Os recursos do fundo serão constituídos principalmente por 70% dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, FGTS, 20% dos recursos captados em depósitos de poupança pelas entidades integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e empréstimo, SBPE, 10% dos ingressos líquidos de jogo e aposta das loterias federais e concursos de prognósticos federais de qualquer natureza e recursos orçamentários da União a ele destinados.

Entre os programas que poderão ser destinados os recursos do Fundo Nacional de Habitação estão previstos: construção de moradias, sua infra-estrutura, saneamento e equipamentos urbanos a elas inerentes; produção de lotes urbanizados; urbanização de favelas e melhoria das unidades habitacionais; intervenções em cortiços e em habitações coletivas de aluguel, aquisição de material de construção, produção e aquisição de imóveis para locação social.

Um critério importante estabelecido para a aplicação dos recursos deste Fundo é de esta aplicação ser sempre coerente com a política urbana municipal, expressa no plano diretor, de que trata o art. 182 da Constituição federal.

Com relação à distribuição dos recursos pelo Conselho Nacional de Habitação, no mínimo 60% serão destinados ao atendimento das famílias com renda mensal inferior a seis salários mínimos, e no máximo 10% serão destinados ao atendimento das famílias com renda mensal entre dez e quinze salários mínimos.

Sobre a política de subsídios para habitações de interesse social, a sua operacionalização será feita através da redução do valor do encargo mensal e terá caráter temporário, pessoal e intransferível. Como critérios que devem ser adotados na promoção da política de subsídios estão previstos: a concessão de subsídios para assegurar habitação a pretendentes com renda familiar até quatro salários mínimos; o percentual de 80% do valor do encargo mensal como limite máximo de subsídio, e a proporcionalidade inversa entre renda familiar e subsídio.

Quanto à integração dos estados e municípios ao sistema nacional de habitação, é estabelecida a diretriz da constituição de secretarias de Habitação e conselhos de Habitação ou órgãos equivalentes, cuja composição deverá contemplar a participação de entidades públicas e privadas

14 O estabelecimento da competência de regulamentar a aplicação dos recursos do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, SBPE, para o Conselho Nacional de Habitação é de extrema relevância, pois permite que os recursos da poupança destinados legalmente a população de baixa renda tenham uma destinação baseada nas diretrizes da política nacional de habitação, deixando de ser atribuição do Banco Central a definição da aplicação destes recursos.

diretamente ligadas a áreas de habitação, além de segmentos da sociedade, em especial os movimentos por moradia popular. Na mesma linha é estabelecida a diretriz de os estados e municípios constituírem fundos especiais, direcionados à implementação de programas habitacionais de interesse social, para alocação de recursos financeiros captados a nível estadual ou municipal, em complementação aos destinados pelo Fundo Nacional de Habitação.

Podemos considerar que as principais normas estabelecendo as diretrizes, o sistema de gestão e os instrumentos para o desenvolvimento de uma política habitacional nacional estão contempladas no projeto de lei adotado na forma de substitutivo pela Comissão Especial de Habitação. Cabe a esta lei definir o conceito de moradia, componente básico do direito à moradia que deve ser efetivado pelo Estado brasileiro através da política habitacional.

O conceito de moradia a nosso ver deve ter como fonte os documentos internacionais que versam sobre o direito à moradia¹⁵. Nesse sentido deve ser adotada a conceituação estabelecida na Agenda Habitat., documento resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul no mês de junho de 1996 que teve como um dos temas globais a “Adequada Habitação para Todos”.

Nos termos do parágrafo 43 da Agenda Habitat adequada habitação significa: adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infra-estrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada locação com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível.

A União tem a atribuição constitucional de instituir a lei federal de desenvolvimento urbano considerado como o principal instrumento da política urbana de âmbito nacional, sendo portanto suas normas condicionantes para a execução da política habitacional. A lei federal de desenvolvimento urbano deve fixar os objetivos e diretrizes da política urbana, definir as bases do direito urbanístico ao disciplinar o regime da propriedade urbana, regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, instituir e regulamentar os instrumentos urbanísticos e constituir um sistema de gestão da política urbana.

A partir da Constituição de 1988, a lei federal de desenvolvimento urbano se transformou num requisito obrigatório para o município poder aplicar com base no plano diretor os instrumentos destinados a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana previstos no parágrafo 4.º do art. 182. Em seguida à promulgação da Constituição de 1988, vários projetos de lei de desenvolvimento urbano foram apresentados no Congresso Nacional, tendo destaque no processo de tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 2181/89, do deputado Raul Ferraz, e o Projeto de Lei n.º 5788/90, de autoria do senador Pompeu de Souza, denominado Estatuto da Cidade, que em razão de ter sido aprovado no Senado federal se tornou o projeto referencial para a instituição da lei federal de desenvolvimento urbano e discussão da política urbana no Congresso Nacional (com a aprovação no Senado os demais projetos de lei estão anexados a este projeto).

O Estatuto da Cidade contém as seguintes matérias: princípios e objetivos da política urbana, função social da propriedade, diretrizes gerais de política urbana, instrumentos de política de desenvolvimento urbano, plano diretor, regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, Conselho Nacional de Política Urbana e Agência Social de Habitação.

O Estatuto da Cidade tem de início como mérito a finalidade de disciplinar o direito à cidade ao definir a política urbana como o conjunto de princípios e ações que tenham como obje-

15 No Ano Internacional de Habitação para os Sem-Casa em 1987, foi estabelecida uma Estratégia Global de Habitação para o Ano 2000. Adequada habitação significa adequada privacidade, adequado espaço, adequada segurança, adequada iluminação e ventilação, adequada infra-estrutura básica e adequada locação com relação a facilidades básicas, todas a um custo razoável.

tivo assegurar a todos o direito à cidade e a interação desta com o ambiente rural. A garantia do direito à cidade é entendida como o conjunto de medidas que promovam a melhoria da qualidade de vida, mediante a adequada ordenação do espaço urbano e a função de bens, serviços e equipamentos urbanísticos por todos os habitantes da cidade. O Direito urbanístico é entendido como o conjunto de preceitos que disciplinam ou limitam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos.

O direito dos agentes coletivos à cidade, a distribuição social dos serviços públicos e dos equipamentos urbanos e comunitários, o processo de produção do espaço urbano, a ordenação da ocupação, do uso e da expansão do território urbano e a função social da cidade são considerados como objetivos da política urbana. Embora seja relevante e inovador assegurar os direitos dos sujeitos coletivos à cidade, o direito à cidade deve ser compreendido também como um direito individual das pessoas que vivem na cidade.

Uma das principais matérias contida no Estatuto da Cidade é o disciplinamento da propriedade urbana, com a definição dos critérios que permitem identificar quando a função de propriedade é social, tais como: democratização das oportunidades de acesso a propriedade urbana e a moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; ajustamento da valorização da propriedade urbana às exigências sociais; correção das distorções de valorização do solo urbano; regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; adequação do direito de construir as normas urbanísticas, aos interesses sociais e aos padrões mínimos de construção estabelecidos na LDU.

Quanto ao organismo responsável em coordenar o desenvolvimento da política urbana o Estatuto da Cidade constitui o Conselho Nacional de Política Urbana, que tem por objetivo propor as diretrizes e gerir o sistema nacional de cidades. Sobre a política habitacional é proposta a criação de uma agência social de habitação com as atribuições de administrar contribuições públicas e privadas de qualquer natureza para os programas habitacionais, definir prioridades de alocação de recursos, gerenciar o programa nacional de habitação e articular os agentes operadores do sistema habitacional. Esta proposição tem como problema a falta de especificação dos recursos que serão aplicados pela agência e não define a estrutura e organização do sistema habitacional, considerando os órgãos e instituições federais, bem como os de âmbito estadual e municipal.

Sobre os instrumentos da política urbana, é onde o estatuto da cidade demonstra um excessiva carência, pois regulamentou apenas o direito de preempção e o direito de superfície, não dispondo da requisição urbanística, da reurbanização consorciada, solo criado, transferência do direito de construir.

A LDU deve regulamentar os instrumentos do parágrafo 4.º do artigo 182, parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana¹⁶. À LDU compete estabelecer os crité-

16 A desapropriação prevista no parágrafo 4.º do artigo 182 é um instrumento urbanístico, que se configura como uma sanção ao proprietário que desrespeita o princípio da função social da propriedade, devido à indenização não ser justa, não ser prévia e não ser em dinheiro. A desapropriação sanção é destinada a possibilitar a intervenção direta do poder público, de modo a tornar concreta a destinação social da propriedade urbana, com base no plano diretor e no plano urbanístico local. Como instrumento de política urbana, a desapropriação para fins de reforma urbana justifica o seu disciplinamento pela lei federal de desenvolvimento urbano, contendo os seguintes critérios: não considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos da ação do poder público, assim como também o valor referente ao potencial de construção decorrente da legislação urbanística; o valor da indenização ser inferior ao valor de mercado como meio de respeitar o princípio da igualdade, a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e a recuperação para a coletividade dos investimentos da ação do poder público; adotar como forma de pagamento da indenização a transferência do direito de construir, desde que o proprietário manifeste sua concordância.

rios e procedimentos gerais, enquanto que ao plano diretor e ao plano urbanístico local (lei municipal específica) cabe definir os critérios específicos (prazo para o cumprimento da obrigação) para a aplicação dos instrumentos destinados a garantir o cumprimento da função social da propriedade.

A LDU ao disciplinar o solo criado deve considerar que o direito de propriedade não pressupõe o direito de construir além do coeficiente único (que pode ser igual a um) que deverá ser disciplinado pelo poder público municipal; estabelecer que o solo criado pode ser instituído por lei municipal; considerar que o solo criado corresponde à outorga onerosa pelo poder público municipal do direito de construir acima do coeficiente da propriedade territorial urbana estabelecido por lei municipal.

Por fim a LDU deve instituir um sistema nacional de política urbana, tendo como principal órgão o Conselho Nacional de Política Urbana, visando o estabelecimento das diretrizes relativo à política habitacional, de saneamento básico, de transporte urbano e outras vinculadas ao desenvolvimento urbano. Esse conselho tem o papel de definir os critérios para se promover a integração das ações da União, estados e municípios na execução da política habitacional, fiscalizar a aplicação dos recursos orçamentários federais no âmbito da política urbana, estabelecer critérios para distribuição dos recursos entre as unidades da federação.

A União tem a obrigação constitucional de instituir a lei federal de desenvolvimento urbano de modo a conferir capacidade ao poder público em especial o municipal, para promover a política urbana de modo a tornar efetivo o direito à cidade, que tem o direito à moradia como elemento condicionante para o seu pleno exercício.

Instrumentos municipais

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, do cumprimento da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O município tem como principal instrumento de política urbana o plano diretor.

Os princípios fundamentais, norteadores do plano diretor, se traduzem nos princípios constitucionais da política urbana preconizados nos fundamentos do Estado democrático de direito, da cidadania e dignidade da pessoa humana, nos princípios da soberania popular (democracia direta, participação popular), da igualdade, voltados a proteger e tornar concreto o exercício do direito à cidade e garantir o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O direito à cidade tem sua fonte no princípio das funções sociais da cidade nos termos da Constituição (art. 182) e das leis orgânicas dos municípios compreendidas como o direito de todos que vivem na cidade à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, enfim os direitos inerentes às condições de vida na cidade¹⁷. O direito à cidade compreende os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania, de criar, ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de

17 De acordo com a LOM do Rio de Janeiro, a política urbana, formulada em consonância com o processo de planejamento e as demais políticas municipais, visa implementar o pronto atendimento das funções sociais da cidade compreendidas como direitos da população: moradia, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, serviços públicos, cultura, esporte, lazer e às oportunidades econômicas existentes no município. De acordo com a LOM de Porto Alegre, a função social da cidade é compreendida como direito de acesso de todo cidadão às condições básicas de vida. A LOM de Vitória também compreende as funções sociais da cidade como o direito de todos os cidadãos ao direito à cidade, incluindo como direitos: a coleta de lixo, drenagem de vias de circulação, contenção de encostas, preservação do patrimônio ambiental e cultural, condicionando a execução da política urbana a essas funções.

participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado e sustentável¹⁸.

O plano diretor como instrumento do planejamento participativo, para garantir o direito de a comunidade participar de todas as fases do processo, deve conter mecanismos democráticos que permitam a prática da cidadania ativa, compreendendo mecanismos referentes a sua fase de elaboração, tais como o direito de obter informações, de apresentar proposições e emendas; as audiências públicas e o referendo, bem como referentes a sua fase de execução e revisão através do sistema de planejamento democrático.

Como critério essencial para verificar se a propriedade urbana cumpre sua função social, o plano diretor deve adotar o critério do adensamento, que significa a intensidade e a compatibilidade de uso da propriedade com a capacidade de infra-estrutura urbana, de equipamentos e de serviços, para atividades de interesse urbano, cabendo ao plano definir quais são essas atividades.

O plano diretor deve conter os instrumentos do macrozoneamento (zona adensável e não adensável), estoque de área edificável, solo criado, fundo de urbanização, das zonas especiais de interesse social, consórcio imobiliário, operações de interesse social, para a política habitacional ser executada mediante parceria com o setor privado.

Pelo instrumento do macrozoneamento a cidade é dividida com relação à zona urbana em zona adensável e zona não adensável. A zona adensável é definida como aquela onde as condições do meio físico e a disponibilidade da infra-estrutura instalada permitem a intensificação do uso e ocupação do solo e a zona não adensável é aquela onde as condições do meio físico e a carência de infra-estrutura restringem as possibilidades de ocupação e uso do solo¹⁹.

Através dos instrumentos da zona adensável, do estoque de área edificável para fins residenciais e comerciais e do solo criado são definidas as áreas para fins de habitação (zonas especiais de interesse social), contendo incentivos para a iniciativa privada como a isenção da outorga onerosa do direito de construir, ou a destinação gratuita de estoques para fins comerciais em contrapartida a destinação de recursos ou áreas para programas de habitação de interesse social mediante operações de interesse social.

O instrumento do fundo de urbanização pode ser constituído para receber as receitas oriundas da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas, operações de interesse social e outras fontes de receita como recursos da dotação orçamentária municipal, que serão aplicados prioritariamente em programas de habitação de interesse social.

As zonas especiais de interesse social, ZEIS, visam atender a diretriz da política urbana de promoção da urbanização e regularização fundiárias das áreas urbanas ocupadas pelas comunidades carentes como favelas, cortiços, conjuntos habitacionais abandonados, loteamentos clandestinos e irregulares. As ZEIS são destinadas primordialmente à produção e manutenção de habitação de interesse social. As zonas especiais de interesse social podem ser classificadas em razão das características de uso e ocupação da área urbana.

18 Esta conceituação faz parte das conclusões de nossa dissertação de mestrado sobre o *Direito à cidade na Constituição de 1988: legitimidade e eficácia do plano diretor*, PUC/SP, maio de 1995, pp. 334-338. Ver "Usucapião urbano", *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu/PR, setembro de 1994, p. 511; e "Direito e reforma urbana", *Lições de direito civil alternativo*, Editora Acadêmica, 1994, pp. 22-31.

19 Com a definição das zonas adensáveis é necessário o estabelecimento de um coeficiente único de aproveitamento das áreas urbanas (índice que relaciona a área construída com a área do lote) para fins de construção. Por exemplo, se o coeficiente de aproveitamento único estabelecido for igual a 1, permite que num terreno de 2000 m² de área possa ser construído um prédio de 2000 m², ou seja, uma área construída equivalente à própria área do terreno. Nas zonas adensáveis o proprietário poderá construir acima do coeficiente de aproveitamento único, desde que a área excedente seja paga ao Poder Público e haja área disponível na região, através do instrumento do solo criado que significa a outorga onerosa do direito de construir.

Uma espécie de ZEIS diz respeito aos terrenos não edificados, subutilizados ou não utilizados, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social. Este instrumento visa concretizar o atendimento da função social da propriedade, destinando uma parte dos terrenos urbanos que estão sem uma destinação social para implantação de programas habitacionais de interesse social. Isto significa que, se os proprietários desses terrenos não respeitarem essa destinação previstas no plano diretor, ficarão sujeitos ao parcelamento ou edificação compulsória e às demais sanções previstas no artigo 182, parágrafo 4.º da Constituição. Por este mecanismo se atinge diretamente os vazios urbanos do município, de modo a impedir a continuidade da especulação imobiliária.

Conclusões

1O direito à moradia está incorporado no direito brasileiro de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos do qual o Estado brasileiro é parte. O direito à moradia como um direito humano que gera a obrigação ao Estado brasileiro de proteger e efetivar esse direito tem como fundamento: o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 11, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo V da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o artigo 14.2(h) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), o artigo 21 (1, 3) da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

2O direito à moradia reconhecido pelos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Estado brasileiro é parte está incorporado ao sistema jurídico brasileiro com fundamento no inciso II do artigo 4.º e parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição brasileira.

3O direito à moradia com base no parágrafo 1.º do art. 5.º da Constituição tem eficácia plena e tem aplicação imediata gerando a obrigação para o Estado brasileiro de tornar sua efetivação plena de forma progressiva, o que implica a adoção imediata de uma política habitacional que priorize suas ações para atender as pessoas pobres e miseráveis. A política habitacional deve ser estabelecida para garantir o acesso de todos ao mercado habitacional, através de leis, instrumentos, planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não tem acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e sem condições digna de vida.

4A obrigação do Estado brasileiro tem de imediato impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia. O outro efeito da obrigação do Estado brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado referente à política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir.

5Considerando as obrigações e responsabilidades do Estado brasileiro nos termos dos tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição, para garantir o direito à moradia, a União, estados e municípios devem adotar as seguintes medidas:

a)No âmbito da União: instituir a lei federal de desenvolvimento urbano de modo a constituir uma política urbana nacional e instituir um sistema descentralizado de política habitacional, compreendendo os instrumentos, planos e programas de habitação de interesse social;

b)No âmbito do Estado: constituir um sistema estadual de habitação compreendendo organismos, instrumentos, planos e programas habitacionais, em especial para as áreas metropolitanas; constituir juizados especiais e varas especializadas nas áreas metropolitanas para conciliação e julgamento de assuntos urbanos de grande complexidade;

c)No âmbito do município constituir um sistema municipal de habitação e instituir o plano diretor com instrumentos voltados a efetivar o direito à cidade, por consequência o direito à moradia da população que vive nas cidades, em estado de pobreza e miséria nas favelas, nos

bairros de periferia e cortiços. Através do plano diretor devem ser adotados e aplicados os instrumentos do macrozoneamento (direito de adensar, zona adensável e não adensável), estoque de áreas edificável, solo criado, fundo de urbanização, zonas especiais de interesse social, consórcio imobiliário, operações urbanas, operações de interesse social. A promoção da política urbana e habitacional e a efetivação do direito à cidade têm como requisito obrigatório a participação popular, o exercício da cidadania mediante a gestão democrática da cidade.

Referências bibliográficas

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. “A proteção dos direitos humanos e a organização federal de competência”, in *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Antonio Augusto Cançado Trindade (ed.), San José de Costa Rica/Brasília, 1996.
- JÚNIOR, Nelson Saule. “Direito e reforma urbana”, in *Lições de direito civil alternativo*, Ed. Acadêmica, 1994.
- JÚNIOR, Nelson Saule. “Usucapião urbano”, *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Foz do Iguaçu/PR, 1994.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVSKY, Celso. *Direito constitucional*, São Paulo, Editora Terra, 1994.
- Constituição Federal.
- Leis Orgânicas dos municípios de Porto Alegre, Florianópolis, Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Vitória, Goiânia, Salvador, Recife, Fortaleza, Belém, 1990.
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Resolução n.º 2200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Resolução n.º 2200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966.
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965). Resolução n.º 2106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965.
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979). Resolução n.º 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979.
- Convenção sobre os Direitos da Criança (1989). Resolução n.º 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem. Resolução n.º 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.
- Declaração de Vancouver de Assentamentos Humanos (1976), adotada pela Conferência das Nações Unidas de Assentamentos Humanos de 1976.
- Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Resolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.
- Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1992.
- Agenda para o Desenvolvimento e Meio Ambiente (Agenda 21) Assembléia das Nações Unidas, Rio de Janeiro, junho de 1992.
- Substitutivo aos Projetos de Lei n.º 311/88 e Apensos. Dispõe sobre a Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Adotado pela Comissão Especial da Política Nacional de Habitação da Câmara dos Deputados.
- Iniciativa Popular de Projeto de Lei Federal Fundo Nacional de Moradia Popular, 1991.
- Projeto de Lei Federal de Desenvolvimento Urbano: PL n.º 775/81, Executivo Federal; PL n.º 2191/89, deputado Raul Ferraz; PL n.º 4019/89 deputada Lurdinha Savignon; PL n.º 5788/90 (Estatuto da Cidade), senador Pompeu de Souza.
- Programa de Trabalho do Comitê Brasileiro ao Habitat II. Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, dezembro de 1994.