

## ELEMENTOS PARA UMA TEORIA JURÍDICA DO DIREITO À CIDADE

## ELEMENTS FOR A JURIDICAL THEORY OF THE RIGHT TO THE CITY

Cláudio Ari Mello<sup>1</sup>**Resumo**

O artigo procura desenvolver uma teoria jurídica do direito à cidade, que complemente e reforce as abordagens multidisciplinares normalmente dedicadas ao tema. Como o direito à cidade vem sendo incluído no direito positivo brasileiro, ele deve ser tratado como uma norma ou um conjunto de normas que oferece razões para a ação de entes públicos e pessoas privadas e para decisões jurídicas e judiciais. O estudo apresenta uma exposição dogmática de três propriedades teóricas do conceito jurídico do direito à cidade: a sua natureza de direito coletivo, o seu conteúdo normativo complexo e o seu conteúdo axiológico, que o faz ser dotado de diversos valores políticos-morais destinados à realização de uma cidade justa e sustentável. O artigo conclui que o conceito jurídico do direito dispõe de propriedades suficientes para ser utilizado como fundamento normativo de decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Direito à cidade. Direito urbanístico. Direitos coletivos. Direitos fundamentais. Cidade justa e sustentável.

**Abstract**

The article aims to develop a juridical theory of the right to the city, one that complements and reinforces the multidisciplinary approach usually dedicated to the subject. As the right to the city has been included in the Brazilian positive law, it must be treated as a norm or a set of norms that provides reasons for actions of public entities and private persons and for legal and judicial decisions. The study presents a dogmatic account of three properties of the juridical concept of the right to the city: its nature of collective right, its complex normative content and its axiological content, that compromises the right with the realization of a just and sustainable city. The article concludes that the juridical concept of the right to the city has sufficient properties to be used as normative ground of judicial decisions.

**Keywords:** Right to the city. Urban Law. Collective rights. Fundamental Rights. Just and sustainable cities.

---

<sup>1</sup> Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: claudio.ari@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

A ideia de um direito à cidade começa a tomar forma no direito público brasileiro. Como se trata de um novo direito, muito esforço conceitual ainda parece ser necessário para uma compreensão adequada de sua estrutura conceitual e normativa e para o seu emprego na experiência jurídica e judicial. Neste estudo, nossa intenção é a de contribuir para uma melhor definição do conteúdo jurídico do direito à cidade. Pretendemos oferecer elementos teóricos que permitam utilizar o direito à cidade como uma norma ou um conjunto de normas jurídicas que forneçam razões para a ação de entes públicos e pessoas privadas, para resolver problemas jurídicos e decidir processos judiciais. Portanto, não faremos referência às importantes abordagens sociológicas, econômicas, antropológicas e urbanísticas que caracterizam a literatura disponível sobre este direito e que foram pioneiras na construção do conceito.<sup>2</sup>

A premissa básica da escolha da abordagem que empregaremos consiste no fato de que o direito à cidade foi sendo inserido no direito positivo brasileiro ao longo das últimas décadas e por isso merece um estudo dogmático que possa contribuir para o desenvolvimento de um conceito juridicamente operacional, ou seja, que possa ser utilizado adequadamente na experiência jurídica prática. Um estudo dogmático de um tema jurídico corresponde basicamente a um método de elaboração de conceitos jurídicos a partir da compreensão e interpretação do direito positivo, visando essencialmente a fins práticos, como a aplicação em decisões judiciais. Portanto, tomamos o termo “dogmática jurídica” como sinônimo de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, como um estudo conceitual, empírico e crítico do direito positivo.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Podem ser citados, exemplificativamente, pela relevância histórica, Henri Lefebvre, *Direito à Cidade* (2015), David Harvey, *Social Justice and the Cities* (2009) e *Rebel Cities: From the Right to the City to Urban Revolution* (2013), Neil Brenner e Peter Marcuse, *Cities for the People, not for Profit: Critical Urban Theory and the Right to the City* (2011), Raquel Rolnik, *O que é a Cidade* (1993). Para uma abordagem mais sintética, ver Marconi do Ó Catão, *Civilizações Urbanas e Teorias da Cidade* (2015); para um estudo que estabelece um diálogo entre a pesquisa multidisciplinar que caracteriza o tema e a abordagem de natureza jurídica, ver Tiago Aparecido Trindade, *Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade* (2012).

<sup>3</sup> Neste ensaio, adotamos a definição de dogmática jurídica proposta por Robert Alexy na sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2011, p. 32-38). Alexy afirma que a dogmática jurídica é composta de três dimensões: a dimensão analítica se refere à “dissecação sistemático-conceitual do direito vigente” (ALEXY, 2011, p. 33); a dimensão empírica corresponde ao conhecimento do direito positivo e à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica (ALEXY, 2011, p. 34); a dimensão normativa se refere à elucidação e à crítica da práxis jurídica (ALEXY, 2011, p. 35). No mesmo sentido, associando a dogmática – ou doutrina, como prefere o autor – à ciência jurídica, ver GUASTINI, 2011, p. 215-225. Para uma abordagem clássica ver da matéria, ver JHERING, 2013, p. 89 e ss. Assim, o método da dogmática jurídica que empregamos no artigo não tem qualquer relação com uma visão “dogmática” acerca do direito, isto

Conceitos jurídicos são possuem essência universal, estática ou a-histórica. Os conceitos jurídicos desenvolvem-se historicamente e os compreendemos quando dominamos o uso que determinada expressão recebe no seu próprio campo de experiência, ou, como diria Wittgenstein, no jogo de linguagem ao qual pertence.<sup>4</sup> O conceito jurídico de direito à cidade não tem ainda uma história e, portanto, não existe dele um uso na prática jurídica que nos permita compreender o seu significado. Trata-se, ainda, de uma história a construir. No estudo que se segue, vamos explorar três elementos que se destacam na construção deste novo conceito.

O primeiro deles concerne à natureza deste direito, que vem sendo construído basicamente como uma nova espécie de direito coletivo em sentido amplo. O segundo diz respeito ao conteúdo normativo do direito à cidade, que veremos ser composto de um conjunto diversificado de posições jurídicas subjetivas, muitas delas presentes no conteúdo normativo de outros direitos subjetivos autônomos que se realizam no espaço urbano. O terceiro e último refere-se ao conteúdo axiológico das posições jurídicas que compõem o direito à cidade e que o vinculam estreitamente ao conceito de justiça política, a ponto de propormos que devemos denomina-lo de *direito à cidade justa*. A seguir, analisamos separadamente cada um destes elementos.

## DIREITO À CIDADE COMO DIREITO COLETIVO

O conceito geral de direito subjetivo tem se revelado um dos conceitos mais plásticos e versáteis da teoria do direito. A sua origem histórica é provavelmente medieval, datando aparentemente dos debates acerca da noção de propriedade no âmbito da célebre “Querela sobre a Pobreza dos Apóstolos”, que se instalou entre teóricos franciscanos e dominicanos por volta do século XIV, acerca da natureza jurídica da relação da Igreja com os bens sob seu domínio. Hoje se sabe que a filosofia política grega e a ciência jurídica romana desconheciam

---

é, uma visão anticientífica do fenômeno jurídico, presa a dogmas impermeáveis ao discurso racional. Ao contrário, no direito, o conceito de dogmática jurídica é sinônimo de ciência jurídica no seu sentido mais restrito, isto é, da parte da ciência do direito que estuda analítica e criticamente o direito positivo vigente.

<sup>4</sup> Ver, a respeito de conceitos historicamente construídos, BRANDON, 2013, p. 39. Sobre o conceito de jogos de linguagem, ver WITTGENSTEIN, 2014, p. 26 e ss. Implícita na noção de significado como uso de uma palavra em um determinado jogo de linguagem está a rejeição de uma concepção essencialista do significado das palavras.

um conceito de direito subjetivo no sentido que foi desenvolvido na modernidade.<sup>5</sup> Além disso, se reconhece que desde suas formulações iniciais a ideia de direitos subjetivos aparece associada à posse individual de algo e, simultaneamente, ao poder de recorrer à organização judiciária para obter coercitivamente a segurança do bem protegido pelo direito. Ou seja, essa primeira etapa de desenvolvimento do conceito enfatiza a juridicidade da ideia de direitos subjetivos.

Posteriormente, no início da Era Moderna, a noção de direitos individuais foi incorporada na emergência dos estudos sobre os direitos naturais do homem, especialmente pelos direitos de liberdade, propriedade e igualdade. Nessa fase, a ideia de direitos individuais ganha conteúdos mais diversificados e ambiciosos e, sobretudo, mais moralizados. Diferentemente da formulação essencialmente analítica e *Wertfrei* das exposições iniciais, nesta nova etapa da sua história conceitual os direitos subjetivos aparecem vinculados a determinadas concepções de justiça ou de moralidade política, encartadas nos movimentos filosóficos que respaldam a ascensão do direito natural moderno. Aliás, uma das distinções fundamentais entre o jusnaturalismo antigo e o direito natural moderno encontra-se precisamente no fato de que o primeiro tem como centro de gravidade uma noção de justiça objetiva ou de bem comum, ao passo que o segundo se orienta pela ideia de direitos naturais dos indivíduos (FINNIS, 2000, p. 227-254, e VILLEY, 2003, p. 125-160). Por outro lado, esta segunda etapa caracteriza-se pela politização e moralização da ideia de direitos individuais e um certo afastamento do seu acento jurídico.

No século XIX, a ideia de direitos subjetivos é apropriada definitivamente pela ciência do direito e se torna essencialmente um instrumento conceitual do direito privado. O surgimento dos códigos de direito civil e a ascensão e consolidação da ciência jurídica de corte positivista tornou a definição de direito subjetivo um conceito técnico e desvinculado de elementos políticos e morais, destinado a instrumentalizar as relações privadas relativas aos contratos, à propriedade e à vida familiar, isto é, às estruturas jurídicas básicas do direito liberal. O direito de propriedade erige-se novamente como arquétipo da noção de direito subjetivo, mas os direitos obrigacionais e contratuais ganham igual destaque. Ao longo do século XIX e já

---

<sup>5</sup> Sobre a história do conceito de direitos subjetivos, podemos referir, exemplificativamente, Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme* (1983), Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights* (1997), Annabel S. Brett, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought* (2003), Richard Tuck, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development* (1979) e Gary Herbert, *A Philosophical History of Rights* (2002). Essas obras tratam de examinar a evolução da ideia de direitos subjetivos ou individuais ao longo da história.

no século XX, o conceito passa também a ser aplicado ao direito administrativo, na forma de direitos subjetivos públicos do administrado perante a Administração Pública, porém sem a centralidade de que gozava no direito privado. Nesta terceira etapa, a individualidade e a coercitividade por meio de organismos judiciais voltam a ser as características nucleares do conceito jurídico de direito subjetivo.<sup>6</sup>

Todavia, uma revolução estava por vir na história deste conceito. Ao longo do século XX surgem dois novos usos da ideia de direitos subjetivos: (i) o conceito de direitos fundamentais, como direitos subjetivos jurídicos que os indivíduos dispõem nas suas relações com o Estado, que estão garantidos pelas constituições e que são tuteláveis mediante recurso ao Poder Judiciário, da mesma forma como sempre foram os direitos subjetivos do direito privado; (ii) o conceito de direitos humanos, como direitos subjetivos de que os indivíduos dispõem contra os Estados no âmbito do direito internacional, e neste âmbito também constatamos uma preocupação em criar mecanismos para garantir a tutela judicial destes direitos, especialmente por meio da criação de tribunais internacionais de proteção de direitos humanos.<sup>7</sup> Nesta nova onda histórica, assistimos à emergência de conceitos que associam o conteúdo político e moral da etapa dos direitos naturais do homem com as conquistas jurídicas obtidas com o desenvolvimento do conceito técnico de direito subjetivo no âmbito do direito privado. Os direitos fundamentais e os direitos humanos são compreendidos como direitos dotados de um conteúdo moral, como eram os direitos naturais do jusnaturalismo moderno, e assegurados pela tutela judicial, como os direitos subjetivos do direito privado sempre foram.

A despeito das diferentes manifestações históricas da ideia de direito subjetivo, notadamente em relação ao seu conteúdo e à sua força normativa, há entre elas um denominador comum: a individualidade do direito. Com efeito, desde a formulação original do direito de propriedade como um direito de um indivíduo a um bem material, dotado da prerrogativa de reivindicar a proteção ou a recuperação da sua posse perante um organismo judicial, a ideia de direito subjetivo sempre esteve vinculada à noção de indivíduo, por isso, direitos subjetivos são historicamente compreendidos como direitos individuais. Direitos naturais do homem, direitos subjetivos privados e públicos, direitos fundamentais e direitos

---

<sup>6</sup> Uma abordagem modelar do conceito de direito subjetivo que prevaleceu na ciência jurídica do século XIX e até depois da segunda guerra mundial é encontrada em KELSEN, 2000, p. 14-162. Na página 162 o autor expõe uma definição já mais complexa de direito subjetivo, que incorpora ao conceito geral, oriundo, segundo o autor, do direito privado, também os direitos políticos e os direitos fundamentais.

<sup>7</sup> Uma síntese muito elucidativa da evolução histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais pode ser encontrada em COMPARATO, 2008. Ver, também, as sínteses de SARLET, 2010, p. 36-58, e LEITE SAMPAIO, 2004, p. 207-258.

humanos são invariavelmente formulados como categorias que protegem valores, interesses ou bens de expressão individual.<sup>8</sup> Não é coincidência, portanto, que se associe a ideia de direitos ao liberalismo político e econômico que caracterizou a ascensão das sociedades capitalistas na modernidade. Mesmo quando eclodem os direitos sociais, econômicos e culturais, a partir do constitucionalismo do século XX e do direito internacional dos direitos humanos que se segue à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e aos Pactos Internacionais de 1966, estes novos direitos são novamente direitos dos indivíduos em face dos Estados.

É somente a partir da segunda metade do século XX que se começa a experimentar o uso do conceito de direito subjetivo para a tutela jurídica de bens, interesses e valores de expressão metaindividual ou transindividual, ou, para ser mais preciso, de bens, interesses e valores compartilhados de forma indivisível por coletividades humanas. Os candidatos iniciais a esta nova expressão do conceito são a proteção do meio ambiente e das relações de consumo, logo recebendo o acréscimo do interesse na preservação do patrimônio histórico, cultural e artístico. E, nesta nova fase, o conceito revela toda a sua versatilidade e plasticidade. De fato, a superação do paradigma individualista parecia ser, à primeira vista, um difícil obstáculo dogmático para um novo uso de um conceito jurídico bem consolidado.<sup>9</sup> Tratava-se, primeiro, de rever a própria noção de sujeito do direito subjetivo, historicamente vinculado aos indivíduos como pessoas naturais ou às pessoas jurídicas como individualidades artificiais, seguramente um dos principais produtos da história dos conceitos da ciência jurídica. Tratava-se, ademais, de constituir como sujeito de direitos coletividades indeterminadas e até mesmo indetermináveis, ou seja, esta nova fase impunha um enorme desafio para a ciência jurídica, porquanto

---

<sup>8</sup> A relação entre o individualismo e a ascensão do conceito de direitos naturais modernos é descrita magnificamente por Leo Strauss em *Direito Natural e História* (STRAUSS, 2009, p. 143-214). Strauss atribui especialmente a Hobbes a construção da ideia de direitos naturais do indivíduo, em oposição à concepção clássica de direito natural: “A tradição a que Hobbes se opôs propusera que o homem não pode alcançar a perfeição da sua natureza senão no interior, e através da, sociedade civil, e, portanto, que a sociedade civil é anterior ao indivíduo. Foi este pressuposto que conduziu à ideia de que o principal facto moral é o dever, não os direitos. Não se podia afirmar a primazia dos direitos naturais sem afirmar que o indivíduo é, em todos os aspectos, anterior à sociedade civil: todos os direitos da sociedade civil ou do soberano decorrem dos direitos que originariamente pertencem ao indivíduo” (STRAUSS, 2009, p. 158).

<sup>9</sup> Para um exame das críticas feitas ao conceito de direitos coletivos, ver LEITE SAMPAIO, 2004, p. 303-307. Ver, também, o estudo de Fabio Konder Comparato sobre a Convenção da ONU para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, a qual, afirma o autor, foi “o primeiro documento normativo internacional que reconhece e proclama a existência de um ‘direito da humanidade’, tendo por objeto, por conseguinte, bens que pertencem a todo gênero humano e não podem ser apropriados por ninguém em particular” (COMPARATO, 2008, p. 383). Essa convenção foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 80.979, de 12.12.1977. Um excelente estudo sobre o conceito teórico de direitos coletivos pode ser encontrado em JOVANOCCI, 2012.

pressupunha uma pequena “revolução científica”, com uma mudança de paradigma na história deste conceito central da ciência jurídica moderna.

No entanto, apesar das potenciais dificuldades iniciais, a mudança de paradigma evoluiu e se consolidou, sendo o direito brasileiro um exemplo internacional de aceitação e regulação jurídica da ideia de direitos coletivos. Como se sabe, pelo menos a partir da Lei n. 7.347/85, a chamada Lei da Ação Civil Pública, o direito brasileiro institucionalizou o conceito de direitos coletivos em sentido amplo, e com a Constituição Federal de 1988 elevou esta nova categoria ao *status* de direito fundamentais, ao incluí-la – ainda que desordenadamente – no catálogo de direitos fundamentais do Título II da Lei Fundamental. Por fim, o artigo 81 da Lei n. 8.078/90 organizou definitivamente a estrutura conceitual dos direitos coletivos *lato sensu* ou, como o código mesmo denomina, dos direitos transindividuais, distinguindo-os em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, assim classificados em função da determinação do sujeito e da divisibilidade do objeto.

Pois bem, o direito à cidade não está formalmente incluído em nenhuma lista constitucional ou legal de direitos coletivos. Entretanto, há várias disposições normativas que indicam a existência de um direito coletivo à cidade. A Lei n. 7.347/85, que regula a ação civil pública especialmente para proteção de direitos coletivos, prevê, na lista de direitos e interesses a serem tutelados pela ação, a lesão à ordem urbanística (artigo 1º, VI). Em que pese cuidar-se de um conceito jurídico indeterminado, parece possível reconhecer que “ordem urbanística” é uma metonímia para se referir à própria “cidade”, razão pela qual a lei mencionada autoriza o ajuizamento de ação civil pública para proteção do direito coletivo à cidade, o que eleva a “cidade” (ou seja, a “ordem urbanística”) a um bem juridicamente tutelado pelo direito positivo brasileiro. A Constituição Federal não usa a expressão direito, porém claramente incorpora, em seu artigo 182, *caput*, a proteção e promoção da “cidade” como um bem jurídico-constitucional que merece tutela jurídica e, portanto, judicial. Por fim, o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei n. 10.257/2001, prevê expressamente, em seu artigo 2º, a garantia do “direito a cidades sustentáveis”, introduzindo finalmente de forma muito clara este conceito na ordem jurídica brasileira.

Mais adiante vamos analisar o conjunto de direitos, interesses, bens e valores que compõem o *cluster* que podemos reconhecer como o “direito à cidade”. Mas, independentemente do seu conteúdo, parece evidente que o direito a uma cidade dotada de características como justiça, sustentabilidade, capacidade de garantir o bem-estar dos seus habitantes, de cumprir a função social da propriedade urbana, é titularizado pela coletividade

indeterminada e potencialmente indeterminável formada pelas pessoas que habitam ou usam o espaço urbano que constitui a cidade. Um direito à cidade justa ou sustentável, onde se assegure o bem-estar dos seus habitantes, como determina a Constituição Federal, é sempre um direito transindividual, ainda que por vezes esse direito possa estender-se à totalidade dos seus habitantes e em outras limite-se a parcelas desse todo, e, inclusive, admita conflitos entre a multiplicidade de seus habitantes. E mais, é também um direito transgeracional, já que o valor político-moral e jurídico na justiça e sustentabilidade da cidade não se restringe aos indivíduos hoje existentes, mas se estende àqueles que pertencerão às gerações que nela vão habitar no futuro, como prevê expressamente o artigo 2º, I, *in fine*, do Estatuto da Cidade.

A identificação do direito à cidade como um direito coletivo encontra importante respaldo na Carta Mundial pelo Direito à Cidade, de 2006, que resultou de debates e discussões travados em diferentes encontros internacionais de orientação social, como o Fórum Social das Américas de Quito, de 2004, o Fórum Mundial Urbano de Barcelona, de 2004, e o Fórum Social Mundial de Porto Alegre de 2005. O artigo 1º. 2 do texto da carta prevê expressamente que o direito à cidade “é um direito coletivo dos habitantes da cidade”. Por outro lado, o item 3 do artigo 1º dispõe que “a cidade é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes”. Conquanto a carta não tenha normatividade jurídica, porque não foi incorporada ao sistema de fontes do direito nacional e internacional, ela sinaliza para um modo de compreender o direito à cidade entre os atores públicos que hoje se dedicam a refletir sobre a relação entre direito e cidade e deve ser considerada uma importante inspiração para a compreensão do conceito e do conteúdo normativo deste direito coletivo.

A aceitação da existência de um direito coletivo à cidade tem um grande significado jurídico e político-moral. Historicamente a cidade foi compreendida como uma comunidade portadora de interesses que congregavam e transcendiam os interesses individuais de seus habitantes. Uma comunidade urbana, a *polis* ou a *urbe*, é sempre uma coletividade de pessoas individuais, mas na qualidade de coletividade, ela se apresenta com autonomia em relação aos interesses de cada um de seus habitantes e dos grupos que a compõem. O todo que ela representa também se individualiza. Ao formularmos o conceito de direito à cidade como uma espécie de direito coletivo, estamos personificando a comunidade política e conferindo a ela a proteção jurídica dos bens, valores e interesses dessa totalidade, para além e eventualmente até mesmo contra os interesses de cada um de seus componentes e dos grupos por eles formados, ainda que a personificação jurídica da cidade não implique desconhecer os direitos e interesses dos indivíduos que a compõem na qualidade de habitantes.

É claro que a admissão do direito coletivo à cidade cobra um preço alto ao ingressar no universo dos conceitos jurídicos, e muito especialmente do conceito jurídico de direito subjetivo. Como vimos antes, a história da construção e da expansão do conceito de direito subjetivo é, sobretudo, uma luta pela consagração da eficácia propriamente jurídica representada pela garantia judicial assegurada ao direito subjetivo. Assim, admitir que existe um direito *jurídico* à cidade significa aceitar que os bens, valores e interesses por ele protegido podem e devem ser, em alguma medida, objeto de proteção judicial.<sup>10</sup> E não há dúvida de que determinar os efeitos jurídicos concretos e judicialmente tuteláveis do direito à cidade é um difícil desafio jurídico.

Conquanto não se possa esperar do direito à cidade uma justiciabilidade plena e irrestrita, é possível considerá-lo como fundamento normativo para diferentes obrigações, tais com políticas públicas e medidas administrativas, quando se tratar de deveres estatais, e a adoção de ações e práticas que promovam os bens, valores e interesses tutelados pelo direito, quando se tratar de deveres imputáveis a pessoas privadas. Entre os extremos da justiciabilidade plena e a recusa completa de justiciabilidade, há um gradiente de formas de proteção judicial dos direitos coletivos que vêm sendo estudadas pela doutrina e exploradas na jurisprudência.<sup>11</sup> Estas formas permitem investir na promoção do direito à cidade pela via judicial em casos de evidente omissão ou ineficiência pública ou privada sem correr o risco de transferir para o Poder Judiciário a gestão da vida urbana.

## O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À CIDADE

Uma das mais importantes conquistas dogmáticas a respeito do conceito de direito subjetivo consiste na percepção de que o seu conteúdo normativo é sempre essencialmente complexo, sendo formado por uma variedade de posições jurídicas subjetivas que tutela

---

<sup>10</sup> O vínculo conceitual entre direito subjetivo e coerção judicial pode ser encontrado em autores tão diversos quanto Hans Kelsen, na sua *Teoria Pura do Direito* (2000, p. 152), e Alf Ross, em seu *Direito e Justiça* (2000, p. 210). No entanto, esse vínculo é problematizado por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2011, p. 189-190), porém com argumentos a nosso juízo superficiais.

<sup>11</sup> A questão da justiciabilidade dos direitos coletivos vem sendo geralmente enfrentada nos estudos que tratam da exigibilidade judicial dos direitos sociais. A obra de Cristian Courtis e Victor Abramovich, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, é provavelmente um dos mais importantes estudos acerca da justiciabilidade dos direitos sociais já publicados (COURTIS e ABRAMOVICH, 2004). No Brasil, a obra seminal de Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cuja primeira edição é de 1998, é referência obrigatória a respeito do tema (SARLET, 2010, p. 233-458). Uma aplicação teórica competente da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy para a problemática da exigibilidade judicial dos direitos sociais pode ser encontrada em ARANGO, 2005, p. 119-237, e SILVA, 2009, p. 228-256.

diferentes bens, valores e interesses das partes da relação jurídica. Essa percepção da existência de um conceito simples e de um conceito complexo de direito subjetivo já estava clara para a dogmática civilista alemã da primeira metade do século XX, porém foi incorporada pela dogmática publicista que se dedicou a estudar os direitos fundamentais.<sup>12</sup> Fala-se da ideia de um direito fundamental como um todo, cujo conteúdo normativo é composto de uma variedade de posições jurídicas subjetivas.<sup>13</sup>

Tradicionalmente, entendia-se o direito subjetivo em sentido estrito a partir das posições jurídicas nucleares por ele amparada. Assim, o direito contratual do comprador se restringiria essencialmente à posição da prerrogativa de receber o bem adquirido, relacionado ao seu dever correspondente de pagar o preço. Em sentido amplo, contudo, pode-se compreender este direito como um feixe de direitos, prerrogativas, ônus e outras posições jurídicas, algumas previstas expressamente nos documentos legais, outras derivadas da finalidade da relação contratual ou do princípio da boa-fé objetiva. O direito constitucional à educação em sentido simples limita-se ao dever do Estado de prover educação formal a crianças e jovens, porém, em sentido complexo, pode representar o direito a transporte público adequado, à alimentação adequada, respeito pela igualdade e pela diversidade, vedação de toda forma de discriminação e de abuso, direito de liberdade de expressão e de reunião. Ou seja, o conteúdo normativo dos direitos é sempre muito mais complexo do que supõe a sua compreensão a partir do seu núcleo normativo básico.

Pois bem, o direito coletivo à cidade é essencialmente um direito com conteúdo normativo complexo. Conforme já vimos, a mais incisiva diretriz normativa sobre o direito à cidade consta do artigo 2º, I, do Estatuto da Cidade, e neste diploma legal já encontramos com clareza a compreensão de se trata de um direito subjetivo complexo. No enunciado do dispositivo legal consta que o direito à cidade é “entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. Como se pode constatar

---

<sup>12</sup> Em verdade, a doutrina civilista desenvolveu originalmente o conceito de relação obrigacional complexa, em contraposição ao conceito de relação obrigacional simples. Em sentido simples, uma relação obrigacional é formada pelo poder do credor de exigir a prestação e pelo dever do devedor de satisfazê-la. Em sentido amplo, compreende uma série de posições subjetivas, que incluem deveres anexos, direitos formativos, sujeições, expectativas, ônus. Clóvis do Couto e Silva explorou esse tema pioneiramente no Brasil em sua obra clássica, *A Obrigação como Processo* (COUTO E SILVA, 1976, p. 11-121), tendo como base essencialmente a dogmática civilista alemã. Para uma exposição mais abrangente do conceito de “complexidade obrigacional”, ver MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 586-602.

<sup>13</sup> O conceito de direito fundamental como um todo ou completo é elaborado por ALEXY, 2011, p. 248-253, e, no Brasil, por SARLET, 2012, p. 313-314.

o conteúdo normativo do direito coletivo à cidade é formado por um plexo de posições jurídicas subjetivas, de bens, valores e interesses titularizados pela comunidade política como um todo. Conforme dissemos anteriormente, o direito à cidade pode ser compreendido como um *cluster* de posições jurídicas subjetivas.

Essa visão está claramente consolidada na já referida Carta Mundial pelo Direito à Cidade. O preâmbulo do texto esclarece que a carta pretende ampliar a visão tradicional da proteção da cidade como garantia do direito à moradia e aproximar a construção do conceito de direito à cidade como uma congregação de todos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos e que tenham incidência na experiência urbana. Ao concretizar essa visão, o artigo 1º. 2 da Carta Mundial estabelece que a definição do conteúdo do direito à cidade

supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes.

Estas posições merecem um certo cuidado analítico. A afirmação de que o direito à cidade “congrega” todas as categorias de direitos humanos parece muito mais um argumento retórico do que um argumento juridicamente consistente. Se o direito à cidade fosse meramente uma soma dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, ele seria um conceito desnecessário. Como propõe o princípio lógico da simplicidade, também chamado de “Navalha de Occam”, entidades conceituais não devem ser multiplicadas quando são desnecessárias para a explicação de um fenômeno (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*). Se podemos compreender e aplicar todas as categorias de direitos humanos sem necessidade de recorrer ao novo direito à cidade, então esse conceito é desnecessário e deve ser abandonado (COPI e COHEN, 1998, p. 550-552). O mero fato de que as categorias de direitos humanos se concretizam no espaço urbano é uma obviedade que não salva a função retórica da noção de direito à cidade postulada na Carta Mundial. Portanto, associar o conteúdo normativo do direito à cidade aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais é simplesmente um equívoco conceitual que deve ser evitado.

O que pode, de fato, ocorrer é que muitos dos elementos normativos presentes nas referidas espécies de direitos humanos componham o conteúdo normativo do direito à cidade. Assim, a moradia adequada é tanto um direito social autônomo quanto uma pretensão componente do direito à cidade; a participação democrática é tanto um direito político autônomo quanto um elemento do direito à cidade; serviço público de transporte é tanto um direito social autônomo como uma expressão específica do direito à cidade. O conteúdo normativo complexo do direito à cidade é formado por uma grande diversidade de posições jurídicas subjetivas, que protegem bens, valores e interesses comunitários dos habitantes da *polis*, e muitas dessas posições subjetivas coincidem com o conteúdo normativo de outros direitos humanos. Contudo, o direito à cidade não é o conjunto dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais de que são titulares os habitantes de uma cidade. Se fosse apenas isso, este novo direito coletivo seria uma redundância conceitual inútil na experiência jurídica.

Podemos identificar como elementos do conteúdo normativo do direito à cidade ao menos as seguintes posições jurídicas subjetivas: (i) a direito à moradia adequada; (ii) o direito a serviços públicos adequados; (iii) o direito à gestão democrática da cidade; (iv) o direito à mobilidade urbana; (v) o direito ao planejamento urbano; (vi) o direito à proteção do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico da cidade; (vii) o direito à proteção do meio ambiente no espaço urbano; (viii) o direito ao saneamento básico; (ix) o direito ao lazer. Ainda que cada um desses direitos possua autonomia conceitual e possa ser tutelado individualmente, todos eles convergem para a composição desse *cluster* de posições jurídicas subjetivas que denominamos de direito coletivo à cidade, já que todos eles convergem para a realização de um bem mais amplo que é precisamente a consecução de uma cidade justa e sustentável, conforme examinaremos no próximo tópico.

Claro, cada um desses direitos que compõem o conteúdo normativo do direito à cidade pode, por sua vez, ser decomposto em diversas outras posições jurídicas subjetivas. O direito à moradia adequada pode apresentar-se como um direito a uma moradia específica, um direito coletivo a políticas públicas de habitação popular, um direito coletivo à regularização fundiária, direito à usucapião individual e coletiva. O direito à gestão coletiva da cidade pode apresentar-se como um direito a participar como eleitor e candidato a eleições em conselhos municipais, a participar de plebiscitos, referendos e consultas públicas, um direito a audiências públicas, um direito de liberdade de expressão e de reunião, um direito à informação pública.

Exatamente pela sua dimensão coletiva, o direito à cidade em princípio não poderá ser invocado para a tutela de direitos individuais, salvo quando se tratar de um interesse individual que participa de um interesse coletivo pertencente ao conteúdo normativo do direito. Quando possível, a tutela judicial do direito à cidade enquanto um direito autônomo normalmente resolver-se-á: (i) na postulação judicial de condenação do Poder Público à execução de políticas públicas ou medidas administrativas, ou a pessoas privadas à execução de ações e práticas capazes de proteger e tutelar os bens, valores e interesses que compõem o direito à cidade; ou (ii) na declaração de invalidade de uma lei ou de um ato administrativo que provoque lesão aos elementos normativos do direito à cidade, ou, para usar a expressão da Lei n. 7.347/85, à ordem urbanística *lato sensu*. Isto é, por se tratar de um direito coletivo, a tutela judicial deve se dar por meio dos instrumentos judiciais apropriados, especialmente a ação civil pública e a ação popular, embora eventualmente se possa recorrer, quando necessário, às ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade de atos do poder público, como a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É possível afirmar que o direito à cidade é essencialmente um direito de natureza prestacional, no sentido desenvolvido por Robert Alexy (ALEXY, 2011, p. 499-519), ou seja, cuida-se de um direito cuja eficácia jurídica envolve a imposição de obrigações positivas ao Poder Público, como políticas públicas, programas governamentais e medidas administrativas. E exatamente por demandar obrigações estatais positivas complexas, a justiciabilidade do direito à cidade está fadada a se defrontar com argumentos de resistência à proteção judicial dos direitos positivos, como as limitações orçamentárias, dificuldades operacionais, a preferência funcional das escolhas legislativas e administrativas sobre as judiciais, a discricionariedade do legislador e do administrador público.

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há algum tempo tem refutado estas objeções quando se trata de tutelar os direitos sociais à saúde e à educação. Sem embargo, não se pode dizer que as posições jurídicas típicas do conteúdo normativo do direito à cidade tenham ingressado na agenda da proteção judicial dos direitos sociais e coletivos dos tribunais superiores. De fato, ainda não é comum encontrarmos decisões judiciais condenando entes públicos a executar as obrigações jurídicas típicas do conteúdo normativo que estamos atribuindo ao direito à cidade. E mesmo se a jurisprudência tornar-se favorável à justiciabilidade deste direito coletivo, os atores envolvidos com a sua proteção e promoção ainda terão que enfrentar o desafio ainda mais difícil de encontrar mecanismos eficazes para a execução de decisões judiciais que condenam o Poder Público a executar obrigações positivas, já que

sabidamente o processo civil ainda não dispõe de instrumentos procedimentais adequados para impor coercitivamente a órgãos públicos o cumprimento de obrigações de fazer.<sup>14</sup>

## O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DO DIREITO À CIDADE

Como acontece com grande parte dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, o direito à cidade é dotado de conteúdo axiológico, por estar vinculado à promoção de determinados valores morais incorporados ao sistema jurídico por meio de documentos normativos e decisões judiciais. De acordo com esta perspectiva, o direito à cidade não pode ser compreendido como um direito dotado de conteúdo exclusivamente técnico ou instrumental, como se supõe que sejam muitos dos direitos subjetivos do direito privado. Ele tem sempre um caráter aspiracional, porque visa à realização de valores que pertencem à esfera da moralidade ou da justiça política. Por isso, o direito à cidade é sempre, a rigor, o direito a uma cidade justa ou, como é mais comum designar, a uma cidade sustentável.

De fato, uma das principais características da ideia de direitos que emergiu no século XX, especialmente com as categorias dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, é que esses direitos estão vinculados a concepções de justiça e de moralidade política, que são incorporadas aos ordenamentos jurídicos precisamente pela positivação deles nas fontes formais de direito ou pela construção judicial feita a partir dos textos normativos (MELLO, 2004, p. 125-143). Esses novos direitos representam concepções de justiça e se transformam em instrumentos jurídicos para a institucionalização e a efetivação prática dos valores morais que compõem a concepção de justiça que prevaleceu quando da formação de um determinado ato normativo, como constituições, leis e tratados internacionais. A incorporação desses direitos dotados de conteúdo moral visa exatamente à realização efetiva, no plano jurídico, da concepção de justiça consensualmente predominante quando da elaboração e da aplicação de uma constituição, de uma lei ou de um tratado internacional. Com efeito, os sistemas jurídicos dos Estados constitucionais modernos não são ordens normativas moralmente neutras; ao contrário, são ordens normativas claramente comprometidas com concepções de justiça, e os direitos incorporados nos textos normativos nacionais e internacionais e na prática judicial são

---

<sup>14</sup> O estudo sobre a teoria e a prática da tutela judicial dos direitos sociais e coletivos exige hoje o exame de inesgotáveis fontes literárias e jurisprudenciais. Portanto, está fora do nosso alcance nos desviarmos do nosso estudo conceitual do direito à cidade para essa complexa questão jurídica, à qual nos limitamos a fazer referência no texto.

os principais veículos de concretização institucional dos valores componentes dessas concepções.<sup>15</sup>

O conteúdo axiológico do direito à cidade aparece com clareza já na Constituição Federal de 1988, cujo artigo 182, *caput*, determina que a política de desenvolvimento urbano “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Como se pode perceber, a gestão da cidade não é axiologicamente neutra ou livre de valores (*Wertfrei*). Ao contrário, ela deve ser dirigida à realização das funções sociais da cidade e do bem-estar de seus habitantes, que são finalidades morais ou valores a serem atingidos no desenvolvimento urbano. Por isso é que podemos já antecipar que a Constituição compromete a gestão urbana com a promoção não de qualquer cidade, mas sim de uma cidade politicamente justa.

O Estatuto da Cidade é ainda mais explícito. O já citado inciso I do artigo 1º prevê expressamente o direito a cidades sustentáveis, e, como vimos, associa esse conceito à garantia do direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, ou seja, a um conjunto de bens, valores e interesses que têm como função garantir não uma cidade qualquer, e sim uma cidade considerada sustentável, que promova suas funções sociais e o bem-estar de seus habitantes. Nos incisos seguintes do mesmo artigo, o Estatuto densifica ainda mais o conteúdo moral do direito à cidade justa, incorporando valores como gestão democrática da cidade (inciso III), planejamento urbano adequado (inciso IV), ordenação e controle do uso do solo (inciso VI), justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (inciso IX), proteção, preservação e recuperação do meio ambiente (inciso XII), regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda (inciso XIV).

Embora o conceito de cidade sustentável tenha se tornado comum no discurso teórico, acadêmico e mesmo legislativo a respeito do direito à cidade e seu uso seja significativo e recomendável, ele parece ser menos abrangente do que o conceito de *cidade justa*. A noção de cidade sustentável parece demasiadamente vinculada às temáticas ambiental e econômica, que são, de fato, elementos fundamentais do direito à cidade, mas não representam

---

<sup>15</sup> Neste aspecto, nossa posição se aproxima daquela defendida por Charles Beitz em *The Idea of Human Rights* (2009, p. 96-127). Beitz afirma que devemos compreender os direitos humanos como “exigências de proteção de interesses individuais urgentes contra perigos previsíveis” (BEITZ, 2009, p. 109), sendo que são direitos humanos aqueles que efetivamente encontramos “na vida política internacional como fontes para construir uma concepção de direitos humanos” (BEITZ, 2009, p. 102); ou seja, são direitos humanos aqueles direitos incorporados nos documentos e na prática do direito internacional dos direitos humanos atualmente vigentes.

suficientemente a plêiade de questões nele envolvida.<sup>16</sup> O conceito de cidade justa faz referência à noção antiga e sólida de justiça política, e parece ser mais apropriado para dar ao conteúdo axiológico desse direito a generalidade necessária para incorporar as diversas dimensões morais da organização jurídica da vida política de uma cidade. Ainda que não tenhamos nenhuma referência ao conceito de cidade justa em textos normativos nacionais, nos parece que, no âmbito teórico, usar esse conceito nos permite precisar melhor o complexo conteúdo axiológico que o direito à cidade inevitavelmente carrega.<sup>17</sup>

Em termos filosóficos, é importante ressaltar que o uso do termo “cidade justa” deve ser feito nos termos do conceito de justiça política repensado pela filosofia política moderna, e não com base em uma concepção mais abrangente de vida boa na *pólis*, que prevalecia na filosofia política antiga e medieval. Na ideia de justiça política consolidada das obras de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, renovada recentemente pelas teorias comunitaristas modernas, o conteúdo ideal ou aspiracional da comunidade engloba a totalidade da vida dos indivíduos que a compõem, já que visa à promoção da *eudaimonía* dos cidadãos, ou seja, a promoção de uma vida boa em seu sentido mais amplo, englobando a totalidade da vida pública, coletiva e individual da pessoa. As teorias da justiça política contemporâneas concentram-se apenas nas estruturas políticas básicas da comunidade, como instituições, procedimentos e direitos, que permitam que os indivíduos possam fazer as suas escolhas existenciais, desenvolver os seus projetos de vida e realizar-se pessoalmente em um ambiente em que a liberdade e a igualdade de cada membro da comunidade sejam protegidas e promovidas.<sup>18</sup>

Portanto, a construção de uma teoria da cidade justa, no âmbito da ciência do direito, deve deter-se na elaboração de uma teoria das estruturas jurídicas e políticas básicas da cidade, ou seja, de instituições, procedimentos e direitos necessários para a promoção de uma cidade justa, não devendo ocupar-se das diferentes concepções de vida boa que acolhem e sustentam os indivíduos e os grupos que compõem a coletividade. Ou seja, uma teoria da cidade justa deve ser politicamente neutra em relação às diferentes concepções de vida boa sustentadas pelos habitantes da cidade e preocupar-se de propiciar apenas as condições básicas para que os indivíduos e grupos se realizem individual e coletivamente na vida comunitária.

---

<sup>16</sup> Exemplificativamente, ver VIEIRA, 2012, p. 1-39, CENSI e SHONARDIE, 2015, p. 166-180.

<sup>17</sup> Sobre o conceito de cidade justa, uma referência imprescindível é a obra de Susan Fainstein, *The Just City* (2011, p. 23-56). Fainstein desenvolve uma teoria da justiça urbana dialogando com alguns dos mais influentes pensadores políticos das últimas décadas; após, com base nesta teoria a autora avalia políticas públicas, instituições e procedimentos aplicados nas cidades de Nova Iorque, Londres e Amsterdã.

<sup>18</sup> Um excelente estudo compreensivo sobre o debate entre as concepções de justiça liberais e comunitaristas pode ser encontrado em MULHALL e SWIFT, 1992, p. 1-246.

Naturalmente, uma teoria do direito à cidade justa exige uma reflexão sobre o governo político da cidade e a sua relação com seus habitantes. Não compete a uma teoria do direito à cidade justa definir a estrutura básica dos regimes políticos, isto é, sobre regimes de governo autoritários e republicanos, autocráticos, aristocráticos, oligárquicos e democráticos. Essa reflexão é de competência da teoria ou da filosofia política geral. O estudo da estrutura e do funcionamento dos poderes legislativo e executivo no âmbito dos municípios deve ser feito preferencialmente na própria teoria política e no âmbito do direito público municipal. Entretanto, interessa à teoria da cidade justa estudar as múltiplas relações entre a gestão política *lato sensu* da cidade e seus habitantes. De fato, essa relação não se restringe ao direito constitucional dos habitantes de votarem nas eleições para prefeito municipal e membros das câmaras de vereadores, ou mesmo o direito constitucional de candidatar-se a esses cargos. Essa é a estrutura jurídica básica da organização política do ente federado que é o Município. Para além dessa estrutura básica, a relação pode se tornar muito mais complexa, sofisticada e abrangente na medida em que outras instituições e procedimentos permitam, incentivem e promovam a participação popular no controle das instâncias governamentais e na indução e formulação de políticas públicas.

O caráter democrático da relação entre o governo da cidade e seus habitantes não é apenas um elemento constitutivo do conceito de cidade justa, como tem se tornado uma exigência crescente nas teorias sobre justiça urbana. Susan Fainstein destaca que “demandas por transparência, inclusão e negociação em decisões públicas tem sido uma reação à abordagem de cima para baixo e tecnocrática subjacentes aos programas governamentais” (FAINSTEIN, 2011, p. 24). De fato, a justiça política da gestão da cidade moderna pressupõe o caráter democrático. Isso porque os habitantes da cidade têm um direito a serem reconhecidos e tratados como pessoas iguais no que concerne à formação e ao exercício das decisões políticas que atinjam a comunidade. Para usar a linguagem desenvolvida por Ronald Dworkin, em uma cidade justa, todos os seus habitantes devem ser tratados com igual consideração e respeito e como membros da comunidade política detentores de igual dignidade humana (DWORKIN, 2011, p. 379-399). A igualdade política significa que a vida de cada membro da comunidade importa igualmente e que a cada membro deve ser dada igual oportunidade de participar da vida política da comunidade. A ideia de democracia que prevaleceu no mundo moderno é baseada essencialmente nessas duas dimensões da igualdade política, ou seja, no princípio do igual valor da pessoa humana e no princípio da igualdade de oportunidades de participação.

Uma característica do desenvolvimento da democracia no contexto da cidade é que ela ultrapassa a estrutura política básica do regime democrático moderno, centrado na organização parlamentar do poder legislativo e na garantia dos direitos políticos de votar e de se candidatar a cargos eletivos. A democratização das cidades demanda, na realidade, um aprofundamento e um alargamento da experiência democrática, isto é, demanda uma horizontalização da democracia. Ao invés de restringir a democracia a eleições e à atividade parlamentar, a democracia na cidade contemporânea passa pela formação criação de instâncias de *deliberação inclusiva* (FAINSTEIN, 2011, p. 28), como, por exemplo, (i) conselhos temáticos (*v.g.*, conselho municipal do plano diretor, conselho municipal da saúde, conselho municipal do meio ambiente, etc.), (ii) organismos de participação na gestão orçamentária (*v.g.*, o orçamento participativo), (iii) consultas públicas, (iv) audiências públicas. No modelo da deliberação inclusive, o membro da comunidade deixa de ser apenas um eleitor, que participa eventualmente da democracia formal, e passa a ter a oportunidade de ser um cidadão efetivo, ou seja, um membro ativo da gestão das questões públicas das cidades.

Essa horizontalização da democracia encontra na gestão da cidade o seu campo mais fértil. De fato, a difusão de instituições e procedimentos democráticos é muito mais complexa nas estruturas de governo federal e mesmo estadual. Nesses planos, as instituições parlamentares continuam oferecendo vantagens estruturais e funcionais *vis-à-vis* instituições e procedimentos de democracia direta e de participação efetiva do cidadão nas deliberações e decisões públicas do governo. Já o contexto político e social da vida na cidade é muito mais favorável à implantação desses mecanismos de horizontalização democrática e, por conseguinte, a uma maior concretização da segunda dimensão do princípio da igualdade política, que é o princípio da igualdade de oportunidades de participação política.

Essa lógica foi plenamente recepcionada pelo Estatuto da Cidade. O texto legal contempla claramente a horizontalização da democracia na diretriz geral prevista no inciso II do artigo 2º, que prescreve a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Adiante, o artigo 43 especifica os instrumentos da gestão democrática da cidade, dividindo-os em quatro categorias: (i) órgãos colegiados de gestão urbana; (ii) debates, audiências e consultas públicas; (iii) conferências sobre assuntos de interesse urbano; (iv) iniciativa popular de leis. O artigo 4º, III, f, incorpora a gestão orçamentária participativa como um dos instrumentos de política

urbana. Todos esses instrumentos visam a promover o princípio da deliberação inclusiva, que, como vimos, compõe o conteúdo axiológico do direito à cidade.

Outra posição jurídica subjetiva que pertence à essência do direito à cidade justa reside no direito fundamental à moradia adequada, que, no direito positivo brasileiro, passou a ser considerado um dos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.<sup>19</sup> A constitucionalização do direito à moradia representou um avanço paradigmático da política urbana. Tradicionalmente, a normatização da moradia das pessoas foi feita exclusivamente com a regulamentação jurídica do direito à propriedade, afetada ao direito privado, e que possui uma das estruturas conceituais mais antigas e consolidadas da história da ciência jurídica. O problema da moradia jamais foi tratado propriamente como uma questão jurídica autônoma em relação à regulação da propriedade e dos contratos, isto é, sempre se considerou que o acesso à moradia se dava por meio da aquisição da propriedade e dos contratos referentes a bens imóveis, como a locação e o comodato.

A incorporação do direito à moradia no direito constitucional positivo alinhou o direito brasileiro a uma tendência inaugurada já pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê o direito à habitação em seu artigo 25(1), no sentido de reconhecer que o acesso à moradia é um valor político-moral independente da regulação jurídica da propriedade, porque está conectado com uma necessidade ainda mais primária do ser humano no contexto da vida comunitária, em que há escassez de espaços territoriais e que os espaços existentes são apropriados pelo sistema de propriedade privada. O acesso à moradia é mais primário do que a direito à propriedade porque corresponde à necessidade de ter um espaço territorial que possa ser o seu abrigo existencial em face de um mundo natural potencialmente hostil e de uma vida comunitária conflituosa e competitiva. O ser humano, tal como evoluiu ao longo da sua história, sobretudo quando deixa de ser um caçador-coletor e se converte em sedentário, claramente não consegue exercer plenamente a sua humanidade sem ter um abrigo que lhe sirva de morada no espaço territorial do planeta.<sup>20</sup>

No entanto, desde o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, acentua-se que o direito à moradia deve ser compreendido como um direito a uma habitação *adequada*, qualificativo que ultrapassa o bem básico e primordial do provimento de um espaço territorial qualquer. Conforme define o Comentário Geral n. 4 ao artigo 11.1 do

---

<sup>19</sup> Sobre o direito à moradia no direito brasileiro, ver os estudos publicados por FERNANDES e ALFONSINI (org.), 2014, SOUZA, 2013, e PANSIERI, 2012.

<sup>20</sup> Um estudo esclarecedor da transição do homem caçador-coletor para a sedentarização e todas as suas consequências civilizatórias é encontrado em FOLEY, 2003.

PIDESC, estabelecido em 1991 pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, moradia adequada “significa privacidade adequada, espaço adequado, segurança, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica adequada e localização adequada em relação ao trabalho e facilidades básicas, tudo a um custo razoável”. Claramente o objetivo do comentário é ajustar a proteção política e jurídica do direito à moradia ao princípio da dignidade humana, no sentido preconizado já no preâmbulo do PIDESC (OSÓRIO, 2014, p. 43).

A partir destas diretrizes, podemos reconhecer que, da norma jusfundamental que prevê o direito à moradia podem ter extraídos diversos efeitos jurídicos. A sua eficácia nuclear diz respeito ao reconhecimento da existência de um dever jurídico-constitucional do Poder Público de prover o acesso à moradia adequada para uma determinada coletividade de pessoas carentes, que não possuem recursos para obterem moradia por seus próprios esforços, por meio da instituição de políticas públicas de acesso à habitação popular. Porém, podemos também elencar como efeitos jurídicos do direito à moradia adequada o dever de regularização fundiária e urbanística de loteamentos irregulares e clandestinos, de regularização fundiária e urbanística de ocupações consolidadas em áreas públicas e privadas, o dever de reassentamento adequado de pessoas legalmente removidas de áreas ocupadas, o dever de assegurar a posse, a vedação de remoções forçadas. Como se vê, o direito à moradia tem uma dimensão predominantemente prestacional, mas pode também operar como direito negativo (SARLET, 2014, p. 269).

Compreender o conteúdo normativo do direito à moradia como constituído pelo valor político-moral da moradia adequada permite resolver importantes conflitos jurídicos entre ele e outros direitos fundamentais recorrendo a uma argumentação de moralidade política, que tenha como objetivo integrar os valores protegidos pelos direitos concorrentes da melhor forma possível, sem o sacrifício puro e simples de um ou outro e menos ainda a uma hierarquização apriorística. Com efeito, o direito à moradia frequentemente compete com o direito à propriedade<sup>21</sup> e com o direito à proteção ambiental, e o usual, ainda, é que estes dois direitos derrotem o primeiro.<sup>22</sup> Contudo, ao entendermos, por exemplo, que a relação entre o direito à proteção à moradia e o direito à proteção ao meio ambiente é uma questão de moralidade política, que deve ser resolvida por meio de uma argumentação caracteristicamente moral, conquanto restrita ao quadro da moralidade política incorporada ao sistema jurídico

---

<sup>21</sup> Sobre a relação entre direito à moradia e direito à propriedade, ver MASTRODI e BATISTA, 2015, p. 1527-1554.

<sup>22</sup> Para uma análise da relação entre direito à moradia e proteção do meio ambiente no direito brasileiro, ver DUARTE, 2011, e RIOS e CARVALHO (org.), 2012.

vigente, talvez possamos encontrar novas soluções que alcancem um melhor equilíbrio entre os valores “concorrentes”, sem predefinir uma prioridade *tout court* dos valores “propriedade” e “meio ambiente” sobre o valor “moradia”.

Essa compreensão aparece claramente na decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Cível n. 2006.72.04.003887-4/SC, julgado em 13.05.2009 e relatada pelo Desembargador Roger Raupp Rios. Este julgado pode ser considerado um modelo de aplicação do conteúdo axiológico do direito à cidade. Tratava-se de decisão que determinava a demolição de uma residência de família de pescadores visando à recuperação de área degradada situada em área de preservação permanente. O acórdão reverteu a sentença de primeira instância determinando que a remoção estaria condicionada à disponibilização de moradia adequada aos ocupantes. Na fundamentação, o relator assume a coexistência dos valores da moradia adequada e da preservação ambiental como valores igualmente acolhidos no sistema jurídico brasileiro e que devem ser integrados da melhor forma possível, sem o sacrifício arbitrário de um ou outro. A busca pela integração dos direitos fica evidente em passagem na qual o relator afirma que é em virtude do princípio da força normativa da constituição “que se revela imprescindível a consideração do direito à moradia para a concretização do conteúdo jurídico do direito ao ambiente, a fim de que se alcance uma solução jurídica constitucionalmente adequada”. A seguir, o relator complementa que a decisão judicial deve “fortalecer, simultaneamente, e o direito à moradia e o direito ao meio ambiente”.

A mesma lógica de equalização axiológica da proteção do direito à moradia e, agora, do direito à propriedade esteve presente em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 48.316, de 17.11.2015, o chamado *Caso da Ocupação do Isidoro*, em Minas Gerais, que dizia respeito à remoção de 30.000 pessoas, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o cumprimento de ordem judicial de reintegração de posse deve observar normas e diretrizes de proteção dos direitos humanos dos ocupantes a serem removidos. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 4.085, em 13 de janeiro de 2016, que tratava do chamado *Caso Vila Soma*, o Ministro Ricardo Lewandowski ordenou a suspensão da reintegração de posse de área particular ocupada por cerca de 10.000 pessoas no Município de Sumaré, no Estado de São Paulo, que havia sido ordenada pelo Tribunal de Justiça daquela unidade da federação. Conquanto se trate de decisão cautelar e monocrática e que contou com fundamentação bastante concisa, fica evidente na decisão a preocupação com a inexistência de um plano de reassentamento das famílias que vivem na ocupação, isto é, a decisão pela suspensão da

reintegração encontra fundamento no valor político-moral do direito à moradia dos ocupantes, sobrepujando, ao menos até este ponto, a proteção da propriedade dos titulares da área ocupada.<sup>23</sup>

Examinamos o direito à participação democrática e o direito à moradia adequada apenas como exemplos particularmente expressivos de posições jurídicas subjetivas dotadas de valor moral que estão inseridas no conteúdo normativo do direito à cidade justa. Entretanto, muitos outros valores da mesma natureza estão presentes no conteúdo geral do direito à cidade justa. A compreensão de que o direito à cidade é essencialmente axiológico e que isso implica que ele deve ser interpretado como um direito a uma cidade *justa* exige que o intérprete e aplicador desse direito procure sempre integrar de forma moralmente coerente os diversos valores que compõem seu conteúdo normativo e que frequentemente podem concorrer ou entrar em conflito, visando, tanto quanto possível, a evitar o sacrifício total ou parcial de qualquer um dos valores colidentes. Em verdade, cada valor componente do conteúdo global do direito deve reforçar e aperfeiçoar o outro de tal modo que a totalidade desses valores encontre um ponto de equilíbrio reflexivo, ponto este que tenderá a produzir uma cidade *justa*.<sup>24</sup> Sem uma concepção político-moral adequada do direito à cidade não teríamos como resolver a coexistência de tantos elementos normativos diferentes e complexos no âmbito da vida urbana.

## CONCLUSÃO

Como dissemos na introdução, nosso propósito com este estudo era tentar contribuir para o desenvolvimento de uma teoria jurídica do direito à cidade que possa complementar os importantes estudos multidisciplinares que dominam essa temática desde os anos sessenta. Como se trata de um direito que vem sendo incorporado, direta ou indiretamente, no direito positivo brasileiro, naturalmente ele é dotado de uma potencial força normativa jurídica que ainda precisa ser melhor explorada, não apenas nas ações dos entes públicos e privados, mas também na ciência jurídica e na prática judicial. Neste texto, limitamo-nos a sustentar que o

---

<sup>23</sup> Ver também a importante sentença n. T-437/12, de 12.06.2012, da Corte Constitucional da Colômbia, que estabeleceu critérios para a proteção do direito à moradia, que, no caso concreto, conflitava com o direito de propriedade pública.

<sup>24</sup> Nossa posição aqui é alinhada com a tese da epistemologia moral integrada, defendida por Ronald Dworkin especialmente em *Justice for Hedgehogs* (2011). Por razões de plano de exposição não podemos explicitar mais detalhadamente nossas premissas teóricas. O leitor interessado poderá encontrá-la bem desenvolvida na obra referida nesta nota. Para uma síntese do conceito de epistemologia integrada desenvolvido por Dworkin, ver MELLO, 2013.

direito à cidade (i) é uma nova espécie de direito coletivo ou comunitário, (ii) é um direito fundamental composto por um conteúdo normativo complexo e (iii) é dotado de um conteúdo axiológico que demanda que o compreendamos como um direito a uma cidade *justa*, bem como que seja aplicado com base em uma epistemologia moral integrada. Mas esses são apenas alguns elementos estruturais básicos de uma teoria jurídica do direito à cidade. Compete à dogmática jurídica prosseguir na exploração das potencialidades desse novo direito para a consolidação do ideal de uma vida urbana politicamente digna.

O direito à cidade já se estabeleceu como um importante conjunto de argumentos no debate político sobre gestão urbana, especialmente pelo esforço de pensadores e atores de diferentes áreas para definir uma agenda crítica e propositiva para o desenvolvimento sustentável das cidades. Entretanto, na medida em que o direito à cidade foi sendo incorporado ao direito positivo, naturalmente surge a expectativa de que ele possa usufruir da propriedade típica dos direitos jurídicos que é a exigibilidade judicial de seu conteúdo normativo, em caso de incumprimento das ações que satisfazem esse direito por parte dos respectivos responsáveis. Ocorre que a construção da justiciabilidade de um direito coletivo dotado essencialmente de pretensões positivas tem se mostrado uma tarefa difícil na práxis jurisdicional. O objetivo central da configuração de uma teoria jurídica do direito à cidade é precisamente oferecer uma estrutura conceitual que permita o recurso efetivo à tutela judicial desse direito. Este artigo pretendeu justamente contribuir para o enfrentamento do desafio de afirmar o caráter jurídico do direito à cidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011.
- ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.
- BEITZ, Charles. **The Idea of Human Rights**. Oxford: OUP, 2009.
- BRANDON, Robert. **Articulando razões: uma introdução ao inferencialismo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.
- BRENNER, Neil e MARCUSE, Peter. **Cities for the People, not for Profit: Critical Urban Theory and the Right to the City**. New York: Routledge, 2011.
- BRETT, Annabel S. **Liberty, Right and Nature : Individual Rights in Later Scholastic Thought**. Cambridge, UK : Cambridge University Press, 2003.

CATÃO, Marconi do Ó. Civilizações Urbanas e Teorias da Cidade. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 07, n. 1, 2015, p. 91-140.

CENSI, Daniel Rubens e SHONARDIE, Enelise Felske. Direito à cidade: sustentabilidade e desenvolvimento no meio urbano. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 07, n. 01, 2015, p. 166-180.

COPI, Irving M. e COHEN, Carl. **Introduction to Logic**. 10ª edição. New Jersey: Prentice Hall, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

COURTIS, Christian e ABRAMOVICH, Victor. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid : Editorial Trotta, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: Editor José Bushatsky, 976.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio Ambiente e Moradia: Direito à Moradia e Espaços Especiais na Cidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, USA: Belknap Harvard Press, 2011.

FAINSTEIN, Susan. **The Just City**. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia (org). **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. São Paulo: Forum, 2014.

FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 2000.

FOLEY, Robert. **Os humanos antes da humanidade: uma pesquisa evolucionista**. São Paulo: UNESP, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argumentare**. Milão: Giuffrè Editore, 2011.

HARVEY, David. **Social Justice and the Cities**. Athens, Georgia: The Georgia University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Rebel Cities: From the Right to the City to Urban Revolution**. New York: Verso, 2013.

HERBERT, Gary. **A Philosophical History of Rights**. New Jersey: Transaction Publishers, 2002.

JHERING, Rudolf Von. **A Dogmática Jurídica**. São Paulo: Ícone Editora, 2013.

JOVANOVIC, Miodrag. **Collective Rights: A Legal Theory**. Cambridge: CUP, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEFEBVRE, Henri. **Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro Editora, 2015.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MASTRODI, Josué e BATISTA, Ana Carolina. Existe um direito fundamental à posse? Estudo sobre a relativização do conceito de propriedade imobiliária urbana em face do direito de moradia. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 07, n. 04, 2015, p. 1527-1554.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Verdade Moral e Método Jurídico na Teoria Constitucional de Ronald Dworkin. In: STORCK, Alfredo e LISBOA, Wladimir Barreto (org.). **Normatividade & Argumentação**. Ensaios de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus Editores, 2013, p. 285-366.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1985.

MULHALL, Stephen e SWIFT Adam. **Liberals & Communitarians**. Oxford: Blackwell Publishers, 1992.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia (org.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. São Paulo: Forum, 2014. p. 39-68.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e efetivação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Emilien Vilas Boas e VENÂNCIO, Stephanie Rodrigues. O direito à cidade e a participação popular no planejamento urbano municipal. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 08, n. 4, 2016, p. 1205-1230.

RIOS, Marisa e CARVALHO, Newton Teixeira (org.). **Direito à Cidade**: Moradia e Equilíbrio Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROLNIK, Raquel. **O que é a Cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia (org.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. São Paulo: Forum, 2014, p. 261-292.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luís Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora RT, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de Souza. **Direito à Moradia e de Habitação**. 3ª edição. São Paulo, Editora RT, 2013.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Lisboa: Edições 70, 2009.

TIERNEY, Brian. **The Idea of Natural Rights**. Cambridge, UK: Eerdmans Publishing Co., 1997.

TRINDADE, Thiago Aparecido. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. **Lua Nova**. N. 197, 2012, p. 139-165.

TUCK, Richard. **Natural Rights Theories: Their Origin and Development**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1979.

VIEIRA, Juliana de Souza Reis. Cidades Sustentáveis. **Revista de Direito da Cidade**. Vol. 4, n. 2, 2012, p. 1-39.

VILLEY, Michel. **Le droit et les droits de l'homme**. Paris : PUF, 1983.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do Direito. Os meios do Direito. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

*Trabalho enviado em 09 de janeiro de 2017.*

*Aceito em 02 de abril de 2017.*