

TESE 90

Proponentes: Ana Carvalho Ferreira Bueno De Moraes, Anaí Arantes Rodrigues, Carlos Henrique Aciron Loureiro e Douglas Tadashi Magami.

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: É inconstitucional e ilegal o ato de remoção compulsória de pessoas de baixa renda pelo Poder Público sem autorização judicial, com exceção dos casos de área de risco devidamente comprovado e por meio do devido processo legal administrativo, e, nesse caso, como o devido atendimento habitacional.

ASSUNTO

A presente tese tem como assunto o direito à moradia de pessoas de baixa renda, o poder dever do Poder Público criar políticas públicas tendentes a promoção do direito à moradia, o princípio do devido processo legal, a inviolabilidade do domicílio, o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A presente tese está relacionada aos objetivos da Defensoria Pública, bem como às funções institucionais.

Inicialmente destacamos que a Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC n. 80/94), em seu art. 3º-A, declara quais são objetivos da instituição: "São objetivos da Defensoria Pública: *I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório*". É certo que esses objetivos coincidem com os princípios constitucionais do Estado Democrático que devem nortear a política urbana e as normas de direito urbanístico^[1].

Ademais, é função institucional da Defensoria Pública a defesa, judicial e extrajudicial, da população vulnerável, em especial para assegurar direitos humanos fundamentais, dentre os quais, sem qualquer dúvida, encontra-se o direito à moradia digna.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O direito à moradia é um direito fundamental, reconhecido pela Constituição (art. 6º da CF/88) e por diversos Tratados de Direito Internacional dos quais o Brasil é signatário^[2].

Neste sentido, pode-se dizer que o direito à moradia possui dois aspectos: um negativo, que diz com a proibição de políticas públicas que dificultem ou impossibilitem o exercício do direito à moradia, e outro, positivo, que diz com a obrigação do Estado de criar políticas públicas tendentes a promover e proteger o direito à moradia.

No que concerne aspecto positivo, é certo que o Poder Público, dentro da programação de políticas públicas urbanas, deve promover e proteger o direito à moradia, com a intervenção do Estado no domínio econômico para a garantia do acesso à terra urbana, seja por meio da regulamentação do seu uso, de modo a atender a sua função social, ou pela regulamentação do mercado fundiário, na disposição de sistemas de financiamento de habitação de interesse social ou na disposição de projetos de urbanização que passem pela promoção da regularização fundiária dos assentamentos informais.

O direito à cidade e o direito à moradia devem ser compreendidos no contexto em que o crescimento dos parcelamentos irregulares e clandestinos nas cidades só ocorre, em verdade, por conta de um processo de exclusão territorial impulsionado por um modelo perverso de desenvolvimento econômico: a intensa especulação imobiliária no centro e nos bairros dotados de melhor infra-estrutura urbana empurram a população marginalizada para a ocupação de espaços livres em áreas periféricas da cidade, eis que desamparadas da concretização de uma política habitacional de interesse social.

De fato, o fracasso da política habitacional levou a construção de um pequeno holocausto: o déficit habitacional no Estado de São Paulo é de 740 mil moradias e a inadequação habitacional de 2,9 milhão de moradias (Fonte: FSEADE/GIBGE/CDHU – SPE/GPS – 2004). No Município de São Paulo, o déficit é de 348 mil moradias (SINDUSCON/FGV), sendo que 3,4 milhão de pessoas habitam em moradia subnormal (favelas, cortiços, loteamentos irregulares).

Desta feita, além de existir o dever do Poder Municipal promover programas de construção de moradias, o Poder Público tem o dever de se abster em realizar atos que violem o direito à moradia, como a remoção compulsória de moradores de baixa renda ocupantes de áreas públicas nos casos de inexistência de risco, mormente quando estiverem presentes os requisitos legais para se promover a regularização fundiária, sob pena se incorrer em abuso de poder, eis que tal medida afrontaria o princípio do devido processo legal, a inviolabilidade do domicílio e configuraria abuso do direito de autoexecutoriedade.

O princípio do devido processo legal insculpido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal restaria violado em caso de remoção compulsória por parte do Poder Público, eis que tal procedimento configuraria reintegração de posse por via obliqua, por meio de desforço possessório não imediato, e, em assim sendo, tal procedimento constitui-se em verdadeiro uso arbitrário das próprias razões, violando-se o próprio poder jurisdicional.

Quando o Poder Público determina a demolição de moradias, não respeita o critério da adequação do princípio da proporcionalidade, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, no aspecto material. Ou seja, não constitui meio adequado para a consecução do fim pretendido, já que não inibe a formação dos loteamentos irregulares ou clandestinos, já que estes se formam por conta do processo econômico de exclusão sócio-territorial aliada à falta de uma política de habitação de interesse social eficaz.

Aliás, mesmo que fosse adequada, não respeitaria o critério da necessidade, pois a demolição das moradias é medida mais gravosa que a realização eficaz de uma

política habitacional de interesse social. O problema é que essa opção é mais custosa para o Estado, e aí talvez esteja a razão pela qual se costuma demolir moradias, a pretexto de aumentar o rigor da fiscalização dos assentamentos irregulares, do que realizar uma política habitacional de interesse social que pudesse absorver a demanda por moradia, de modo a, efetivamente, inibir a procura desenfreada da população mais pobre por espaço na cidade, ainda que este espaço seja o da exclusão, em áreas de risco ou de proteção ambiental.

Lamentavelmente, entretanto, é comum observar algumas municipalidades exercerem indevidamente o poder de autoexecutoriedade, ao se permitir iniciar operação de desocupação dos ocupantes da referida comunidade, notificando-os para desocupação imediata, sem qualquer amparo em provimento judicial.

Com efeito, a autoexecutoriedade dos atos administrativos, que nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, é a possibilidade de coação material para execução do ato, não é regra dos atos administrativos. Sendo exceção, apenas possuem tal atributo, quando a lei o confere ou quando a autoexecutoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público ou, ainda, quando se tratar de medida urgente^[3].

Vale mencionar, a título de exemplo, que no caso da Municipalidade de São Paulo, existe um Decreto, Decreto Municipal nº 48.832/2007, que a permite simplesmente despejar famílias que estão em áreas municipais, sem qualquer restrição nem mesmo com relação ao tempo de ocupação dessas áreas. Tal decreto, a toda evidência, olvida-se que a Lei 11.977/09 ao estabelecer que, nos casos de assentamentos irregulares ocupados predominantemente por população de baixa renda em que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos; de imóveis situados em Zonas Especiais de Interesse Social ou de áreas decretadas pelos entes federativos como de interesse social, obriga o Poder Público a, nessas hipóteses, promover a regularização fundiária e urbanística dos assentamentos como forma de dar cumprimento a diretriz da política urbana relativa a regularização fundiária e urbanística de áreas ocupadas por população de baixa renda (art. 2º, inc. XIV da Lei 10.257/01) e da obrigação do Poder Público Municipal de promover o adequado ordenamento territorial na execução da política urbana (art. 30, VIII c.c. 182, ambos da C.F.).

Mesmo deixando de lado, por ora, a já explanada obrigatoriedade do Poder Público, em especial da Municipalidade, de garantir o direito à moradia digna dos cidadãos, observe-se que, se é verdade que a lei permite ao poder Público tomar providências no sentido de desocupar áreas públicas, é também verdade que ela não pode fazê-lo por conta própria, com base tão somente no poder de polícia. Assim como não pode a Prefeitura vender, por conta própria, um imóvel cujo proprietário deve IPTU, para ver sanado o débito, devendo entrar com uma ação de execução fiscal para tanto.

Demais disso, o desfazimento das edificações sem ordem judicial viola, ainda, o art. 5º, inc. XI da CF/88, que garante a inviolabilidade do domicílio.

Ora, se a intimidade deve ser preservada, de modo a se impedir que qualquer pessoa, particular ou pública, penetre na casa, sem consentimento do morador, só podendo ser razoavelmente afastada quando em situação de flagrante delito ou

desastre, ou para prestar socorro, ou por determinação judicial, a moradia, que constitui o próprio domicílio, não pode ser demolida sem ordem judicial.

Mas, mesmo que o desfazimento das edificações seja absolutamente necessário, torna-se necessária a intervenção judicial, especialmente para garantir que a população atingida pelo desfazimento decorrente da autoexecutoriedade do poder de polícia, possa ser controlado, de modo a se ter assegurado o direito fundamental a moradia!

Ou seja, antes de se preocupar com a demolição de edificações, o Poder Público deve cuidar de promover uma política habitacional de interesse social que efetivamente dê conta de proporcionar moradia digna a uma grande parcela da população que não escolheu viver na ilegalidade, mas que não teve outra alternativa face a omissão do Estado.

Previsões em legislações municipais, como se verifica no Decreto 48.832/07 acabam criando regras que estabelecem um desvio de poder, a tornar os atos nela fundados nulos. Decerto, a demolição de edificações não vai interromper o processo de assentamentos irregulares, se as causas da exclusão territorial não forem corrigidas, de modo a se constituir uma política de habitação de interesse social eficaz!

Desta feita, é necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade da autoexecutoriedade nos casos de remoção compulsória que não se configurem como área de risco à vida ou à saúde, por violar o disposto nos incisos XI e LIV do artigo 5º da Constituição Federal.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

É rotineira, em várias unidades da Defensoria Pública, a vinda de moradores de baixa renda com intimações do Poder Público, especialmente da Prefeitura local, determinando a saída e a demolição do imóvel, em prazo exíguo, sem se fundar em qualquer mandado judicial de reintegração de posse.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A fundamentação jurídica pode ser utilizada em ações civis públicas para a impedir a remoção de uma comunidade de forma genérica. Também pode ser utilizada em ações individuais para impedir a remoção de determinada moradia.

Ademais, com os argumentos apresentados para fundamentar a presente tese, é certo que é possível tentar um diálogo com a Poder Público, visando uma composição, independentemente do ajuizamento de ação judicial.

[1] Sobre os princípios constitucionais do direito Urbanístico, ler: SALE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da Política Urbana, Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 43-73.

[2] Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 – art. XXV, item 01; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 – art. 11); Convenção

Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. V); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – art. 14.2, item h; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 – art. 21, item 01; Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 – Seção III “8” e Capítulo II “A.3”; Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 – Capítulo 7, item 6)

[3] Curso de Direito Administrativo, 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 413-416.