

A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário

The legal-urban order in the judicial trenches

Betânia de Moraes Alfonsin et al

Artigo de autoria coletiva do Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), coordenado por Betânia de Moraes Alfonsin, Professora da Faculdade de Direito da FMP e Doutora em Planejamento Urbano e Regional pelo IPPUR/UFRJ (betania@via-rs.net). Equipe de pesquisa: Aline Alves Rocha, Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (arochadf@gmail.com); Fernanda Peixoto Goldenfum, Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, Especialista em Direito Municipal pela ESDM/FMP e Analista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (fernandagoldenfum@hotmail.com); Luisa Almeida Amin, Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela FMP (luisa.amin@hotmail.com); Pedro Prazeres Fraga Pereira, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FMP e Mestrando em Direito pela UFRGS (pedropfpereira@gmail.com); Stéfanie Berthold, Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela FMP (ste_berthold@hotmail.com); e Vicente de Azevedo Bastian Cortese, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FMP e Mestrando em Direito pela UFRGS (vicentecortese@gmail.com).

Artigo recebido e aceito em maio de 2016.

Resumo

O artigo apresenta os resultados de uma pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da receptividade da nova ordem jurídico-urbanística brasileira em demandas julgadas entre 2011 e 2015. Os achados indicam que uma peculiar forma de ativismo judicial é praticada pelo tribunal, já que a efetividade do Estatuto da Cidade mostrou-se maior quando o Poder Público se encontra no polo passivo das ações e menor quando particulares têm o direito de propriedade questionado em juízo. Tal maneira seletiva de aplicar a lei implica em um fortalecimento do “modelo proprietário” em detrimento do paradigma emergente. A investigação revela que o desconhecimento da nova ordem jurídico-urbanística por parte tanto dos litigantes quanto dos magistrados também explica a baixa efetividade do Estatuto da Cidade nas trincheiras do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Nova ordem jurídico-urbanística; Estatuto da Cidade; Poder Judiciário.

Abstract

This article presents the results of a survey on the receptiveness of the Brazilian new legal-urban order involving the decisions of the Rio Grande do Sul Court of Appeals between 2011 and 2015. The findings indicate that a particular form of judicial activism is practiced by the court since the effectiveness of the City Statute was higher when public authorities are defendants in the lawsuits and lower when individuals have the right of ownership questioned in court. Such selective way to apply the law implies a strengthening of the “proprietary model” to the detriment of the emerging paradigm. The survey suggests that lack of knowledge about the new legal-urban order on the part of both litigants and magistrates explains the low effectiveness of the City Statute in the judicial trenches.

Keywords: New legal-urban order; City Statute; Judiciary.

Introdução

A produção de cidades na América Latina, marcada pela convivência de processos legais e ilegais de acesso à terra, embora tenha sido regida pelo Direito Civil ao longo de quase todo o século XX, experimentou uma mudança no padrão de regulação, especialmente na última década do século passado e na primeira década do século XXI.¹

No Brasil, a construção de uma nova ordem jurídico-urbanística começa em 1988, com a promulgação da Constituição Federal², e tem seu marco legal detalhado em 2001, com o Estatuto da Cidade³. O caso brasileiro é merecedor de pesquisa. O país conquistou um marco legal avançado, que previu efeitos jurídicos concretos para o desatendimento do princípio da função social da propriedade e introduziu o direito à cidade no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a nova ordem jurídico-urbanística parece conviver, ainda hoje, com a antiga ordem civilista, aqui denominada de “modelo proprietário”, paradigma comprometido com uma concepção de direito de propriedade de caráter absoluto, exclusivo, individual e perpétuo.

O presente artigo procura enfrentar o problema da efetividade dessa nova ordem jurídico-urbanística no Brasil, notadamente no que diz respeito ao âmbito do Poder Judiciário. Tal agenda de pesquisa emerge de duas constatações aparentemente contraditórias: (i) sendo a política urbana de competência municipal (art. 30, VIII e art. 182 da Constituição Federal), os poderes Executivo e Legislativo dos municípios têm tratado de incorporar, ao menos minimamente, as diretrizes e instrumentos do Estatuto da Cidade em

¹Exemplos representativos de tal mudança são os casos de Colômbia e Brasil, que vem sendo estudados internacionalmente como experiências emblemáticas da emergência do Direito Urbanístico na América Latina. Para uma excelente retrospectiva do processo de reforma jurídica e de reforma urbana na Colômbia, em que a antiga ordem civilista deu lugar à *Ley de Reforma Urbana* de 1988 e à *Ley de Desarrollo Territorial* de 1997, ver MALDONADO COPELLO, Maria Mercedes. El proceso de construcción del sistema jurídico colombiano: entre reforma urbana y ordenamiento territorial. In: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 25-58. Para um estudo mais aprofundado do tema, ver ALFONSIN, Betânia. **A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico Comparado**. Tese de Doutorado. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

²BRASIL. **Constituição Federal**, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

³BRASIL. **Estatuto da Cidade**, Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

seus planos diretores e na legislação urbanística decorrente⁴; (ii) apesar da massiva incorporação de novos instrumentos à legislação urbanística municipal, os conflitos territoriais envolvendo posse e propriedade, muitas vezes com ordens judiciais de despejo cumpridas de maneira bastante violenta, são frequentes em todo o país⁵.

Considerando tal paradoxo eo papel preponderante do Poder Judiciário nas situações de despejos forçados, esta pesquisa, realizada ao longo de 2015, tomou por objeto de análise o acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul(TJRS), a fim de verificar em que medida o Estatuto da Cidade foi aplicado em casos concretos, considerando temas-chave do novo paradigma, como o direito à cidade e o direito à moradia. Trabalhou-se com a hipótese de que, apesar dos avanços legislativos representados pelo Estatuto da Cidade, a jurisprudência do tribunal selecionado revelaria a existência de uma disputa de fundo em torno da política urbana, na qual o paradigma civilista teria hegemonia, em desfavor da nova ordem jurídico-urbanística brasileira.

A investigação demonstrou que tal disputa paradigmática efetivamente existe, mas que a forma como o Estatuto da Cidade é aplicado (ou não) pelo TJRS está longe de ser uniforme e depende de vários outros fatores envolvidos nos casos concretos. Em muitos casos analisados identificou-se uma espécie de ativismo judicial bastante singular, adicionando complexidades às conclusões da pesquisa. Embora a análise confirme que há uma transição paradigmática ainda em curso na regulação da política urbana no Brasil, percebe-se que o avanço jurisprudencial é lento, assistemático e evolui de forma distinta conforme a presença de atores públicos ou privados nos casos concretos.

No decorrer deste trabalho serão discutidos os traços característicos do paradigma civilista, bem como aqueles próprios da nova ordem jurídico-

⁴ Para uma avaliação dos novos planos diretores brasileiros e a incorporação das diretrizes da Política Urbana e dos novos instrumentos urbanísticos pelas leis municipais ver: SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos Santos; MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). **Os planos diretores municipais Pós Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

⁵ Ver análise de um caso notório e de negativa repercussão internacional em KONZEN, Lucas. Conflictos urbanos y activismo judicial en Brasil: el caso Pinheirinho. In AZUELA, Antonio; CANCINO, Miguel Angelo (Orgs). **Jueces y conflictos urbanos en América Latina**. IRGLUS: México, 2014. p. 223-246.

urbanística (seções 1 e 2); a questão do ativismo judicial no contexto do Brasil (seção 3); a metodologia da pesquisa empírica (seção 4); e o conteúdo dos acórdãos selecionados a partir das palavras-chave utilizadas (seções 5 a 9). Ao final, são apresentadas as conclusões da pesquisa.

1. O paradigma civilista ou “modelo proprietário” no direito brasileiro

No domínio da regulação dos usos da terra, a história brasileira é marcada por certo descompasso entre as grandes inovações legislativas e o conjunto de práticas sociais subjacentes. Tal desarmonia entre textos e contextos, ainda que carregue múltiplas e distintas explicações ao longo dos diferentes capítulos históricos nacionais, persiste até os dias de hoje, tendo no instituto da propriedade um exemplo privilegiado.

Uma dessas grandes inovações deu-se com a promulgação da Constituição Federal, responsável por inaugurar um novo paradigma na forma de se compreender juridicamente os contornos do direito de propriedade e, por consequência, os direitos à cidade e à moradia. Visando destacar o significado dessa mudança paradigmática, cabe dedicar algumas linhas à descrição sumária das genealogias das formas de regulação dos usos da terra no Brasil, anotando seus traços mais marcantes. Ainda que não se trate de incursão histórica de maior fôlego, este olhar para trás contribui para a adequada compreensão dos desafios contemporâneos colocados ao Direito Urbanístico brasileiro.

Com efeito, pode-se dizer que vingou no Brasil, até meados do século XIX, a velha tradição do direito comum europeu, com emanações legislativas quase integralmente providas do além-mar, ainda que sempre adaptadas e ressignificadas a partir das particularidades locais. No âmbito do direito de propriedade as coisas não foram diferentes. Ainda que cercada de particularidades locais e diferenças decisivas em relação à realidade europeia medieval⁶, a existência de características pré-modernas na regulação dos usos

⁶ Para uma excelente síntese sobre o direito de propriedade na ordem jurídica medieval, ver GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

da terra também se verificou no Brasil. Ao longo da empresa colonial e de parte importante do período imperial, a política de terras no país incorporou um misto de institutos feudais e mercantis carregados de flexibilidade, precariedade e informalidade, cujos contornos iam se adaptando às transformações demográficas e socioeconômicas pelas quais passava o Brasil.

Tal processo de modernização vinha acompanhado de mudanças profundas nos fundamentos da gestão da vida pública, incidindo na forma com que se concebia e praticava o direito. Esse *ethos* permeado pelo racionalismo iluminista característico do ideário liberal-republicano que marcava o novo desenho político do país encontrou desdobramento na conformação do direito de propriedade. A propriedade passa a ser concebida como um direito absoluto, pleno, tendencialmente perpétuo e essencialmente privado, não se sujeitando a limitações externas, conferindo a seu titular uma posição jurídica praticamente imune a limitações ou interferências externas⁷. Tal ideário reconfigura o direito de propriedade, “[...] a tal ponto que um dos principais elementos constitutivos das nascentes entidades políticas burguesas é a mais rígida proteção a eventuais ataques ao ‘sagrado’ e ‘absoluto’ direito de propriedade – e isso tanto da parte do Estado quanto de outros particulares”⁸. É a essa doutrina que se designa por “modelo proprietário”⁹.

Se essas concepções de propriedade já ecoavam na produção dos juristas brasileiros do século XIX, o reflexo no direito positivo só se fez sentir com o advento da Lei de Terras¹⁰, um marco jurídico de inserção do país no círculo capitalista moderno. O diploma legal transpõe ao menos três objetivos: a contenção de ocupações informais de terras devolutas, a formalização das propriedades por meio de titulações e o fomento da mão de obra imigrante nas lavouras. É bem verdade, porém, que a Lei de Terras pouco alterou as relações de dominação há muito estabelecidas, ainda que tenha servido para legitimá-las a partir de novas bases jurídicas. Do ponto de vista jurídico, tais relações, até então marcadas pelos laços de cunho pessoal e à

⁷HESPANHA, Antonio Manuel. **Direito luso-brasileiro no Antigo Regime**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 87-89.

⁸FONSECA, Ricardo Marcelo. A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, v. 17, 2005. p. 104.

⁹Segue-se a alcunha empregada por HESPANHA, Antonio Manuel, Op. cit., p. 92.

¹⁰BRASIL. **Lei de Terras**, Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850.

mercê dos desígnios da coroa, passam a assumir ao longo deste processo de modernização formas ditadas pelos proprietários e dependentes do mercado¹¹. Os ecos desse liberalismo pátrio relativo à propriedade, ainda se fazem sentir com indesejável constância na práxis jurídico-política referente aos conflitos urbanos, constituindo o denominado paradigma civilista, plasmado nas disposições do Código Civil¹².

2. O paradigma da nova ordem jurídico-urbanística brasileira

A Constituição Federal de 1988 é apontada por muitos estudiosos como o marco fundador do Direito Urbanístico brasileiro, já que pela primeira vez na história constitucional da República se deu visibilidade à questão urbana.¹³ O capítulo da Política Urbana foi resultado da Emenda Popular da Reforma Urbana, fruto de um amplo processo de mobilização de diversas entidades e movimentos sociais à época da Assembleia Nacional Constituinte. Mais de 130 mil assinaturas foram coletadas em todo o país visando incluir vinte e três artigos sobre política de desenvolvimento urbano na Constituição. Em função do conteúdo inovador da proposta, a emenda foi mutilada nos debates constituintes hegemonzados pelo bloco de centro-direita conhecido como “Centrão”, restando na Constituição apenas os arts. 182 e 183.¹⁴

O teor progressista do capítulo da Política Urbana, no entanto, foi preservado. Segundo as disposições constitucionais, o tratamento do direito de propriedade, quando o mesmo recair sobre um imóvel urbano, fica submetido à disciplina do Plano Diretor do município e deve ser exercido objetivando o pleno cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade. Além disto, foram incluídos instrumentos capazes de conferir efeitos jurídicos ao princípio da função social da propriedade, como o parcelamento e edificação compulsórios, o Imposto Predial e Territorial

¹¹FONSECA, Ricardo Marcelo, Op. cit., p. 122.

¹²BRASIL. **Código Civil**, Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹³ Cf., por exemplo, os textos reunidos em MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

¹⁴ Para um resgate do processo de constitucionalização da política urbana no Brasil, ver BASSUL, José Roberto. **Estatuto da Cidade: quem ganhou? Quem perdeu?** Brasília: Senado Federal, 2005.

Urbano progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública dos terrenos não edificados, não utilizados ou subutilizados. Por fim, uma nova modalidade de usucapião foi introduzida no ordenamento jurídico, baseando-se na utilização familiar do terreno para fins de moradia e reduzindo para cinco anos o prazo prescricional para aquisição do domínio. Todavia, muitas das disposições contidas no capítulo da Política Urbana não eram autoaplicáveis e demandavam a aprovação de uma lei federal regulamentando a matéria.

Por isso, a luta do movimento pela reforma urbana continuou após a promulgação da Constituição Federal, visando fazer com que o Congresso Nacional examinasse e aprovasse o projeto de lei do Estatuto da Cidade, o que só veio a ocorrer em 2001. Pela radical mudança promovida no tratamento do direito de propriedade urbana no Brasil e na regulação da política urbana, representando uma verdadeira ruptura paradigmática, o Estatuto da Cidade consolidou uma “nova ordem jurídico-urbanística”, termo cunhado por Edésio Fernandes e amplamente utilizado pelos doutrinadores do Direito Urbanístico.¹⁵

As razões pelas quais o Estatuto da Cidade marca a emergência de uma nova ordem jurídico-urbanística passam pelas características deste diploma legal: a) ruptura com o modelo civilista anterior à Constituição de 1988 e abandono do “modelo proprietário” no qual o direito de propriedade é exercido pelo proprietário com exclusividade e com prevalência da função econômica do bem; b) submissão da propriedade urbana, tanto pública quanto privada, ao princípio da função social da propriedade; c) urbanismo assumido como uma função pública e a cidade percebida como um bem coletivo; d) indicação de instrumentos jurídicos, tributários e urbanísticos para garantir a efetividade de princípios e diretrizes da política urbana; e) Plano Diretor reconhecido como lei ordenadora da política urbana, a ser elaborado com ampla participação popular e competente para fixar critérios e instrumentos para que os terrenos urbanos atendam a sua função social; f) democratização da gestão da política urbana; g) emergência de diversos direitos difusos e

¹⁵FERNANDES, Edesio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

coletivos. Quanto à última característica, destacam-se o direito à cidade sustentável como direito coletivo dos habitantes das cidades, entendido como um feixe de direitos urbanos ligados à infraestrutura e aos serviços, aliado ao direito à preservação do meio ambiente; o direito à regularização fundiária que garanta o direito à moradia digna, através da usucapião urbana coletiva ou individual e/ou da concessão de uso especial para fins de moradia, conforme a ocupação tenha se dado em área privada ou pública, respectivamente; e o direito à justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização, com recuperação pela coletividade da valorização imobiliária decorrente dos investimentos do Poder Público.

Considerando que antes da promulgação do Estatuto da Cidade os municípios exerciam a política urbana tendo por marco legal o Código Civil, a lei que fixa a pedra angular do Direito Privado, o giro paradigmático em direção ao Direito Público é notável. A propriedade deixa de ser assunto de interesse da órbita do proprietário para tornar-se um tema de debate coletivo, visando o pleno atendimento das funções sociais da cidade.

Ainda que os comandos tanto dos arts.182 e 183 da Constituição Federal quanto do Estatuto da Cidade estejam dirigidos prioritariamente ao Poder Executivo municipal (já que o município é o ente federativo competente para a execução da Política Urbana) e ao Poder Legislativo municipal (já que as Câmaras de Vereadores devem aprovar o Plano Diretor), também o Poder Judiciário deve observá-los. Da nova ordem jurídico-urbanística brasileira também resta claro que, ao analisar questões relacionadas à propriedade urbana (seja ela pública ou privada), deve o julgador atentar para o que estabelece a lei do plano diretor de cada município, que estabelece como a propriedade urbana atenderá a sua função social.

Em períodos de transição paradigmática, como o que atravessa o direito de propriedade urbana no Brasil, com a emergência da nova ordem jurídico urbanística, é bastante comum que movimentos de avanços institucionais, políticos, sociais e jurisprudenciais caminhem lado a lado com eventuais recuos, reveladores da influência exercida, ainda, pelo antigo paradigma. É justamente a fim de verificar em que momento de tal transição encontra-se o TJRS que se decidiu analisar a sua jurisprudência. Antes de

apresentar a metodologia seguida na pesquisa, entretanto, é necessário abordar, ainda que sucintamente, a questão do ativismo judicial no contexto brasileiro.

3. A questão do ativismo judicial

O ativismo judicial é definido, nas palavras de Luís Roberto Barroso, como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁶. Em seguida, deixando claro que não pretende listar exaustivamente os casos em que se observa a referida conduta, Barroso afirma que estes incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁷

No mesmo sentido, Lucas Konzen utiliza definição que muito se aproxima da visão articulada por Barroso, quando se refere ao fenômeno do ativismo como um dos resultados da nova ordem jurídico-urbanística na atuação jurisdicional do Estado brasileiro:

[...] fenômeno do ativismo judicial a respeito dos direitos sociais, sobretudo saúde e educação, o qual se relaciona com o surgimento de novas doutrinas sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais. É dizer, um esforço de criação jurisprudencial de interpretações inovadoras do direito positivo.¹⁸

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 25-26.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, Op cit., p. 25-26.

¹⁸ KONZEN, Lucas, Op. cit., p. 225.

A referência a tais textos serve para ilustrar o significado atualmente dominante no Brasil (e no mundo do direito continental de maneira geral) acerca do ativismo judicial. A judicialização de matérias que guardavam originariamente natureza exclusivamente política (advinda no Brasil das mudanças impostas pela nova ordem constitucional que seguiu a redemocratização), inserida no novo paradigma dogmático e político do constitucionalismo ocidental de fins do século XX servem para explicar essa compreensão. Com efeito, tal inovação levou à crise da concepção clássica da separação de poderes, na medida em que o Poder Judiciário assumiu o papel de protagonista na concretização dos conteúdos da Constituição e controlador dos limites da liberdade de conformação do Poder Legislativo.¹⁹

É natural, portanto, que a atuação desmedida do Judiciário no desempenho de suas novas funções, ofensiva à esfera de atuação dos outros Poderes (ativista, portanto) seja identificada como uma exacerbação de uma atuação que se pretende proativa e progressista, como são as posturas comissivas definidas pelos autores referidos.

O conceito de ativismo judicial que se pretende adotar aqui, no entanto, difere daquele adotado de maneira corrente, tal como pelos autores referidos. Isso porque a hipótese que informa a presente pesquisa pressupõe a existência de instrumentos legais consolidados pelo Estatuto da Cidade, que regulamenta de maneira exaustiva as disposições normativas relativas à Política Urbana definida pela Constituição Federal.

A outra premissa que compõe a hipótese aqui apresentada, ademais, é aquela segundo a qual o Poder Judiciário serve de instrumento ao conservadorismo civilista, em ofensa, precisamente, não só às disposições normativas de ordem constitucional, mas também (o que mais importa para a adjetivação de sua postura como ativista) à liberdade de atuação do Poder Legislativo, que sofre com o não reconhecimento de sua produção normativa e o esvaziamento de suas funções e prerrogativas.

Assim, não se pretende demonstrar um exemplo de ativismo judicial decorrente de “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na

¹⁹Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

concretização dos valores e fins constitucionais”, ou de “um esforço de criação jurisprudencial de interpretações inovadoras do direito positivo”, mas, pelo contrário, um ativismo judicial decorrente do apego à antiga ordem civilista, em detrimento da inovação realizada no plano do direito positivo em harmonia com a ordem constitucional vigente.

É importante referir, quanto a isso, que a adoção do conceito de ativismo judicial na designação de uma postura conservadora e omissiva do Poder Judiciário (conservadora porque tendente à manutenção de um estado de coisas; omissiva porque realizada a partir de um não fazer – no caso, com a não aplicação da legislação específica existente) não é inovadora. Em verdade, por mais estranha que possa parecer à luz do contexto do constitucionalismo atual, é exatamente essa a natureza das primeiras manifestações de ativismo judicial reconhecidas pela doutrina²⁰.

O que se pretende demonstrar a partir da análise da jurisprudência do tribunal selecionado, portanto, é a não recepção pelo Poder Judiciário do Estatuto da Cidade, especialmente no que tange aos direitos à cidade e à moradia. Tal opção é realizada em favor da utilização de um paradigma civilista na resolução de conflitos, inviabilizando, por sua vez, a concretização da política urbana consolidada no texto constitucional e maniatando o Legislativo através da neutralização de sua produção normativa.

4. Metodologia da pesquisa

A investigação realizada trabalhou com o método de abordagem hipotético-dedutivo, já que o trabalho orientou-se por uma hipótese de pesquisa bastante

²⁰Essa informação é trazida pelo próprio Barroso em seu artigo, ao citar o caso *Dred Scott v. Sanford* (1857), que representa a primeira vez, desde o célebre *Marbury v. Madison* (1803), em que a Suprema Corte estadunidense foi de encontro a um ato de outro poder (dessa vez, um ato normativo do Congresso dos EUA). Cf. BARROSO, Luís Roberto, 2012, Op. cit., p. 27. No caso, a Corte deixou de aplicar o Missouri Compromise, que vedava a escravidão em algumas partes deste estado, de maneira a rejeitar o apelo de *Dred Scott*, um homem negro escravizado que pretendia ter, com base em tal lei, a sua liberdade reconhecida. O fundamento legal para tanto, foi a dita incapacidade ad processum do negro. Tratou-se, pois, do uso de um argumento de natureza processual com o objetivo de negar vigência à lei existente, ofendendo a esfera de atuação do Poder Legislativo. Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 66; e US Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1856.

clara. A jurisprudência do TJRS seria capaz de revelar uma filiação do tribunal ao paradigma civilista em detrimento do paradigma da “nova ordem jurídico-urbanística” ao analisar e julgar situações envolvendo conflitos urbanos e instrumentos previstos na legislação. Além disso, ainda que eventualmente provocado pelas partes a analisar a incidência de princípios, diretrizes e instrumentos de política urbana estabelecidos pela Constituição Federal, Estatuto da Cidade, planos diretores e leis municipais capazes de assegurar efetividade à nova ordem, o TJRS optaria, majoritariamente, por aplicar a ordem civilista consubstanciada pelo Código Civil e Código de Processo Civil na análise dos casos concretos²¹.

O método hipotético-dedutivo pressupõe a necessidade de verificar a conformidade dos pressupostos teóricos, fatos e achados científicos com a hipótese preliminarmente adotada pela investigação. Assim, a hipótese poderá ser corroborada, refutada ou, finalmente, alterada, dado que os achados científicos são sempre provisórios; tratam-se de conjecturas e não podem ser vistos como absolutos ou indiscutíveis²². Coerentemente com o método de abordagem adotado, a hipótese originalmente formulada foi parcialmente alterada pela pesquisa jurisprudencial realizada, o que será detalhado nas conclusões.

Como método de procedimento, adotou-se o estudo de caso, posto que a jurisprudência analisada nesta investigação restringe-se a um único Tribunal de Justiça, o do Estado do Rio Grande do Sul, bem como foi recortada temporalmente, abarcando somente os acórdãos de 2011 a 2015. A justificativa para a escolha metodológica deste tribunal relaciona-se não apenas ao local de inserção geográfica do Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico da FMP, mas também a certo senso comum jurídico que prega ser o TJRS um dos tribunais mais progressistas do Brasil. Quanto ao marco temporal, optou-se por analisar a jurisprudência do tribunal após uma década de vigência do Estatuto da Cidade, visando afastar a possibilidade de alegação

²¹ Boa parte dos acórdãos analisados nesta investigação observa ainda o Código de Processo Civil de 1973. Recentemente, porém, ocorreu a promulgação do novo Código de Processo Civil de 2015. Cf. BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; e BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

²² Sobre a metodologia cf. POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1993; **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. Brasília: Editora da UNB, 1994.

de que os desembargadores do TJRS poderiam ainda não conhecer o teor da nova lei. Tal linha de argumentação seria indefensável, visto que, entre 2001 e 2011, dez anos se passaram, tempo suficiente para que o Estatuto da Cidade fosse conhecido e assimilado em suas potencialidades inovadoras.

Em relação às palavras-chave adotadas para fins de pesquisa jurisprudencial, foram selecionadas categorias reputadas como centrais para o Direito Urbanístico, relacionadas ao capítulo da Política Urbana da Constituição Federal, bem como às diretrizes preconizadas pelo Estatuto da Cidade e aos instrumentos da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. As palavras-chave pesquisadas no sistema de busca do TJRS foram as seguintes: “função social da propriedade urbana”, “funções sociais da cidade”, “direito à cidade”, “direito à moradia”, “plano diretor” e “usucapião urbana especial”.

Os resultados da análise dos julgados selecionados a partir dessas palavras-chave foram um tanto surpreendentes, levando a conclusões com grande poder explicativo acerca do que ocorre nas trincheiras do Poder Judiciário. Nas seções que se seguem, passa-se à discussão de cada uma dessas categorias, anotando-se sua importância para o Direito Urbanístico; ao detalhamento da pesquisa jurisprudencial realizada em relação a cada uma das palavras-chave; e, finalmente, à análise dos acórdãos identificados como representativos da posição majoritária do TJRS sobre cada um desses temas.

5. Pesquisa com a palavra-chave “plano diretor”

Os planos diretores revestem-se de uma importância central na política urbana brasileira. Conforme já sublinhado

[...] desde a Constituição Federal de 1988, os planos diretores, tidos como tradicionais instrumentos de ordenamento territorial dos municípios brasileiros, alteraram significativamente o seu papel. Isto porque o capítulo “Da Política Urbana” da Constituição Federal outorgou a execução de tal política aos municípios e estabeleceu que a função social da propriedade urbana é cumprida quando a mesma atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo Plano Diretor. Embora a disposição, a princípio, possa parecer inócua, acarreta imensa responsabilidade aos municípios, que passam a ser os

responsáveis pelo planejamento urbano da cidade e por determinar as regras para uso, parcelamento e ocupação de cada porção do território urbano, de tal forma a fazer com que a cidade como um todo atenda também às suas funções sociais²³.

Trata-se, portanto, de uma categoria estratégica na verificação da maneira como o TJRS vem analisando os casos em que instrumentos do Estatuto da Cidade são debatidos. A pesquisa em relação à palavra-chave “plano diretor”, buscada de forma isolada, resulta em 1.230 acórdãos. Quando “plano diretor” é combinado a “Estatuto da Cidade”, o resultado chega a 21 acórdãos que interessam diretamente à presente investigação. Deste total foram excluídos aqueles que tratavam de matéria processual e que fugiam do marco temporal focado na investigação, restando selecionados 10 acórdãos.

Na maior parte dos acórdãos analisados o principal tema debatido, em sede de Ações Cíveis Públicas, diz respeito à ausência de participação popular durante o processo de elaboração do plano diretor, violando o procedimento estabelecido pelo Estatuto da Cidade e inobservando um dos pilares da nova ordem jurídico-urbanística brasileira que é a gestão democrática da política urbana. Neste tipo de ação, o TJRS tem adotado uma posição claramente identificada com o paradigma estabelecido pelo Estatuto da Cidade, anulando os planos diretores aprovados sem participação popular e condenando os municípios a retomar o processo de elaboração dos mesmos tomando as providências necessárias para garantir a participação como, por exemplo, a realização de audiências públicas.

Emblemático desta posição do TJRS é o acórdão exarado na Apelação Cível 70057716334. No caso, o Município de Sapiranga apelou dizendo que já tinha tomado providências e realizado as audiências públicas exigidas pelo Estatuto da Cidade, mas não tinha culpa se poucas pessoas compareceram. O que chama atenção nesta decisão é o fato de que todos os dispositivos do Estatuto da Cidade relacionados à matéria foram colacionados no voto do relator e, mais do que isso, os argumentos do ente municipal foram afastados, adotando-se o parecer do Ministério Público que dizia, *in verbis*:

²³ALFONSIN, Betânia de Moraes. Planejamento urbano e plano diretor no contexto de gestão democrática pós-Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, v. 1, n. 1, p. 33-49, 2015. p. 36.

No presente caso, ao que tudo indica, não foi atendida a necessária participação do público no processo de elaboração do plano aprovado pela Câmara.

Pela documentação acostada, percebe-se que foram realizadas duas audiências públicas, nos dias 03 e 10 de dezembro de 2010, ambas na sede da Câmara de Vereadores, situada no centro da cidade [...]. À primeira, compareceram 77 pessoas, número que inclui pessoal da prefeitura, enquanto que a segunda contou com a presença de 50 participantes. Tais números são insignificantes para um município de quase 75.000 habitantes. Por outro lado, não foi realizada qualquer audiência ou outro tipo de consulta nos bairros mais afastados.

Sabe-se que o tema plano diretor é extremamente complexo e que o povo brasileiro ainda não está acostumado a participar ativamente das questões públicas. Mas não tendo a requerida demonstrado as formas utilizadas para divulgação das audiências, não há como presumir que foi dada ampla e prévia publicidade ao ato.²⁴

Vale destacar como a exigência de participação popular é aferida com radicalidade, mencionando o relator que “os depoimentos das testemunhas são consistentes e enfáticos, demonstrando que os grupos de trabalho, que deveriam auxiliar na elaboração do Plano Diretor, foram criados apenas em caráter formal”²⁵. Finalmente, cabe salientar que voto do relator censura a realização de audiências públicas meramente homologatórias, salientando que “a participação popular nas audiências públicas foi reduzida, sem votações, com apenas aprovação de um projeto global previamente digitado”²⁶. Além disto, foi mantida a multa diária, fixada pela juíza de primeiro grau, enquanto o município não cumprisse com a obrigação de reelaborar o Plano Diretor observando plenamente o Estatuto da Cidade.

Assim como neste acórdão, em vários outros, envolvendo municípios até mesmo de médio porte, a mesma orientação jurisprudencial foi adotada, fixando o entendimento de ser necessária a observância da participação popular na elaboração do plano diretor. A análise, portanto, leva a crer que a nova ordem jurídico-urbanística é acatada pelo TJRS nestes casos. Observa-se, no entanto, que o réu é um ente público, no caso, um município. O achado de

²⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70057716334**. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Porto Alegre, 16 de abril de 2014.

²⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Op. cit.

²⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Op. cit.

pesquisa deve ser levado em consideração nas conclusões da investigação, embora deva ser cotejado, para tanto, com outros casos em que os detentores do título de propriedade não são entes estatais, a exemplo de conflitos territoriais envolvendo posse e propriedade em ações de usucapião especial urbana para fins de moradia.

6. Pesquisa com as palavras-chave “direito à cidade” e “função social da cidade”

O direito à cidade é o núcleo internacionalmente reconhecido do Direito Urbanístico, é um direito coletivo dos habitantes da cidade que engloba direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, urbanísticos e ambientais, objetivando a distribuição equitativa, universal, justa, democrática e sustentável dos recursos oferecidos pelas cidades²⁷. Faz-se presente na Constituição Federal (arts. 182 e 183), no Estatuto da Cidade (art. 2º, I) e em diversas leis urbanísticas. A função social da cidade, por sua vez, interessa aos habitantes da cidade como meio de concretizar o direito à cidade, exigindo a adoção de políticas de desenvolvimento urbano a fim de ordenar o espaço garantindo qualidade de vida aos habitantes da cidade (art. 182, *caput*, da Constituição Federal).

Pesquisou-se acórdãos do TJRS, de 2011 a 2015, que contivessem a palavra-chave “direito à cidade”, e, de forma surpreendente, não foram encontradas decisões que abordassem esta temática. Constatou-se, com a pesquisa, que a ausência de acórdãos reflete a provável ausência de judicialização do direito à cidade, categoria que está no centro da nova ordem jurídico-urbanística. A omissão na atuação de órgãos como a Defensoria Pública e o Ministério Público, que têm a função institucional de defender a ordem urbanística, incentiva, inadvertidamente, este tribunal a manter o

²⁷²⁷ A Carta Mundial pelo Direito à Cidade é documento chave no processo de mobilização internacional pelo reconhecimento, pelas Nações Unidas, do direito à cidade como um direito humano. Embora proposta por movimentos sociais, foi capaz de incluir o direito à cidade no centro da agenda urbana a ser debatida pela Conferência HABITAT III, que se realiza em Quito, em outubro de 2016. Cf. CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE. Disponível em <http://www.forumreformaurbana.org.br/biblioteca/59-biblioteca/manifestos-e-cartas/211-carta-mundial-pelo-direito-a-cidade>. Acesso em: 22 de mar. 2016.

“modelo proprietário”, que privilegia os direitos dos proprietários, ao invés de exigir o cumprimento de seus deveres, olvidando-se que toda a propriedade deve cumprir a sua função social.

Por outro lado, concluiu-se que a jurisprudência vem, pontualmente, aplicando a nova ordem jurídico-urbanística em detrimento do paradigma civilista para discutir, por exemplo, questões ligadas às funções sociais da cidade, e reconhecendo, pouco a pouco, essa inovadora categoria à qual o direito à cidade está intimamente articulado. Pesquisou-se, portanto, acórdãos deste tribunal que apresentassem a palavra-chave “função social da cidade”. A busca resultou em 41 acórdãos, sendo que apenas 11 efetivamente abordavam a temática da função social da cidade, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 70053930061²⁸. Escolheu-se este julgado para fins de análise por ser o mais recente e mais relevante dentre aqueles que mencionam a temática da função social da cidade.

Neste julgamento, realizado pelo Órgão Especial do TJRS, foi declarada a inconstitucionalidade de Lei Complementar do Município de Porto Alegre, por ter sido editada sem participação popular, exigida constitucionalmente, para deliberar sobre proposta de alteração do plano diretor, em especial, sobre desafetação de áreas verdes para uso habitacional e transformação de Áreas de Proteção de Ambiente Natural e Áreas de Ocupação Rarefeita em Áreas Especiais de Interesse Social, não observando o art. 177, §5º, da Constituição Estadual,²⁹ e os arts. 1º, *caput*, e § único, e 29, XII, da Constituição Federal. O Município afirmou que a participação popular foi promovida quando o Projeto de Lei foi encaminhado ao Conselho Municipal do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental. Ocorre que a participação deste Conselho não é a única forma de participação democrática, por tratar-se de órgão consultivo, constituído por indicações da municipalidade e sistema de representação popular, sendo indispensável a realização de audiências, discussões ou consultas públicas, sob pena de violar o princípio constitucional da participação popular no planejamento urbano (arts. 29, XII, 30, VIII, e 182,

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Especial. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 70053930061**. Relator: João Barcelos de Souza Junior. Julgado em 18 de maio 2015.

²⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**, Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03 de outubro de 1989.

da Constituição Federal, 177, §5º, da Constituição Estadual; e 2º, II, e 40, §4º, do Estatuto da Cidade).

O debate entre os membros do Órgão Especial foi sobre a eficácia da decisão sobre a inconstitucionalidade, se desde o ajuizamento da ação, a partir do julgamento ou do trânsito em julgado. Entendendo que a modulação dos efeitos para o ajuizamento da ação resultaria em uma decisão de difícil execução, foi decidido, por maioria, que seria eficaz a partir do julgamento, para preservar situações fático-jurídicas criadas e consolidadas pela lei declarada inconstitucional. A discussão acerca das funções sociais da cidade restou restrita à dicção legal do termo na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, não havendo, no acórdão analisado, maior desenvolvimento do seu conteúdo. De toda forma, o debate exigiu que os membros do Órgão Especial se manifestassem sobre a temática, o que demonstrou desconhecimento de muitos magistrados sobre o Direito Urbanístico.

7. Pesquisa com palavra-chave “função social da propriedade urbana”

O direito à propriedade não pode ser visto como um direito apenas individual, tendo em vista a característica intrínseca imposta pela Constituição Federal de que deve cumprir uma função social.³⁰ Porém, apesar de tal entendimento, na análise de como o TJRS interpreta as normas— tanto as constitucionais quanto as especiais do Estatuto da Cidade— percebe-se que os efeitos jurídicos que o princípio da função social da propriedade deveria gerar nos casos concretos muitas vezes não se verificam pela interpretação equivocada das normas existentes e devido à hegemonia do “modelo proprietário”.³¹

Utilizando a palavra-chave “função social da propriedade urbana” a primeira busca elencou 3.210 acórdãos. Eliminando os relativos ao IPTU progressivo e outros que versavam sobre temas estranhos à análise, a busca

³⁰SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³¹ALFONSIN, Jacques Távora. **Das legalidades injustas às (i)legalidades justas: estudos sobre direitos humanos, sua defesa por assessoria jurídica popular em favor de vítimas do descumprimento da função social da propriedade**. Porto Alegre: Armazém Digital, 2013.

depurada elencou 41 acórdãos, dos quais apenas quatro fazem referência à nova ordem jurídico-urbanística em sua fundamentação.

Dois desses acórdãos merecem uma análise mais detalhada. A Apelação Cível 70065098865 foi escolhida tendo em vista priorizar não só as disposições do Código Civil, mas também da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, enfatizando o direito à moradia ao invés do direito à propriedade. O caso trata de uma ação de usucapião especial para fins de moradia referente a um imóvel pertencente a uma incorporadora imobiliária. Com a sentença de procedência, a empresa alegou em apelação que a autora não preenchia os requisitos para a usucapião pretendida. Porém, o TJRS manteve a sentença e embasou a decisão na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Cidade, explicando que tal modalidade de usucapião visa sancionar o proprietário que não cumpre a função social da propriedade. Chama a atenção, ainda, o fato do relator do acórdão defender que o direito à moradia deve se sobrepor ao mero direito à propriedade, por se tratar de direito fundamental implicitamente ligado à dignidade da pessoa humana:

O direito à moradia previsto na Constituição Federal é essencial à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e do acesso à terra urbana e rural, bem como ao trabalho. Ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano. Para cada indivíduo desenvolver suas capacidades e até se integrar socialmente, é fundamental possuir moradia.

Trata-se de questão relacionada à própria sobrevivência, pois dificilmente se conseguiria viver por muito tempo exposto aos fenômenos naturais, sem qualquer abrigo. O provimento dessa necessidade passa evidentemente pelo espaço físico, pelo "pedaço de terra", mas em razão do processo de civilização acaba sempre por requerer mais do que isso.³²

Já o Agravo Interno em Agravo de Instrumento 70047281241 priorizou o direito do proprietário em detrimento do direito à moradia. Trata-se de caso envolvendo uma reintegração de posse em face de uma ocupação tratada pelo tribunal como "invasão coletiva urbana". Nos termos da ementa do julgado, os magistrados entenderam que segurança jurídica exige reconhecer a "prevalência do direito do possuidor, em detrimento do direito dos invasores,

³²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70065098865**. Relator: Giovanni Conti. Julgado em 13 ago. 2015.

na medida em que presentes os requisitos do art. 927 do CPC, ainda que os esbulhadores não tenham outro local para residir”.³³Os julgadores, ao cotejar a pretensão do proprietário de reaver a coisa e a dos ocupantes de permanecer no imóvel para fins de moradia, revelam um desprezo pelo princípio da função social de propriedade.

8. Pesquisa com palavra-chave “usucapião especial urbana”

A usucapião especial urbana para fins de moradia é um dos principais instrumentos garantidores da segurança da posse de milhares de famílias brasileiras. Concebido para dar efetividade à função social da propriedade, o instrumento opera uma prescrição aquisitiva pela qual o posseiro que deu à terra uma função social (moradia) adquire a propriedade de forma originária, já que o proprietário não se opôs à posse. Embora o instrumento exista desde a promulgação da Constituição Federal (art. 183), ao regulamentá-lo o Estatuto da Cidade (arts. 9º a 14) introduziu a modalidade de usucapião coletiva, legitimando as composes de famílias de baixa renda em áreas de ocupação irregular consolidada.

Utilizando-se na busca o termo “usucapião especial urbana” tem-se 91 acórdãos, sendo que o Estatuto da Cidade é referido em 13. Apenas nove detêm-se sobre a questão do cumprimento dos requisitos para que seja reconhecida a aquisição pela posse. Deste total, quatro foram desconsiderados na análise, pois tratam de questões processuais incidentais.

Um dos requisitos previstos para a usucapião especial urbana refere-se ao tamanho do imóvel. Neste sentido, ao menos três acórdãos sustentam a impossibilidade de que a usucapião especial urbana se dê nos casos em que os imóveis ocupados tenham área superior a 250 m², mesmo quando o possuidor pretenda ter reconhecida a aquisição da propriedade pelo uso de área inferior

³³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. **Agravo Interno em Agravo de Instrumento 70047281241**. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 29 mar. 2012.

ao total do lote³⁴. Percebe-se a reticência do tribunal em interpretar o Estatuto da Cidade de maneira sistemática e condizente com o objetivo de assegurar a posse àqueles que façam cumprir a função social de imóveis urbanos.

Dos acórdãos que não fazem referência ao Estatuto da Cidade, dois chamam a atenção por destacarem o princípio da função social da propriedade. Na Apelação Cível 70043753961, foi reformada a sentença de primeiro grau que julgou procedente uma ação reivindicatória, acolhendo a exceção de usucapião especial urbana arguida pela defesa, na forma da Constituição Federal e do art. 1.240 do Código Civil. No caso, o objeto de disputa era um apartamento localizado em um edifício abandonado que se encontrava ocupado. O acórdão cita parecer do Ministério Público que fez referência à função social da propriedade, que estaria sendo descumprida pelos proprietários. É o que se lê no voto da relatora:

Há contradições relevantes da parte dos autores a formar a convicção de que: 1) o prédio não foi esvaziado para uma reforma, mas simplesmente desativado (descumprindo a função social que cumpre à propriedade desempenhar); [...] 4) caracterizou-se o abandono do prédio, a tal ponto de os autores mencionarem mais de uma “invasão” e não lograram apresentar prova documental segura nem mesmo prova testemunhal acerca de quando ocorreram e suas circunstâncias [...].³⁵

Já a Apelação Cível 70054589924 impressiona pelo desconhecimento dos magistrados quanto ao conceito da função social da propriedade. No caso, o colegiado manteve, de forma unânime, a decisão de primeiro grau que determinara a imissão de posse de um apartamento, afastando a tese defensiva da demandada em exceção de usucapião especial urbana. No caso, o princípio da função social da propriedade não é compreendido na sua dimensão social, mas, muito pelo contrário, numa perspectiva privatista. Isto é, ao invés de ser tomado como um princípio de limitação do direito individual

³⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 20ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70062599519**. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgado em 17dez. 2014; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70043395045**. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 22ago. 2013; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70043903145**. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 15set. 2011.

³⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70043753961**. Relatora: Liege Puricelli Pires. Julgado em 12abril. 2012.

à propriedade, em favor do interesse público quanto ao modo de uso de bens imóveis, o princípio é visto como exemplo de garantia do cidadão contra o Estado. Em resposta ao tópico da demandada em que o pedido de manutenção na posse do imóvel era justificado pelo fato de os demandantes não terem cumprido a função social, o relator referiu:

Em que pese os argumentos dos apelantes, de que a propriedade urbana deve ser protegida pelo Estado, atendendo a sua função social, o referido princípio não permite a supressão da instituição da propriedade privada.

A função social da propriedade constitui, pois, uma garantia à pessoa, que não pode ser privada do seu patrimônio de forma arbitrária. Porém, tratando-se de bem particular, com posse precária por parte dos requeridos, nos termos dessa fundamentação, afastou a pretensão³⁶.

Em síntese, é possível perceber a reticência do TJRS em utilizar o Estatuto da Cidade como fundamento legal em discussões que versem sobre a modalidade da usucapião especial urbana. Nesse sentido, importa referir que é significativa a interpretação dada pelo tribunal no tocante ao tamanho dos imóveis aos quais se aplica a usucapião especial urbana e a dificuldade no manejo de conceitos elementares da nova ordem jurídico-urbanística, tal qual o princípio da função social da propriedade.

9. Pesquisa com palavra-chave “direito à moradia”

O direito à moradia adequada foi consagrado pela comunidade internacional, especialmente pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966³⁷. Com o objetivo de conceituar o direito à moradia adequada previsto no art. 11.1 do PIDESC, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais lançou o Comentário Geral nº 4, demonstrando que este direito deve ser interpretado de forma ampla, no sentido de garantir que todas as pessoas tenham acesso a

³⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 19ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70054589924**. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgado em 18jun. 2013.

³⁷ Ver o Decreto que internalizou o PIDESC. BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992.

um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, com dignidade e saúde. Ainda, o Comitê explicitou sete elementos que devem ser respeitados para que a moradia seja qualificada como adequada: a) segurança legal da posse; b) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; c) custo acessível; d) habitabilidade; e) localização; e f) adequação cultural³⁸.

Além disso, posteriormente, o Comitê editou o Comentário Geral nº 7, assegurando a todas as pessoas, se assim optarem, o direito de permanecer no local onde fixaram habitação, ainda que irregularmente. Nos casos excepcionais de remoção, que se justificam apenas em razão de relevante interesse coletivo, os Estados têm o dever de tomar certas precauções e providências, de modo a observar os direitos fundamentais, garantir acesso a remédios legais contra o despejo ou deslocamento forçado e indenizar eventuais danos que os atingidos venham a sofrer³⁹. Oportuno ressaltar que este Comentário “incumbiu os governos de garantir alternativa de moradia àqueles que sofreram despejo, sejam legais ou ilegais”⁴⁰, de forma que, concomitantemente ao processo de remoção, elabore-se um plano de reassentamento. Além de prover o auxílio necessário à mudança, os Estados restam obrigados a assegurar uma nova moradia aos atingidos antes da execução da remoção.

Neste contexto, o direito à moradia integra o rol de direitos sociais fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, incumbindo ao Estado a sua promoção, viabilização e proteção.⁴¹ Já no tocante à normativa infraconstitucional, foi o Estatuto da Cidade que integrou expressamente o direito à moradia ao direito à cidade sustentável, prevendo diversos instrumentos urbanísticos a serem utilizados pelo Poder Público com vistas à sua concretização evidenciando que não há como falar em ordenação das cidades, função social da propriedade, e, em última análise, em direito à cidade, sem falar em moradia adequada.

³⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 4**, de 13 de dezembro de 1991.

³⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 7**, de 20 de maio de 1997.

⁴⁰CARMONA, Paulo Afonso. **Curso de direito urbanístico**. São Paulo: Juspodivm, 2015. P. 281.

⁴¹Ainda que a Constituição Federal de 1988 contemple implicitamente o direito à moradia em diversos dispositivos, a moradia passou a integrar o rol do art. 6º por força da Emenda Constitucional n. 26/2000.

Em relação aos resultados da pesquisa jurisprudencial, inicialmente, buscou-se apenas o termo “direito à moradia”, o que resultou em 2.430 acórdãos, sendo pouquíssimos relacionados à aplicação ou não do Estatuto da Cidade. A maior parte versava sobre a impenhorabilidade de imóveis residenciais, considerados bens de família. Em face disso, pesquisou-se o termo combinado com “plano diretor”, encontrando-se sete acórdãos.

Para uma análise mais detalhada, selecionou-se a Apelação Cível 70041790338, interposta contra sentença que julgou procedente ação demolitória ajuizada pelo Município de Três Coroas, condenando a demandada ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na demolição de sua edificação, onde residia com sua filha e seus netos. No voto, o relator mantém a decisão de primeiro grau, sustentando que o imóvel está localizado em Área de Preservação Permanente (APP), não tendo respeitado o estabelecido no Plano Diretor e no Código de Obras Municipal, assim como as Leis de Parcelamento do Solo e o Código Florestal. Alega, ainda, que a edificação está situada em área de risco, não podendo prevalecer, nesse caso, o direito à moradia ⁴². Note-se, primeiramente, que a referida decisão ignora a possibilidade de regularização de moradia localizada em área de preservação permanente prevista no art. 54 da Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida.⁴³ Ademais, ignora o direito à moradia adequada, uma vez que, ao impor à família da apelante a demolição da moradia, deixa de obrigar o Município a garantir os direitos fundamentais das pessoas atingidas pela remoção, inclusive o de proporcionar moradia digna em outro local.

Também foi selecionada uma decisão mais recente, o Agravo de Instrumento 70065581704, interposto no bojo de uma ação demolitória. Salta aos olhos o desconhecimento do tribunal quanto à possibilidade de regularização de habitações precárias construídas em APPs. Entenderam os magistrados pela impossibilidade de regularização das construções clandestinas, impondo a sua demolição. Restou expresso na decisão que o

⁴²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70041790338**. Relator: Francisco José Moesch. Julgado em 17 ago. 2011.

⁴³ Em tese, nas APPs não poderia haver ocupação humana. Cf. BRASIL. **Lei das Áreas de Proteção Permanente**. Lei Federal nº. 12.651, de 25 de maio de 2012. No entanto, passou-se a admitir, por interesse social, que os municípios promovam a regularização fundiária de assentamentos humanos consolidados de baixa renda em APPs. Cf. BRASIL. **Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida**. Lei nº. 11.977, de 07 de julho de 2009.

direito à moradia não é absoluto, mas antes se subordina às regras postas nas leis de proteção ambiental e nas posturas municipais, que, no caso, não foram atendidas.⁴⁴

Da análise das decisões, percebeu-se que o TJRS ignora a possibilidade de regularização fundiária em APPse que, mesmo com o passar dos anos, não houve a atualização da jurisprudência. Na prática, tal entendimento acaba por violar o direito humano à moradia adequada.

Considerações finais

A pesquisa jurisprudencial conduz à conclusão de que, ainda que o Estatuto da Cidade tenha sido promulgado há 15 anos, a regulação da política urbana brasileira atravessa uma fase que pode ser caracterizada como de transição paradigmática. As trincheiras do Poder Judiciário são um campo privilegiado para a avaliação do estágio em que se encontra tal disputa paradigmática.

Da análise realizada na presente investigação conclui-se ainda que:

- a) A recepção da nova ordem jurídico-urbanística pelo TJRS, embora exista, é tímida e transparece uma clara hegemonia do “modelo proprietário”, que pode ser percebida por opções feitas pelos magistrados ao julgar os casos concretos em que as situações objeto de análise são reguladas ao mesmo tempo pelo Código Civil e pelo Estatuto da Cidade. A tendência, na maior parte dos casos analisados, é a de citar os dispositivos do Código Civil ou da Constituição Federal, desprezando a regulação do Estatuto da Cidade. Tal tendência fica clara, por exemplo, nas discussões sobre o atendimento da função social da propriedade em conflitos envolvendo posse e na maior parte das ações de usucapião especial urbana;
- b) A “fuga” do Estatuto da Cidade na fundamentação dos acórdãos implica em uma invisibilização da nova ordem jurídico

⁴⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento 70065581704**, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em 13 jul. 2015.

urbanística, no que poderia ser caracterizado como uma espécie de “ativismo judicial às avessas”, já que, majoritariamente, as decisões negam densidade jurídica ao Estatuto da Cidade, legislação vigente e, na maior parte das vezes, de evidente aplicabilidade aos casos analisados;

c) Essa peculiar forma de ativismo judicial revela uma “naturalização” do “modelo proprietário”, seguida pela ideia de que a concretização de direitos sociais deve se dar exclusivamente por meio da atuação do Poder Executivo. Exemplificativamente, constata-se que a receptividade do Estatuto da Cidade é maior quando no polo passivo encontra-se o Poder Público, como fica claro da análise dos casos em que planos diretores foram aprovados sem a realização de audiências públicas. Nestes casos em que o resultado da prestação jurisdicional constitui obrigações endereçadas ao Poder Público, a postura típica do TJRS é de acatar a nova ordem jurídico-urbanística e condenar os municípios. Note-se, no entanto, que, nesta situação, o “modelo proprietário” não está sendo propriamente questionado;

d) A ausência de acórdãos referindo categorias como “direito à cidade” é altamente reveladora do desconhecimento desse direito coletivo dos habitantes das cidades não só pelos desembargadores do TJRS, mas também dos operadores jurídicos que promovem a defesa de comunidades de baixa renda em conflitos territoriais ou em outras demandas envolvendo os direitos urbanos abarcados pelo direito à cidade. Se não há decisões envolvendo “direito à cidade”, pode-se inferir que há poucas petições referindo o tema e que, portanto, a Defensoria Pública e o Ministério Público também se omitem na promoção da nova ordem jurídico-urbanística;

e) A escassez de debates envolvendo o Direito Urbanístico também é, possivelmente, fruto da escassa oferta de conteúdos de Direito Urbanístico nas disciplinas dos cursos jurídicos no país. Sem formação na área, os magistrados que chegam ao TJRS aplicam a legislação civil que conhecem. O currículo das faculdades

de Direito tem, certamente em boa medida, responsabilidade pela hegemonia do “modelo proprietário” no âmbito do Poder Judiciário;

f) Um reflexo da lentidão com que o paradigma da nova ordem jurídico-urbanística difunde-se no seio do Poder Judiciário pode ser identificado na catalogação dos casos envolvendo questões urbanísticas pelo Departamento de Biblioteca e de Jurisprudência do TJRS. Para fins de classificação dos acórdãos envolvendo Direito Urbanístico, as decisões são catalogadas como “Direito Público não especificado” ou, em alguns casos, como “Direito Administrativo”. O expediente revela uma marginalização e invisibilização do Direito Urbanístico na jurisprudência do TJRS, distorcendo resultados e dificultando a realização de investigações científicas.

Finalmente, conclui-se que a nova ordem jurídico-urbanística brasileira ainda tem um largo caminho a percorrer até vir a ser reconhecida, judicializada e efetivamente aplicada nas trincheiras do Poder Judiciário. Essa conclusão deriva da constatação de que as transições paradigmáticas profundas não se dão com a mera aprovação de uma lei, mas que dependem, fundamentalmente, de mudanças em uma cultura jurídica ainda bastante influenciada pelo “modelo proprietário”. A transição de um modelo centrado no direito de propriedade para um modelo centrado na função social da propriedade promove uma ruptura jurídica, social, econômica e cultural muito profunda, limitando os poderes dos proprietários e aumentando os poderes do Poder Público na condução de uma política urbana voltada para a garantia de uma cidade para todos e todas.

Uma triste comparação histórica pode ilustrar as resistências encontradas pela nova ordem jurídico-urbanística para sua plena efetividade. Como se sabe, a abolição da escravatura no Brasil foi levada a cabo pela Lei Áurea em 1888, mas não faltaram proprietários de escravos a reclamar a violação de seus “direitos adquiridos” e, ainda hoje, mais de cem anos depois, os fiscais do Ministério do Trabalho localizam trabalho escravo em fazendas do interior do Brasil. Talvez a ruptura paradigmática que a nova ordem jurídico-urbanística promove em relação ao “modelo proprietário” seja de idêntica

envergadura, o que explicaria a resistência enfrentada pela nova ordem nas instâncias judiciais. Esta é uma importante agenda de pesquisa no Brasil, inclusive para que se efetive a tutela do direito à cidade, centro da nova ordem jurídico-urbanística.

Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Planejamento urbano e plano diretor no contexto de gestão democrática pós-Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, v. 1, n. 1, p. 33-49, 2015.

ALFONSIN, Betânia. A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico Comparado. Tese de Doutorado. Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

ALFONSIN, Jacques Távora. Das legalidades injustas às (i)legalidades justas: estudos sobre direitos humanos, sua defesa por assessoria jurídica popular em favor de vítimas do descumprimento da função social da propriedade. Porto Alegre: Armazém Digital, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

BASSUL, José Roberto. Estatuto da Cidade: Quem ganhou? Quem perdeu? Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Código Civil, Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Federal nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Constituição Federal, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Estatuto da Cidade, Lei Federal nº10. 257, de 10 de julho de 2001.

BRASIL. Lei das Áreas de Proteção Permanente. Lei Federal nº. 12.651, de 25 de maio de 2012.

BRASIL. Lei de Terras, Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850.

BRASIL. Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida. Lei nº. 11.977, de 07 de julho de 2009.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Decreto nº. 591, de 06 de julho de 1992.

CARMONA, Paulo Afonso. Curso de direito urbanístico. São Paulo: Juspodivm, 2015.

CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE. Disponível em: <http://www.forumreformaurbana.org.br/biblioteca/59-biblioteca/manifestos-e-cartas/211-carta-mundial-pelo-direito-a-cidade>. Acesso em: 22 de mar. 2016

FERNANDES, Edesio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 31-64.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. Anuario Mexicano de Historia del Derecho, v. 17, 2005. p. 97-112.

GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. Direito luso-brasileiro no Antigo Regime. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KONZEN, Lucas. Conflictos urbanos y activismo judicial en Brasil: el caso Pinheirinho. In: AZUELA, Antonio; CANCINO, Miguel Angelo (Orgs). Jueces y conflictos urbanos en América Latina. IRGLUS: México, 2014. p. 223-246.

MALDONADO COPELLO, Maria Mercedes. El proceso de construcción del sistema jurídico colombiano: entre reforma urbana y ordenamiento territorial. In: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.). Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 25-58.

MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 4, de 13 de dezembro de 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n.7, de 20 de maio de 1997.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1993.

POPPER, Karl. Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico. Brasília: Editora da UNB, 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição Estadual, Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03 de outubro de 1989.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível 70065098865. Relator: Giovanni Conti. Julgado em 13 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível 70043753961. Relatora: Liege Puricelli Pires. Julgado em 12 abril. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. Agravo Interno em Agravo de Instrumento 70047281241. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 29 mar. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível 70043395045. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 22 ago. 2013;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível 70043903145. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em 15 set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 19ª Câmara Cível. Apelação Cível 70054589924. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgado em 18 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 20ª Câmara Cível. Apelação Cível 70062599519. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgado em 17 dez. 2014

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível 70041790338. Relator: Francisco José Moesch. Julgado em 17 ago. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível 70057716334. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Julgado em 16 de abril 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 70065581704, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em 13 jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade 70053930061. Relator: João Barcelos de Souza Junior. Julgado em 18 de maio 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos Santos; MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). Os planos diretores municipais Pós Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

US Supreme Court, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 1856.