



Órgão : 2ª CÂMARA CÍVEL
Classe : EMBARGOS INFRINGENTES
N. Processo : **20130111408987EIC**
(0007799-20.2013.8.07.0018)
Embargante(s) : AGEFIS AGENCIA DE FISCALIZACAO DO DISTRITO FEDERAL
Embargado(s) : GREGORIO DE SOUZA NERI NETO, ALESSANDRO ARAUJO DE FRANCA, MARIA HELENA ALVES FOLHA, HELIO SOARES DA SILVA
Relator : Desembargador JOSÉ DIVINO
Revisor : Desembargador SÉRGIO ROCHA
Acórdão N. : 949150

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. EDIFICAÇÃO IRREGULAR. ÁREA PÚBLICA. DEMOLIÇÃO. PODER DE POLÍCIA. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE.

I - Não há irregularidade na atuação da Administração Pública que no exercício do poder de polícia coíbe a ocupação desordenada e a construção de edificações em desacordo com as normas legais, mormente quando efetivadas em áreas públicas.

II - O ato administrativo goza da presunção de legitimidade e legalidade, a qual somente pode ser afastada mediante prova inequívoca em sentido contrário.

III - Não obstante a obrigação do Estado em oferecer condições dignas de moradia aos cidadãos, tal garantia constitucional se realiza por meio de programas de governo próprios, para os quais há necessidade de regular inscrição e atendimento de requisitos legais.

IV - Deu-se provimento ao recurso.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **2ª CÂMARA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **JOSÉ DIVINO** - Relator, **SÉRGIO ROCHA** - Revisor, **JOÃO EGMONT** - 1º Vogal, **ROMEU GONZAGA NEIVA** - 2º Vogal, **JAMES EDUARDO OLIVEIRA** - 3º Vogal, **CARLOS RODRIGUES** - 4º Vogal, **ANA MARIA AMARANTE** - 5º Vogal, **JAIR SOARES** - 6º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **MARIO-ZAM BELMIRO**, em proferir a seguinte decisão: **EMBARGOS CONHECIDOS. PROVIDOS. MAIORIA**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 23 de Maio de 2016.

Documento Assinado Eletronicamente

JOSÉ DIVINO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento proposta por GREGORIO DE SOUZA NERI NETO e outros em face da AGÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL – AGEFIS, alegando, em síntese, que residem a aproximadamente cinco anos no Condomínio Sol Nascente, localizado na cidade satélite de Ceilândia e que, embora seja área pública pertencente a TERRACAP, é passível de regularização. Depois, são pessoas pobres e que não possuem outro local para residir com suas famílias, razão pela qual deve lhes ser garantido o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana. Pedem a condenação da ré na obrigação de não fazer, consistente em não demolir suas residências.

A ação foi julgada improcedente (fls. 102/107).

A egrégia Terceira Turma Cível, por maioria, deu provimento à apelação dos autores para julgar procedente o pedido (fl. 135/143).

O voto minoritário manteve a sentença.

Daí os embargos infringentes almejando a prevalência do voto minoritário (fl. 146/160).

O recurso foi contrariado (fls. 181/185).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A embargante pretende a prevalência do voto minoritário que manteve a sentença que julgou improcedente a ação de conhecimento proposta pelos embargados a fim de impedir a demolição de suas residências localizadas no Condomínio Sol Nascente - Ceilândia/DF.

A intimação demolitória encontra respaldo nos artigos 51, 163, V, e 178 da Lei Distrital n.º 2.105/98 (Código de Edificações do Distrito Federal), *in verbis* :

"Art. 51. As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.

Art. 163. Os responsáveis por infrações decorrentes da inobservância aos preceitos desta Lei e demais instrumentos legais afetos serão punidos, de forma isolada ou cumulativa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis, com as seguintes penalidades:

(...)

V - demolição parcial ou total da obra.

Art. 178. A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.

§ 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata."

Consoante se extrai dos autos, os imóveis ocupados pelos

embargados estão localizados em área pública e, portanto, não sujeitos à posse por particulares.

Enfatize-se, ainda, que as obras ocorreram sem prévio licenciamento, pré-requisito indispensável para a realização de obras.

Portanto, não se evidencia qualquer irregularidade na atuação da Administração Pública, que no exercício do poder de polícia está coibindo a ocupação desordenada de área pública e a irregular edificação em desacordo com as normas legais.

O poder-dever de polícia atribuído à Administração Pública consiste justamente na intervenção estatal no exercício das atividades individuais para impedir danos sociais.

A utilização indevida de área pública impõe a adoção das medidas cabíveis pelo poder público. Sobre o assunto assim dispõe José dos Santos Carvalho Filho¹:

"Não adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos."

Os servidores da AGEFIS detêm nesse caso o poder-dever de fiscalização, bem como de execução das medidas cabíveis para o cumprimento das determinações legais, sob pena de imposição das respectivas penalidades.

E, de acordo com o disposto no parágrafo primeiro do art. 178, da Lei Distrital n.º 2.105/98, quando a construção irregular ocorrer em área pública, é cabível a demolição imediata, independentemente de notificação prévia do infrator.

Tal disposição evidencia que a intimação demolitória é dotada de executoriedade, aliás, os atos administrativos gozam dos atributos da imperatividade, auto-executoriedade e presunção de legitimidade, ante a prevalência

¹ *Manual de Direito Administrativo*; José dos Santos Carvalho Filho; Ed. Lúmen Júris; 16ª edição; pág. 72.

do interesse público sobre o privado.

Por fim, vale dizer que a tolerância da Administração Pública quanto a essas e outras irregularidades não resulta em situação de fato consolidada.

A propósito, destaco os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CONSTRUÇÃO EM ÁREA PÚBLICA. IRREGULARIDADE. LEI DISTRITAL N.º 2.105/98. LEGALIDADE DO ATO. PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO. A construção em área pública ou privada é condicionada à licença, concedida pela Administração Regional, nos termos do Código de Edificações do Distrito Federal, Lei nº 2.105/98. A edificação e ocupação irregular de área pública autoriza o exercício do poder de polícia por parte da Administração, no sentido de que seja realizada a demolição do imóvel.²

DIREITO ADMINISTRATIVO. EDIFICAÇÃO IRREGULAR. DEMOLIÇÃO. PODER DE POLÍCIA. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE.

I - Não há irregularidade na atuação da Administração Pública que no exercício do poder de polícia coíbe a ocupação desordenada e a construção de edificações em desacordo com as normas legais.

II - O ato administrativo goza da presunção de legitimidade e legalidade, a qual somente pode ser afastada mediante prova inequívoca em sentido contrário.

III - Negou-se provimento ao recurso.³

² Ac. n.831447, Relator: ESDRAS NEVES, Revisor: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/11/2014, Publicado no DJE: 18/11/2014. Pág.: 213.

³ Ac. n.831203, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Revisor: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/11/2014, Publicado no DJE: 18/11/2014. Pág.: 234.

*"ADMINISTRATIVO. DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. EDIFICAÇÃO IRREGULAR. ÁREA PÚBLICA. LEGALIDADE DO ATO. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO. A ocupação irregular de terras públicas ocorre por mera tolerância da Administração, o que, contudo, não o impede de exercer o poder de polícia na fiscalização e zelo com o patrimônio público, no interesse de toda a coletividade, inclusive, coibindo a construção de obras irregulares. A construção em área pública ou privada é condicionada à licença, concedida pela Administração Regional, nos termos do Código de Edificações do Distrito Federal (Lei nº 2.105/98). A AGEFIS/DF é o órgão incumbido de fiscalizar construções urbanas, constatando a edificação em área pública, pertencente à TERRACAP, e sem autorização da Administração, tem legitimidade para emitir notificação para desocupação da área, sob pena de demolição."*⁴

Ante o exposto, pedindo respeitosa vênua aos prolores do voto maioritário, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para que prevaleça o voto minoritário. É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Revisor

Cuida-se de embargos infringentes opostos contra acórdão não unânime da 3ª Turma Cível, que, em ação de obrigação de não fazer, deu provimento ao apelo dos autores, Gregório de Souza Neri Neto e outros, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, proibindo a demolição dos imóveis onde residem os autores, consoante a seguinte ementa:

⁴ AC. n.873143, Relator: ESDRAS NEVES, Revisor: HECTOR VALVERDE SANTANNA, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/06/2015, Publicado no DJE: 16/06/2015. Pág.: 305.

"DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. ÁREA PÚBLICA. SOL NASCENTE. DESOCUPAÇÃO. DEMOLIÇÃO. DIREITO À MORADIA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA. OCUPAÇÃO PACÍFICA E DURADOURA. SENTENÇA REFORMADA.

1. Pela teoria dos motivos determinantes há vinculação dos atos administrativos quando justifica que as demolições se operam em razão de ocupações irregulares datadas de menos de um ano.

2. Revelam-se drásticas e desarrazoadas as repentinas medidas administrativas (desocupação e demolição de obra) que afetam diretamente o direito à moradia de pessoas carentes que aguardam, com legítima expectativa, a regularização de suas residências.

3. A atuação estatal deve se pautar na regra da segurança jurídica e da boa-fé, não podendo ser olvidado pela Administração Pública, por expressa determinação constitucional, o direito social à moradia.

4. A supremacia do interesse público sobre o particular não dá guarida a atos administrativos (desocupação e demolição) que afrontam os direitos fundamentais, notadamente o direito à moradia.

5. Recurso conhecido e provido. Maioria. (Acórdão n.872807, 20130111408987APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: ANA CANTARINO, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/06/2015, Publicado no DJE: 12/06/2015. Pág.: 142)

DOS EMBARGOS INFRINGENTES (fls. 146/160)

A ré, Agefis - Agência de Fiscalização do Distrito Federal, interpôs embargos infringentes, pugnando pela prevalência do voto minoritário, da lavra da Eminente Desembargadora Ana Cantarino (Revisora), que negou provimento ao apelo, mantendo a r. sentença que julgou improcedente o pedido autoral.

Contrarrazões dos embargados, Gregório de Souza Neri Neto e

outros, às fls. 181/185.

É o relato sucinto. Decido.

DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A controvérsia refere-se à análise da legalidade ou não da demolição de construções erigidas sem licenciamento em área pública adjacente à ARIS Sol Nascente (Área de Regularização de Interesse Social) na Ceilândia, ocupada por população de baixa renda, fora do perímetro da área regularizável, segundo o PDOT - Plano Diretor de Ordenamento Territorial do DF.

Alega a ré/embargante, Agefis - Agência de Fiscalização do Distrito Federal, em síntese, que: **1)** quando o ajuizamento da ação, em setembro de 2013, a ocupação dos autores/embargados era recente, datando de aproximadamente 1 (um) ano (fl. 75), e não de 5 (cinco) anos; **2)** tais ocupações estão inseridas na Zona Rural de uso Controlado IV, prevista no Plano Diretor do DF, local onde se encontram as bacias do Baixo Rio Descoberto, do Rio Alagado e do Ribeirão Santa Maria, o que inviabiliza a sua regularização; **3)** trata-se de ato vinculado, com relação ao qual a verificação da situação fática prevista na lei, qual seja, a construção sem licenciamento, acarreta a consequência legalmente prevista e delimitada pela norma, no caso, a expedição da ordem demolitória (Lei Distrital 2.105/98, 16, 17, 51, 163 e 178); **4)** o acórdão embargado invade a esfera de competência do Poder Executivo, violando o art. 2º da CF/88;⁵ **5)** os artigos 1.299 e 1.312 do CC⁶ impõem o respeito ao direito dos vizinhos e aos regulamentos administrativos, determinando a demolição das construções feitas em desacordo com as normas; **6)** a área ocupada pelos autores situa-se nas adjacências do Setor Habitacional Sol Nascente, fora da área passível de regularização; **7)** o direito constitucional à moradia não pode ser visto de forma dissociada das demais normas constitucionais de igual hierarquia, como as dos artigos 182 e 225 da CF/88⁷, que

tratam da Ordem Urbanística e da tutela ao Meio Ambiente, respectivamente; **8)** ao adquirirem os lotes em questão, seus ocupantes estavam cientes da irregularidade da ocupação, conforme consta expressamente dos contratos de cessão de direitos (fls. 20/22 e 27/31), tendo assumido voluntariamente o risco do negócio ante a impossibilidade de regularização dos imóveis pelo Poder Público; **9)** o interesse público deve preponderar sobre o interesse de particulares, diante dos bens jurídicos envolvidos, como o bem coletivo, a segurança, o bem-estar dos cidadãos e o

⁵ CF, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶ CC, Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

CC, Art. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos.

⁷ CF, Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

CF, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁸ Lei 10.257/01, Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

equilíbrio ambiental (Estatuto da Cidade, art. 1º, p. único).⁸

Sem razão a ré/embargante, Agefis - Agência de Fiscalização do Distrito Federal.

Transcrevo o voto condutor do acórdão embargado, da Eminente Desembargadora Fátima Rafael:

"(...) A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como já relatado, trata-se de Apelação que visa reforma a r. sentença que julgou improcedente o pedido da ação ajuizada por Gregório de Souza Neri Neto e outros em desfavor da AGEFIS - Agência de Fiscalização do Distrito Federal, objetivando impedir a demolição de seus imóveis localizados em área pública denominada Sol Nascente - Ceilândia/DF.

Pelo que se depreende da narrativa dos fatos, a matéria em debate, evidentemente, não envolve apenas a legalidade do ato administrativo praticado pela Administração Pública.

No caso, os Apelantes pretendem impedir a demolição das edificações em que residem, por entenderem que têm direito à moradia, nos termos assegurados na Constituição Federal, e porque aguardavam de boa-fé, a regularização seus imóveis.
A pretensão dos Recorrentes deve ser analisada de maneira mais aprofundada, pois ostenta do que a simples discussão acerca dos atos administrativos de demolição.

O cerne da discussão consiste na possibilidade ou não de ser regularizado o ocupado pelos Apelantes perante o Poder Público, a fim de justificar a sua permanência ou a demolição da edificação na sua residência.

Segundo consta na petição inicial, os Apelantes alegam que residem em Sol Nascente há aproximadamente cinco anos e quase todas as ocupações são irregulares e, mesmo assim, ali moram milhares de família na região.

Por sua vez, o Apelado assim esclarece em suas razões

recursais:

"(...) No caso em análise, o Poder Público, no desempenho de sua política de fiscalização de atividades urbanas do Distrito Federal, fez vistoria na localidade onde estão as residências dos autores, tendo constatado que área ocupada irregularmente está fora da ARIS Sol Nascente, pois se encontra em área classificada pelo PDOT como Zona Rural de Uso Controlado. Com efeito, consta, no documento de fls. 75-79, que área onde se encontram as residências dos autores (vide fotografias) 'se trata de ocupação irregular recente em área próxima ao Sol Nascente na Ceilândia, as edificações são novas cerca de um ano ou menos. A área classifica-se segundo PDOT como Zona Rural Controlado IV, está fora da ARIS Sol Nascente por isso não área passível de regularização segundo o PDOT'. Portanto, trata-se de área insuscetível de regularização fundiária e onde é vedada a edificação. (...)."

No entanto, extrai-se das cessões de direitos dos imóveis de Gregório M. Barros e Alessandro Araújo de Franca, às fls. 20-24 e 27-29, que os seus respectivos terrenos foram adquiridos em 25.5.2008 e 28.3.2007, respectivamente.

Segundo a teoria dos motivos determinantes, há vinculação dos atos administrativos quando a Administração Pública justifica a desocupação e demolição.

No caso, a Apelada justifica a demolição.

Alegando que os apelados ali residem há pouco menos de um ano, quando há comprovação da presença no local por longo tempo, sem qualquer resistência da AGEFIS.

O longo período de ocupação pacífica na área pública, não impugnada pelo Poder Público, induz certamente o administrado a acreditar na regularização de seu imóvel, sobretudo se for levado em conta que a atuação estatal deve ser pautada nas regras da segurança jurídica e da boa-fé.

Nota-se que o próprio Poder Público muniu o local da infraestrutura necessária e, contraditoriamente alega que não é adequado para moradia.

Sob esse aspecto, não custa rememorar que é dever do Poder Público promover a regularização fundiária, considerando a

situação socioeconômica da população e as normas ambientais, nos termos do art. 2º do Estatuto das Cidades: 'Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)

XIV regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;'

Enquanto não se assegurar o direito à moradia aos Apelantes que residem no local há pelo menos cinco anos, sem objeções do Poder Público, revelam-se drásticas e desarrazoadas as medidas administrativas voltadas para a desocupação e demolição de suas respectivas casas.

Portanto, por expressa determinação constitucional, o direito à moradia de famílias carentes não pode ser olvidado pela Administração Pública em sua atuação estatal.

Por fim, a supremacia do interesse público sobre o particular não dá guarida a atos administrativos que afrontam o direito fundamental à moradia, sem qualquer justificativa, pois no local há várias construções nas mesmas condições e apenas as dos apelantes foram consideradas irregulares.

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO à apelação para determinar à ré AGEFIS que se abstenha de demolir as benfeitorias ou qualquer outra edificação nas áreas ocupadas pelos Autores sem antes assegurar o direito social à moradia. Por consequência, inverte as verbas sucumbenciais para condenar a Ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto."

Acompanho o entendimento expresso no voto condutor do acórdão embargado.

A presente ação de obrigação de não fazer, visa impedir a demolição de 04 (quatro) imóveis, de dimensões entre 15m² e 60m² (fls. 18/34), construídos sem licenciamento em área adjacente à ARIS Sol Nascente, classificada como sendo a maior favela do DF e segunda maior favela do Brasil.⁹

Independentemente do tempo de ocupação do local pelos autores/embargados, trata-se, evidentemente, de pessoas de baixa renda, para as quais a desocupação e demolição dos imóveis nos quais residem pelos menos desde 2012 (fl. 75), em condições absolutamente precárias (fl. 77), significa jogá-las literalmente na rua, à mercê de todos os perigos e intempéries advindas dessa condição, sem qualquer outra opção de moradia.

Nessas circunstâncias, o Estado tem a obrigação de garantir a proteção ao direito constitucional à moradia, pois, a não observância de tal dever implica, também, na ofensa a outros preceitos constitucionais, corolários da dignidade da pessoa humana, como os direitos sociais à saúde, à segurança, à maternidade, à infância e à assistência social aos desamparados, expressamente previstos no art. 6º da CF/88, *in verbis*:

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

Em casos como o dos autos, a necessidade de se garantir o direito social à moradia decorre diretamente da inafastabilidade do respeito ao princípio da

⁹ <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/03/menor-favela-do-df-sol-nascente-e-alvo-de-gangues-e-grileiros.html> (consulta em 15/04/16)

dignidade da pessoa humana. Os atos administrativos não podem ferir tal princípio sob pena de inconstitucionalidade.

Sobre o tema, a doutrina de Alexandre de Moraes:

*"A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos."*¹⁰

Além de ser garantido pela nossa Constituição Federal, o direito social à moradia está previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil em 10/12/1948), *in verbis*:

"A Assembléia Geral proclama:

(...)

Artigo 25

§1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros

¹⁰ Alexandre de Moraes, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", ed. Atlas S.A., 8ª edição, 2011, p. 61

casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Também está previsto expressamente no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil em 24/01/1992):

"Artigo 11

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. (...)"

O art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil em 25/09/1992, traz a seguinte previsão:

"Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados."

Dentre as inúmeras menções ao direito à moradia na Agenda 21, formalizada na RIO-92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento), podemos citar as seguintes:

"7.6 O acesso a habitação segura e saudável é essência para o bem-estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas, devendo ser parte fundamental das atividades nacionais e internacionais. O direito a habitação adequada enquanto direito humano fundamental está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais. Apesar disso, estima-se que atualmente pelo menos 1 bilhão de pessoas não disponham de habitações seguras e saudáveis e que, caso não se tomem as medidas adequadas, esse total terá aumentado drasticamente até o final do século e além."

Incontestável, portanto, a relevância do direito social à moradia, bem como a necessidade de que seja ele levado em consideração no julgamento da presente lide, diante da situação de vulnerabilidade em que os autores/embargados se encontram, na iminência de se tornarem desabrigados em razão da demolição dos imóveis nos quais residem.

Por outro lado, não se pode ignorar que as construções foram erguidas em área não passível de regularização fundiária, localizada na Zona Rural de Uso Controlado IV, nos termos do Plano Diretor do DF (LC 803/09):

"Art. 92. Na Zona Rural de Uso Controlado IV, que compreende áreas de sensibilidade ambiental como bordas de chapada, encostas e mananciais destinados ao abastecimento público, será incentivado o uso rural e atividades relacionadas, bem

como a promoção da proteção das bordas de chapada e encostas com florestamento e recomposição da vegetação nativa para controle de processos erosivos."

Dessa forma, a solução desta demanda somente pode ser alcançada mediante uma justa ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos, a fim de que a garantia constitucional à moradia e todos os seus consectários (CF 6º) possa ser concretizada em consonância com a ordem urbanística e a proteção ao Meio Ambiente, expressas nos arts. 182 e 225 da CF/88, *in verbis*:

"Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor."

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Feita tal ponderação, mostra-se correto o entendimento do acórdão embargado, que deu provimento à apelação *"para determinar à ré AGEFIS que se*

abstenha de demolir as benfeitorias ou qualquer outra edificação nas áreas ocupadas pelos Autores sem antes assegurar o direito social à moradia".

Note-se que tal solução não consiste em manter as ocupações irregulares, mas sim em garantir que as pessoas que nelas residem, quando retiradas do local, não sejam jogadas na rua, ao completo desamparo do Estado.

É certo que, na ausência de provas do cumprimento dos requisitos legais, não pode o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a entrega de um imóvel aos autores/embargados em sede de programa habitacional.

Todavia, diante da evidente a situação de vulnerabilidade dos autores/embargados, que ocupam irregularmente área adjacente à ARIS Sol Nascente, classificada como sendo a maior favela do DF e segunda maior favela do Brasil¹¹, é cabível a determinação de que essas pessoas sejam transferidas para alguma área passível de regularização fundiária, a ser definida pelo Poder Público, a fim de aguardarem em segurança a sua eventual inclusão em programa habitacional do governo.

Este é o melhor entendimento a ser aplicado ao caso, especialmente no atual modelo constitucional do processo, no qual o aplicador do direito deve seguir pela busca da justiça social, mediante aplicação concreta dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, nos termos do art. 8º do CPC/2015, *in verbis*:

"NCPC, Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência."

Sobre o tema, a lição de Edésio Fernandes:

"(...) O grande desafio colocado para os juristas brasileiros _ naturalmente, aqueles que compreendem a necessidade de se colocar o Direito no mundo da vida - é construir um discurso jurídico sólido que faça uma leitura teleológica dos princípios

¹¹ <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/03/maior-favela-do-df-sol-nascente-e-alvo-de-gangues-e-grileiros.html> (consulta em 15/04/16)

constitucionais e legais, integrando os novos direitos sociais e coletivos à luz do marco conceitual consolidado pelo Estatuto da Cidade, de forma a dar suporte jurídico adequado às estratégias político-institucionais de gestão urbano-ambiental comprometidas com a tão urgente e necessária plataforma da reforma urbana.

Identificar problemas jurídicos formais e acusar inconstitucionalidades é uma tarefa fácil, ainda que lucrativa. Difícil - porém urgente - é construir novos argumentos jurídicos que sejam sólidos e consistentes, não só da perspectiva da legitimidade político-social, mas também da perspectiva da legalidade. Não podemos mais continuar fazendo apenas o discurso dos valores: temos de construir um discurso dos direitos que dê suporte às novas estratégias político-institucionais de gestão democrática e inclusão social que diversos municípios têm tentado formular e implementar em todo o país. Promover a inclusão social pelo direito: eis o desafio colocado para os juristas brasileiros.

Não é mais possível interpretar as graves questões urbanas e ambientais exclusivamente com a ótica individualista do Direito Civil; da mesma forma, não é mais possível buscar tão somente no Direito Administrativo tradicional (que com freqüência reduz a ordem pública à ordem estatal) os fundamentos para as novas estratégias de gestão municipal e de parcerias entre os setores estatal, comunitário, voluntário e privado.

O papel dos juristas construindo as bases sociais e coletivas do Direito Urbanístico é de fundamental importância nesse processo de reforma jurídica e reforma urbana, que passa necessariamente pela regularização dos assentamentos informais, para que sejam revertidas as bases dos processos de espoliação urbana e destruição sócio-ambiental que têm caracterizado o crescimento urbano no Brasil.¹²

Trata-se de garantir aos autores/embargados o chamado mínimo existencial, sem o qual esvazia-se completamente a garantia primordial da nossa Constituição Cidadã, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a necessidade de concretização do direito social à moradia como garantia do mínimo existencial, transcrevo as considerações feitas pelo Exmo. Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADPF nº 45, que fixa os limites da atuação dos juízes no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, assim resumidos: a) a garantia do chamado "mínimo existencial"; b) a razoabilidade do pedido; c) a reserva do possível. Confira-se:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À

¹² FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. Biblioteca Digital Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=10508>>. Acesso em: 31 outubro 2010.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:

(...)

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER

PÚBLICO.

- (...)

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas(JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma

contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

(grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

...

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do

Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):
"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e

Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de

descumprimento de preceito fundamental.

(...)

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO - Relator" (ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/04/2004)

Por todo o exposto, após a necessária ponderação entre os princípios constitucionais aplicáveis à espécie, mantenho o entendimento majoritário do acórdão embargado, que deu provimento à apelação "*para determinar à ré AGEFIS que se abstenha de demolir as benfeitorias ou qualquer outra edificação nas áreas ocupadas pelos Autores sem antes assegurar o direito social à moradia*".

Por fim eminentes pares, além de todos os jurídicos fundamentos pautados no Direito Internacional, Direito Constitucional e infraconstitucional e função social da lei, aqui declinados, gostaria de frisar que um pouco de espírito humanitário, de fraternidade, conexão com a realidade social e histórica fazem bem ao Magistrado.

Afirmo, sem medo de errar, que o ato da agência fiscalizadora do "Rei" é inconstitucional, ilegal, desarrazoado, desproporcional, cruel, tirano, insensível e ineficiente.

Só não posso dizer que seja desumano. Não, não é desumano, é essencialmente humano, pois a crueldade, a insensatez, a maldade, a loucura, perversidade, a indiferença com a desgraça alheia, são características inerentes da espécie humana.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **nego provimento** aos embargos infringentes

interpostos pela Agefis - Agência de Fiscalização do Distrito Federal.

É como voto.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

No tocante ao direito à saúde, a Constituição tem capítulo próprio, começando pelo art. 196, que dispõe:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Sempre tive restrições a normas de natureza programáticas. Essa não afirma e nem asseguram direitos subjetivos.

A norma do art. 6º da CF é eminentemente programática - dirigida ao administrador público, ao Estado. No entanto, desenvolveu-se a chamada teoria da força normativa da Constituição, segundo a qual qualquer previsão constitucional, ainda que de natureza programática, assegura direito subjetivo, ou seja, com base em norma constitucional pode-se requerer tutela do direito previsto.

No entanto, a situação da pessoa que necessita de moradia não se compara àquela que necessita de assistência médica. Não se vê pessoas que necessitam de saúde praticando atos ilegais, invadindo hospitais públicos e exigindo tratamento, a exemplo do que acontece com as ocupações irregulares.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Aliás, grande parte das terras de Brasília foi ocupada a partir de movimentos de pessoas que se afirmam que estão tentando fazer valer o direito à moradia. No entanto, na verdade, estão se aproveitando do imenso território do

Distrito Federal, que pertence ao Poder Público, para invadir terras públicas.

O Senhor Desembargador JOÃO EGMONT - Vogal

Senhor Presidente, a matéria é bastante recorrente nas Turmas Cíveis e nesta Câmara, mas Até mesmo em homenagem ao eminente Desembargador Sérgio Rocha, que defende, com ênfase e bastantes argumentos, a sua tese, em primeiro lugar, diria que é de se lamentar que a efetividade das normas que tratam sobre os direitos sociais encontra-se em absoluto luto.

Não apenas o direito à moradia, mas veja a que ponto chegou este País no concernente aos direitos à educação e à saúde. Há uma judicialização constante dos usuários dos serviços de saúde e de educação que não encontram, a contento, a prestação desses serviços por parte do Estado, que é uma obrigação do Estado.

A quanto anda o direito ao trabalho? Estamos com mais de onze milhões de desempregados neste País, mais de cem mil empresas fechando as suas portas. Há uma crise grave muito grande, que não poderia deixar de atingir também o direito à moradia.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Revisor

Todos esses direitos a que V. Ex.^a se refere necessitam de investimento estatal, de organização administrativa; e o que está sendo discutido aqui não exige nada. Exige simplesmente que o Estado não faça nada e empreste aquele terreno a eles, enquanto não resolve o problema.

O Senhor Desembargador JOÃO EGMONT - Vogal

Senhor Presidente, comecei a fazer a análise dentro de um contexto para chegar ao caso concreto, destacando que a efetividade dos direitos sociais no

Brasil, infelizmente, é uma lástima, em decorrência, todos sabemos, da malversação dos recursos públicos, do direito público, da corrupção, da má administração, em decorrência de tudo isso. Mas essa é uma contextualização muito abrangente. Então, vamos ao caso concreto e ao que interessa.

Em que consiste esta ação? Consiste exatamente na pretensão de se condenar a ré, Agefis, numa obrigação de não fazer, consistente em se demolir uma edificação construída em área pública, ou seja, aqui se pretende impedir que este Estado exerça o seu poder-dever de polícia. E o mais importante, Senhor Presidente: onde se localiza essa área? Essa área é insuscetível de regularização fundiária - é preciso que se diga isso -, é uma área localizada em determinada localidade, onde não é possível a regularização fundiária, onde é vedada a edificação. A ocupação é recente. E outra coisa: essa área está inserida em uma APA - Área de Proteção Ambiental.

Então, cada caso é um caso, e fiz questão de contextualizar a situação geral para depois chegar a este caso particular.

Só para finalizar, no Acórdão 681.794, da Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante, na 6.^a Turma Cível, S. Ex.^a diz exatamente:

MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE SUSPENSÃO. DIREITO DE MORADIA. RECUSA DA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS URBANAS. TERRAS INVADIDAS.

O direito social de moradia (CF, art. 6º) não deve ser entendido de forma isolada na Constituição vigente, mas em conjunto com outros valores constitucionalmente insculpidos, e de mesma hierarquia, especialmente no que diz respeito à ordem urbanística (CF, art. 182) e à tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), por envolver a ocupação irregular de terrenos públicos.

Pela improcedência da Medida Cautelar.

Com essas considerações, Senhor Presidente, peço licença ao eminente Desembargador Sérgio Rocha para dar provimento ao recurso.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Revisor

Se V. Ex.^a me permitir, gostaria de esclarecer que ela não está em área de preservação ambiental, mas em área rural de ocupação controlada. É uma área que pode perfeitamente ser ocupada, sim, desde que haja um controle sobre essa ocupação.

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - Vogal

Senhor Presidente, primeiramente quero louvar o espírito social combativo do eminente Desembargador Sérgio Rocha, na esteira das normas de princípios programáticos da Constituição, ao fazer referência à ineficiência e ineficácia, infelizmente, daqueles que conduzem as políticas públicas do País. Quero dizer que S. Ex.^a está coberto de razão, quando, veementemente, trouxe, no seu voto, as mazelas e as dificuldades por que passa a população, principalmente aquela faixa de menor sorte, de menor fortuna, exatamente pela ausência de maior apoio do Estado em dar sequência às políticas programáticas.

Até ficaria ao lado de S. Ex.^a se não tivéssemos uma questão que, para mim, é crucial para definir a posição que devo tomar. Estaria S. Ex.^a correto, se, ao início do caso concreto, não residisse uma ilegalidade, que é, única e exclusivamente, a invasão de terra, no caso, pública - e aí a ilegalidade para mim é maior, porque o terreno público não tem a pronta defesa que se teria em um terreno particular, em que o proprietário imediatamente lançaria mão de armas em sua defesa, o que é diferente em se tratando de terra pública. É por isso que existe a ré, a Agefis, a agência fiscalizadora.

O que se pretende nesse caso é exatamente manietar a agência fiscalizadora, retirando dela a possibilidade e os instrumentos para cumprir sua obrigação, e cumprimento de obrigação esse que, sabemos, os agentes públicos o fazem com um grande grau de ineficiência, e ainda estaríamos colaborando para justificar a ineficiência. E o que é pior, e aí vou pedir vênias ao eminente Desembargador Sérgio Rocha, querem transferir para uma agência a responsabilidade de dar início e concretude a um programa de política pública, que é do Governo como um todo.

Então, se assim fizessemos no caso concreto, estaríamos retirando da Agefis toda e qualquer responsabilidade do exercitamento de suas funções, porque a política pública de prover o cidadão ou a sociedade de moradia não é da

Agefis. Então, não cabe a ela deixar de demolir até que indique para onde essas famílias irão.

Parabenizo o eminente Desembargador Sérgio Rocha pelo denodo de suas colocações. De certa forma, estou do lado de S. Ex.^a, mas, no caso concreto, lamento por não poder acompanhá-lo.

Peço vênia a S. Ex.^a para acompanhar o eminente Relator.

O Senhor Desembargador JAMES EDUARDO OLIVEIRA - Vogal

Senhor Presidente,

A falta de prévio licenciamento e de alvará de construção traz à tona a inexistência de qualquer ato ou negócio jurídico apto a legitimar a edificação promovida irregularmente pelos Embargados.

Uma vez promovida a edificação sem o respaldo legal primário e elementar do licenciamento, a demolição desponta como penalidade adequada que não pode ser repudiada judicialmente. E esse tipo de conduta administrativa encontra pleno amparo nos artigos 17, 163, inciso V, e 178, § 1º, do Código de Edificações do Distrito Federal.

Conclui-se, assim, que os atos administrativos que se pretende invalidar foram praticados dentro dos limites do *poder de polícia* que é inerente à Administração Pública e conta com embasamento expresso no Código de Edificações do Distrito Federal (Lei Distrital 2.105/98), cujo artigo 51 estabelece:

Art. 51. As obras em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.

Com esse estofo legal, a intimação promovida não pode ser inquinada de ilegal ou arbitrária; pelo contrário, além da presunção de legalidade e legitimidade oriunda da sua própria natureza, encontra-se apoiada em norma jurídica específica que suprime qualquer tentativa de obscurecer sua validade. Sobre essa característica essencial do ato administrativo, pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. (Direito Administrativo, 14ª ed., Atlas, p. 189).

Calha ressaltar que o direito social à moradia e a alegada consolidação fática longe estão de colocar os Embargados a salvo do *poder de polícia* exercitado regularmente pelos Embargantes.

O direito à moradia não se qualifica como direito fundamental, mas como direito social.

Insculpido no artigo 6º da Constituição Federal traz para os entes estatais o dever de implementação de políticas públicas voltados à sua materialização, todavia não serve como escudo para dar amparo à ocupação irregular de espaços públicos e à perpetração de ilegalidades, mesmo porque o artigo 30, inciso VIII, do mesmo texto constitucional, abaixo transcrito, estatui que aos municípios (no caso, o Distrito Federal) compete implementar o ordenamento do seu território:

Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

A propósito dessa incumbência material dos Municípios, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária. (REsp. 1.170.929/SP, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 27.05.2010).

Não se trata, a toda evidência, de prerrogativa absoluta que sobrepuja as normas de ordenamento e ocupação do solo urbano editadas com supedâneo nos artigos 30, inciso VIII, e 182 da Constituição de 1988. Toda a política de desenvolvimento e expansão urbana é necessariamente implementada com arrimo no princípio da legalidade, de maneira que qualquer ato estatal contrário à lei não pode contar com beneplácito jurisdicional. Não é por outra razão que o § 2º do citado artigo 182 prescreve:

Art. 182.

(...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

À luz desse feixe normativo, é possível afirmar que a ocupação e respectivas construções empreendidas pelos Embargados, por desbordar das regras legais, atenta contra a função social da propriedade e da posse, circunstância bastante *de per se* para demonstrar a injuridicidade do pleito deduzido.

Raiaria pela insensatez jurídica, com a devida *venia*, conceber o direito social à moradia como um *bill* de indenidade para ocupações irregulares de bens públicos ou para construções feitas ao arrepio das normas edilícias.

Trata-se de direito social que, a par do seu manifesto pragmatismo, deve ser situado dentro do *princípio da legalidade*, base fundamental do *estado democrático de direito* e única via admissível para o ordenamento territorial e a ocupação do solo urbano. Fora da lei não se divisa direito à moradia juridicamente tutelável. É o que vem sistematicamente decidindo esta Corte de Justiça, na esteira

do seguinte precedente:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA PÚBLICA. PODER DE POLÍCIA REGULARMENTE EXERCIDO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. DIREITO À MORADIA QUE NÃO AMPARA OCUPAÇÕES OU CONSTRUÇÕES IRREGULARES. I. A falta de prévio licenciamento e de alvará de construção traz à tona a inexistência de qualquer ato ou negócio jurídico apto a legitimar a ocupação de área pública e a edificação promovida ao arrepio da lei. II. Compreende-se no poder de polícia de que está investido a Administração Pública a demolição de construção irregular em área pública que não é precedida das providências exigidas legalmente. III. Uma vez promovida a edificação sem o respaldo legal primário e elementar do licenciamento e, o que é mais grave, como instrumento voltado à consolidação de invasão de imóvel público, a demolição desponta como penalidade adequada que não pode ser repudiada judicialmente. Inteligência dos artigos 17, 163, inciso V, e 178 do Código de Edificações do Distrito Federal. IV. Desborda dos parâmetros constitucionais a invocação do direito à moradia como escudo para dar respaldo a construção desprovida de licenciamento. V. O direito social à moradia e a função social da propriedade longe estão de colocar o administrado a salvo do poder de polícia exercitado regularmente pela Administração Pública. VI. Somente ocupações e construções realizadas dentro das balizas legais imprimem à propriedade e à posse o cumprimento de sua função social. VII. Recurso conhecido e desprovido. (APC 20130020247078, 4ª T., rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva DJe 10/04/2014).

É de se consignar, ainda, que a suposta intenção do Distrito Federal

de regularizar a ocupação da área ou de mudar sua destinação não legitima edificações erigidas de forma irregular e sem a indispensável licença.

A dignidade da pessoa humana, conquanto superprincípio insculpido no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, não pode dar lastro, com a devida venia, a interpretações *contra legem*. Aliás, a denominada interpretação principialista, ou principiológica, não pode representar método hermenêutico que deita por terra outros princípios e normas jurídicas. A propósito, ensina PAULO RICARDO SCHIER:

Desde o instante em que se admite que os princípios substanciam um modelo especial de normatividade que se submete a padrões de peso e qualidade (e não de validade) e, assim, desde que se aceita a ponderação no momento da concretização, é preciso tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principilogia constitucional a ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada. Esta atitude, que tem de alguma maneira se disseminado em parte da outrina nacional, parece ser perigosa. Diz-se que tudo é princípio e assum busca-se forçar a possibilidade de "encontrar" colisões com vistas a relativizar certos conteúdos da Constituição. Trata-se, aqui, não de uma adequada compreensão principiológica da Lei Fundamental mas, ao contrário, de uma atitude que, levada ao extremo, pode, ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional, negá-lo. A Constituição demanda a existência de regras e princípios. Como já restou afirmado, um sistema constitucional apenas de regras seria temeroso em vista de sua baixa capacidade de ajuste e evolução. Mas um sistema formado apenas por princípios (ou visto de tal forma) também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional. O que parece é que o discurso (sedutor) da dogmática principialista, tomado sem cautelas, tem se prestado a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através dos princípios. Sob esta perspectiva, a idéia de dogmática

principlalista, que, como se afirmou, de partida emergiu como mecanismo de afirmação da normatividade constitucional, tem-se prestado para, na prática, realizar o seu contrário. Ou seja, a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo "subjetivo" (no sentido de arbitrário). Até porque, quando se fala em possibilidade de se avaliar os princípios na perspectiva de peso e qualidade, tal não quer dizer que o intérprete será absolutamente livre no momento da ponderação é de se tomar os cuidados aos quais a metodologia do Direito se reporta para buscar evitar que o irracionalismo tome conta das decisões judiciais. Afirmar que o processo de ponderação é subjetivo é uma verdade. Mas nem por isso deve ser, repise-se, arbitrário. O Direito demanda uma certa racionalidade e, no processo de sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples. Assim que, a tentativa de fazer tudo que está na Constituição tornar-se princípio para efeito de permitir ponderações, além de atitude perigosa, exprime um entendimento equivocado (i) ou da dogmática principlalista, (ii) ou do sistema constitucional (iii) ou das cautelas que devem revestir a ponderação da snormas que se submetem aos padrões de peso e qualidade. (Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, *in* Revista de Direto Administrativo e Constitucional, nº 20/155-156).

Embora cativante, porque permite a prevalência das mais diferentes vertentes interpretativas, de molde a dar suporte inclusive a pendores ideológicos, a interpretação principlalista cria instabilidade que deve ser precavida. Como bem pondera Humberto Ávila:

A Constituição Brasileira de 1988, além de estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, reserva ao Poder

Legislativo, inúmeras vezes em numerosas matérias, a competência para regular, por lei, determinado âmbito normativo. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás, também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda com a não-aplicação de regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por conseqüência, do princípio da separação dos Poderes. Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais - os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a. Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da

ponderação. ("Neoconstitucionalismo: entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência", in RBDP 23/17-18).

É o que se colhe igualmente do magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Absolutamente descabida é a aplicação contra legem do princípio. Isto seria levar o juiz a prevalecer sobre o legislador no plano da densificação, o que fere o Estado de Direito. É verdade que, ocorrendo inconstitucionalidade da lei, por ofensa a princípio - e a lei obviamente tem de ser compatível com os princípios constitucionais -, o juiz pode declarar a sua inconstitucionalidade e aplicar em seu lugar o princípio. Ele não pode fazê-lo - sublinhe-se - sem declarar a inconstitucionalidade, porque estaria sobrepondo a sua vontade à do legislador (o que configura violação do Estado de Direito). Essa hipótese de inconstitucionalidade de lei por violação de princípio há de ser rara, visto que o princípio, em razão de sua generalidade, é compatível com diferentes densificações. Ora, não pode o juiz fazer prevalecer a sua à densificação legal. (Curso de Direito Constitucional, 34ª ed., Saraiva, p. 296/397).

Ante o exposto, rogo venia para dar provimento aos embargos infringentes.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Vogal

Reiterei várias vezes no voto que aqui não se trata de posse, de propriedade. Eles não estão querendo que o Estado construa lá um novo bairro nem nada.

Concordo com todos os artigos que V. Ex.^a leu. Sou seguidor de

todos esses artigos, e, evidentemente, nem poderia deixar de sê-lo. A questão ora tratada resume-se na permissão temporária de abrigo até que o Estado cumpra a sua função, porque, afinal de contas, essa gente tem que se abrigar em algum lugar. Por isso, aqui não se está tratando de posse, de propriedade, de urbanização da cidade, de nada disso; mas trata-se de uma garantia constitucional superior a essas questões.

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - Vogal

Senhor Presidente, não obstante esse tema já tenha sido bastante debatido, creio que seja oportuno fazer algumas ponderações.

Primeiro, gostaria de enaltecer as preocupações manifestadas pelo Desembargador Sérgio Rocha e dizer que S. Ex.^a que tem toda razão. Evidentemente que se trata de um posicionamento com hermenêutica jurídica fundamentalmente humanística, e que é coerente com o próprio ordenamento jurídico antropocêntrico. Então, não haveria razão de ser as preocupações manifestadas por S. Ex.^a se elas não tivessem o propósito bem claro de garantir a moradia, especialmente a moradia social destinada às camadas mais pobres da população brasileira.

Mas, ao mesmo tempo, creio que há uma questão de método a ser observado, para que se alcance esse direito social à moradia. E aí me permitam fazer uma breve incursão, a partir da Constituição, no seu art. 6.^o, em que efetivamente se estabelece o direito social à moradia, mas, adiante, no art. 182, se estabelece a política urbana em que se principiam normas igualmente constitucionais de como se realizar esse direito social à moradia.

Primeiramente, a Constituição absorve a legislação infraconstitucional antecedente no que tange à incipiente disciplina do ordenamento jurídico no Brasil, basicamente a Lei 6.766, Lei do Parcelamento de 1979. Posteriormente, mesmo que tenha absorvido a Lei 6.766 de 1979, logo em seguida ao art. 182, é bom termos em conta que esse artigo foi regulamentado pelo Estatuto das Cidades, Lei 10.257. Mas, ainda aí, não tivemos mecanismos de se realizar o direito social à moradia. Foi necessário, posteriormente, a edição da Lei 11.977, chamada de Programa Minha Casa, Minha Vida.

O direito social à moradia previsto na Constituição vai se realizar pelas diretrizes estabelecidas na Lei 11.977, que tem dois vieses para se realizar

esse direito. O primeiro, e o que temos visto diuturnamente, são programas de construção e entrega de moradias às populações de baixa renda que são cadastradas em políticas públicas específicas. Essas casas podem ser tanto doadas quanto vendidas por preços subsidiados.

Isso tem fundamento com o que o Desembargador Sérgio Rocha falou, com relação aos tratados e convenções de que o Brasil participa sobre direitos humanos a respeito de moradia, nos quais o Estado Brasileiro assumiu compromissos internacionais, e que são vistos como leis internas, de se outorgar moradia a populações pobres, inclusive por subsídios.

Outro viés da realização do direito social à moradia nos moldes da Lei 11.977, que não se pode esquecer, é a regularização, da qual muito se fala, mas que, às vezes, precisaríamos lembrar seu conceito, que, a propósito, está no art. 46 da Lei 11.977. Portanto, a regularização é um conjunto de medidas que visa resolver aspectos fundiários, urbanísticos, ambientais e sociais. São esses os quatro eixos do conceito da regularização fundiária, que é muito rico, embora o dispositivo em si mesmo tenha uma redação muito ruim.

Ao se fazer a regularização, temos que verificar o que é possível e o que não é possível de se regularizar. Posso adiantar que não há distinção entre ocupação de área pública e particular; não faz distinção temas sobre posse, tampouco de propriedade; e também não me parece relevante tratar como uma questão de ocupação provisória até que o Estado promova uma política pública que outorgue moradia regular.

A pretexto de se fazer uma tutela provisória, um fato natural que ocorre é que as construções são erguidas de uma forma muito veloz; e quando se tem um contingente muito elevado fazendo uma ocupação coletiva, inclusive temos um exemplo, aqui, em Brasília, chamado Cidade Estrutural, que se iniciou numa área de absoluta restrição ambiental, com grave comprometimento de mananciais que deveriam ser utilizados ou preservados para abastecimento da população inteira do Distrito Federal, e hoje estamos vendo um manancial comprometido. E o mais grave é que o Distrito Federal se situa no Planalto Central, na parte mais alta, onde as águas que aqui nascem, escoam. Então, as águas que temos aqui são poucas, e são necessárias para garantir uma população que, em algumas décadas, se converterá em algo superior a 10 milhões de habitantes.

Se quisermos ter preocupações verdadeiras agora, pensemos em Billings e Guarapiranga, em São Paulo, que eram áreas de preservação e, por não terem sido preservadas, foram ocupadas, e os mananciais foram comprometidos. Hoje, conhecemos o drama da população da cidade de São Paulo na demanda por

água, e que a região não é capaz de oferecer. O Distrito Federal é muito mais sensível do que a cidade de São Paulo. Então, nossas águas devem ser preservadas.

Uma ocupação que se estabelece, que se consolida, ainda que a título provisório, pode converter-se numa situação irreversível, porque não é possível fazer desocupação em massa quando isso supera algumas centenas de famílias ocupando uma mesma área. Quem já participou de uma operação como essa, sabe. E, aqui, nesta platéia, existe advogado que conhece essa situação e sabe muito bem que é impossível fazer uma desocupação quando temos algumas centenas ou milhares de pessoas ocupando uma área. É impossível desocupar.

Então, teremos que caminhar para uma área consolidada e trabalhar as infraestruturas posteriormente para resolver essas ocupações que se estabeleceram e que são irreversíveis.

No caso que está sendo julgado aqui, temos o que se chama de Sol Nascente. Sol Nascente não é afetada propriamente por uma área ambiental, talvez nem seja uma Área de Proteção Ambiental - APA, mas o fato de não ser APA não significa que não exista, nas suas cercanias, alguma Área de Proteção Permanente - APP, que é coisa diversa, e, efetivamente, em área de APP, a possibilidade de ocupação humana é praticamente reduzida a zero.

O que há no Sol Nascente de APP? Primeiro: quem conhece a região de APP - e eu tive o privilégio de fazer sobrevôos para conhecer especificamente essa região - trata-se de uma área de chapada, uma parte alta e plana, mas que tem em suas limitações uma depressão, um declive bastante acentuado. Esse declive acentuado, por ser uma área sensível, não pode sofrer supressão da cobertura vegetal, uma vez que, suprimida essa cobertura vegetal, está sujeita a uma erosão que pode levar a um deslizamento que irá soterrar o que estiver embaixo. Lembremo-nos do que aconteceu em Santa Catarina há uns três ou quatro anos atrás: um desastre, uma tragédia em que quase duas mil pessoas morreram soterradas em razão de deslizamento de áreas íngremes. Não se pode construir nessas áreas.

Peço desculpas a quem não conhece o Sol Nascente, eu o conheço, mas tem esse fator: a borda. E para proteger essa borda, a lei estabelece o que se chama de borda de chapada, que é uma área não edificante, *non aedificandi*, não é passível de ocupação.

Quando se idealizou a regularização do Sol Nascente, primeiramente fez-se um levantamento aerofotogramétrico. Esse levantamento foi transferido posteriormente para mapas e se estabeleceu polígonos onde se permitia,

de acordo com as técnicas, a edificação, e se anunciou a regularização. Mas aí surge um fenômeno social, porque, ao se anunciar uma regularização, essa notícia atrai novos moradores que querem consolidar a ocupação dessa área para se beneficiarem da regularização anunciada.

E temos que dirimir essa questão porque existem outros problemas: primeiro, existe um Plano Diretor que já estabeleceu idealmente a população que poderá ser abrigada naquela área, e essa população é calculada em razão da disponibilidade das redes públicas de abastecimento, como água, energia e esgoto; calculado o sistema viário que irá conectar aquele novo bairro com toda a cidade. Portanto, não podemos ver apenas um bairro, temos que pensar na cidade como um todo. Assim, há um limite para esse adensamento populacional.

O segundo ponto é que esses pretendentes a acolher um benefício se estabelecem justamente nas regiões periféricas da poligonal, que é onde se encontram as áreas de preservação, as áreas sensíveis.

O sobrevôo que tive o privilégio de fazer mostra claramente um determinado ponto em que se abriu uma erosão gigantesca, onde seria praticamente impossível fazer uma recomposição. E a natureza geofísica daquele terreno permite que aquela erosão caminhe bairro adentro, e irá engolir aquele bairro, uma erosão daquele porte!

Então, são questões técnicas, que não constam nos autos, para dirimir. Assim, talvez tenhamos alguma dificuldade em aplicar a norma em razão da falta de conhecimento dessas questões técnicas.

O fato é que a política urbana, que é incipiente, ineficiente e insuficiente, tem sido feita com algum critério. Dentro das possibilidades orçamentárias, algo tem sido feito com relação à construção de edificações e, também, em termos de regularizações, mas não temos nenhuma situação em que se fazem notificações demolitórias em áreas passíveis de regularização. Esse é um dado importante, porque foi fruto de uma negociação com o Poder Público, para que somente se fizessem notificações em áreas que não são passíveis de regularização, porque é um contrassenso fazer uma desocupação para, depois, fazer uma ocupação. Então, preserve-se o que é passível de regularização, mas o que não é passível de regularização, como são frequentes as ocupações nas bordas das áreas definidas pelas poligonais de regularização, infelizmente, essas não tem como se resolver; porque, a pretexto de se resolver essas áreas, prejudica-se toda a comunidade que seria beneficiada dentro da poligonal. No momento em que se faz a regularização é necessário que o adensamento populacional previsto seja compatível com as normas urbanísticas locais.

A propósito - e aí faço uma respeitosa discordância com o eminente Relator, Desembargador José Divino, de que essa questão deva ser tratada sob a ótica e as leis do Direito Administrativo - digo que há, sim, um novo ramo do Direito, o Direito Urbanístico, que surgiu a partir do art. 182 da Constituição Federal e, a partir dele, com o que se adicionou o Estatuto das Cidades, Lei 10.257; depois, a Lei 11.977, Minha Casa, Minha Vida, que, efetivamente, veio para tratar do direito à moradia; posteriormente, o recente Estatuto das Metrôpoles.

Há uma importante mudança na Constituição Federal sobre a questão urbanística, porque a Lei 6.766 foi elaborada sob o império de um sistema autoritário, centralizador e cartesiano, que previa que uma casinha de zinco construída na serra gaúcha seria replicada na Amazônia. A casinha da serra gaúcha, no gelo, é um congelador; na Amazônia, no verão, é um forno. Então, isso não funcionou.

Mais ainda, a Lei 6.766 foi prevista para uma sociedade rica, que não éramos; ordeira, que também não nos mostramos ser. Então, ela se mostrou um fracasso, porque o empreendedor que queria cumprir a lei tinha um dispêndio enorme de recursos para implantar as infraestruturas, além do que teria que ceder parte do seu terreno particular para a implantação de serviços públicos, como escolas, hospitais, segurança pública, etc. Com isso, o empreendedor preferiu fazer *contra legem*, loteamentos clandestinos, ilegais, que se proliferaram pelo Brasil afora. Então, a política urbana planejada no regime político constitucional com a lei ordinária de 1979 não funcionou.

Na discussão desse tema na Constituinte de 88, vigorou a idéia de que se fizesse um planejamento urbanístico e um modelo democrático em que o município fosse autogestor e autorreferente para propor, elaborar e executar sua política urbana.

Então, devemos ter um respeito enorme pela legislação municipal e, no nosso caso, distrital, porque ela representa a vocação democrática de uma cidade para se fazer expansão do desenvolvimento urbano. Neste momento, talvez tenhamos que ver uma norma local em confronto com uma norma federal, e eu diria que, nesse ponto, em razão da autorização dada pelo art. 182 da Constituição Federal, prevalece a lei local em detrimento da lei federal. Isso é importante e sensível, e talvez tenhamos que ter a coragem de dizer isso.

A nossa política urbana, que está para ser executada a duras penas, não tem sido suficiente para atender a uma demanda que, provavelmente, por razões históricas, remonta ao período colonial. Então, não teremos a possibilidade de resolver isso tão brevemente, e também não podemos fazer tudo de uma vez,

ignorando que o direito social à moradia tem que ser visto sob a perspectiva individual - a casinha, que o Desembargador Sérgio Rocha tanto enalteceu - e também temos que ver a moradia numa perspectiva coletiva, porque a cidade exige planejamento que garanta mobilidade e eficiência nas redes de abastecimento, nas redes de suporte de serviços públicos. Sem que isso seja feito, a cidade é o caos, porque, a pretexto de se tutelar o interesse individual de alguns que não tem casa para morar, podemos desarranjar a cidade por inteiro, em prejuízo de todos.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Revisor

Desembargador Carlos Rodrigues, se V. Ex.^a me permite.

Concordo plenamente com todas as ponderações feitas por V. Ex.^a. Mas não se trata de uma casinha, nem de centenas de casinhas, mas de milhares de casinhas. E, até que se promova essa adequação urbanística planejada a que V. Ex.^a se refere, e que é necessária e útil a todos nós, onde essa gente vai morar? Essa gente existe. Existem crianças e velhos, famílias que precisam morar em algum lugar. Enquanto não se estabelece essa política, eles têm que morar em algum lugar. Esse é o pedido deles: "Deixem que eu more aqui até as coisas melhorarem".

O voto de V. Ex.^a é muito belo, técnico e digno de aplausos e elogios. V. Ex.^a tem bastante experiência e conhecimento nessa área, até porque veio de uma vara especializada, mas, ao final dos votos de V. Ex.^a e os de todos desta egrégia Câmara, essas quatro famílias serão jogadas na rua, com suas crianças e idosos, e isso, a meu ver, é inconstitucional, insensato. Não estaremos demolindo um canil, um galinheiro ou uma pocilga construídos em área pública. Estaremos demolindo o abrigo der quatro famílias, e isso pé inconstitucional.

Obrigado.

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - Vogal

Senhor Presidente, as preocupações do Desembargador Sérgio Rocha são realmente oportunas, e digo que já vi situações concretas de cortar o coração. São pessoas acamadas que estão na iminência de uma derrubada; berçinhos de criança, tudo aquilo passando por uma demolição. Já vi isso várias

vezes e, realmente, é de cortar o coração. Mas trata-se de uma questão que também deve ser vista sob o ângulo das políticas públicas. Se as políticas públicas não são suficientes - e concordo que talvez não sejam - mas há um limite, porque, na hermenêutica jurídica, a criação de diferenciações em que se deveria preservar a situação de desigualdade é também uma questão perigosa. Então, talvez uma questão no pragmatismo jurídico seja necessária para definir uma linha de atuação hermenêutica.

Dito isso, prossigo. O que é passível de ser regularizado será regularizável, e não será objeto de notificação demolitória. Nas situações em que efetivamente não é possível uma regularização, mas a notificação é necessária porque a ordem urbanística não foi preservada no interesse de todos, devem-se promover a desocupação e a demolição. Mas existem situações e políticas públicas que contemplam o chamado aluguel social. Possibilidades existem, mas elas estão sob a competência do administrador público e não necessariamente do juiz. A meu sentir, temos que fazer essa divisão de responsabilidade, a responsabilidade do juiz é uma, e a responsabilidade do administrador público é outra, e as coisas não devem se misturar em razão do disposto no art. 2º da Constituição Federal.

A imperatividade da ordem pública deve ser combinada com a necessidade de atendimento ao direito individual da moradia social, e ao Estado devem ser facultados meios operacionais - como a fiscalização - para se fazer isso, e, ao mesmo tempo, atuar com políticas públicas que garantam a outorga de moradias, seja pela construção de moradias novas, seja pela regularização do que é possível de se regularizar. Então, é uma tarefa gigantesca e difícil de ser politicamente equilibrada, mas necessária, e que deve ser feita pelo administrador público e não pela mão do juiz.

Rogo vênias ao eminente Desembargador Sérgio Rocha para acompanhar o eminente Relator, dando provimento ao recurso da embargante.

A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE - Vogal

Senhor Presidente, confesso que estou fascinada com a erudição dos meus nobres colegas, com a preocupação que todos externaram na concretização de valores constitucionais, porque devemos realmente operar sob a égide da Lei Maior, dispondo de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, que é reconhecido como o mais aperfeiçoado do mundo, já que combinamos o critério difuso de raízes norte-americanas com o controle concentrado do sistema continental e europeu, e mais alguns acréscimos que sempre introduzimos ao adaptar às nossas peculiaridades essas regras.

As divergências que se observaram até agora se devem exatamente à questão da concretização de valores constitucionais em alto grau de abstração, demandando sucessivas etapas de concretização até contemplar o caso concreto, porque, quando se trata de princípios constitucionais, é importante frisar que estão em uma situação de tensão, e a colisão entre esses princípios não pode se resolver à luz da regra do "ou tudo ou nada", que se presta apenas a resolver a colisão entre normas-regra - norma mais atual afasta a mais antiga; norma especial afasta norma geral. Os princípios devem ser compatibilizados segundo uma ponderação de valores. De um lado, sim, o direito social, o direito à moradia; mas, também, de outro, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado a fim de garantir a qualidade de vida da presente e das futuras gerações.

Uma ocupação desordenada, seja do meio ambiente rural, seja do urbano, compromete essa qualidade de vida. No meio urbano, impede a instalação dos equipamentos públicos indispensáveis para a prestação de serviços mais básicos; no meio rural, compromete a qualidade do meio ambiente, a preservação do lençol freático; inclusive em áreas como a que estamos tratando agora, de alta proteção, de uso controlado. A instalação, por exemplo, das fossas, que a ocupação desordenada desses barracos acarreta, contamina o lençol freático. E temos um problema muito maior, que é o impedimento da recarga dos aquíferos, com a impermeabilização descontrolada do solo; e estamos em uma altitude que torna extremamente oneroso, difícil e, às vezes, que até impossibilita a busca de água fora desse ecossistema de que dispomos.

Portanto, temos que manter essas normas de preservação, embora não possamos descurar do meio social subjacente, cujos direitos fundamentais vão sendo atendidos na medida do possível, mas com vistas à harmonização dos valores consagrados em sede constitucional.

Com essas breves considerações, renovando elogios pela

preocupação de todos os meus colegas, e pedindo vênias à divergência, acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Não há evidências de que os autores da ação são pessoas vulneráveis. Dois deles são solteiros e não há indicação sequer que estivessem na companhia de família. Um se qualifica como professor e o outro como auxiliar de escritório, fato que, por si só, evidencia que não se trata de pessoas em situação vulnerável.

E a ocupação era recente, em área não passível de regularização, que está fora do PDOT, e próxima de córregos que compõem a bacia do Santo Antônio, que hoje é a principal represa de abastecimento de água do Distrito Federal. A ocupação pode comprometer a qualidade da água dessa barragem.

Com a devida vênias do Desembargador Sérgio Rocha, que sempre revela em seus votos a preocupação humanística e o alcance social de suas decisões, tolerar tais ocupações seria fomentar novas invasões ou ocupações irregulares, muito a gosto de movimentos tidos como progressistas, que não têm respeito pela lei, muito menos pela Constituição.

Acompanho o eminente Relator, rogando vênias.

DECISÃO

Embargos conhecidos. Providos. Maioria