

VENDA DIRETA DE LOTES DE “CONDOMÍNIOS IRREGULARES” NO DISTRITO FEDERAL: ANÁLISE DE SUA LEGALIDADE*

Paulo Roberto Rocha Barbosa Ferreira

RESUMO

Para ser suficientemente compreendida, a confusão fundiária instalada no Distrito Federal demandaria não apenas uma singela monografia, mas dissertações e mesmo teses; portanto, este trabalho restringe-se a investigar as origens, o desdobramento e as peculiaridades do quadro fático e jurídico de ocupação irregular de terras públicas no Distrito Federal até seu ponto culminante: o porquê da chancela de legalidade à venda direta de lotes públicos conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

A política habitacional local, alvejada pela grilagem de terras públicas, pela pressão especulativa, pelo fluxo migratório, pelo déficit imobiliário e pela desídia do próprio Estado (no combate à criminalidade e na promoção de moradia), sucumbiu à proliferação desordenada dos famigerados “condomínios” em áreas públicas e privadas localizadas por todo Distrito Federal.

O governo distrital, de maneira a harmonizar os interesses dos contendores, tomou por iniciativa a edição de leis que permitissem a venda direta dos mencionados lotes. Tais leis têm sido questionadas por afrontarem disposição constitucional de licitação pública.

Em janeiro de 2006, a Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) chegou a lançar editais para a licitação dos “condomínios” San Diego, Portal do Lago Sul, Mansões Califórnia e Estância Jardim Botânico, todos localizados no Jardim Botânico, porque estes já estavam com o processo de licenciamento concluído, que inclui o projeto urbanístico e o licenciamento ambiental.

* Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação Ordem Jurídica e Ministério Público, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Ulisses Schwarz Viana.

Na época, no entanto, o governo acabou desistindo da venda por licitação em virtude da repercussão negativa gerada. A discussão em torno dos “condomínios” é problema que se arrasta há vários anos e apresenta inúmeras nuances. Muitas outras leis já foram declaradas inconstitucionais por motivos diversos.

Criadas pela Câmara Legislativa, as Leis Complementares ns. 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 507, 508 e 509/2002, que tratavam da urbanização de dez parcelamentos localizados em Sobradinho, estabeleciam “índices de ocupação e uso do solo para fins de aprovação de parcelamentos”. As normas ainda regulavam o tamanho das moradias que podiam ser erguidas nos condomínios, além de caracterizar a destinação dos lotes (se comerciais, residenciais ou mistos).

Para os desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, tais leis não se adequavam ao Plano Diretor Local – PDL da cidade e, por isso, iriam contra a Lei Orgânica do Distrito Federal. Recentemente, secretários do governo distrital e promotores do MPDF elaboraram o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC n. 002/2007, que instrumentaliza a venda direta de lotes vazios, além de estudo para a aplicação da Lei n. 9.262/96 a todos os parcelamentos do Distrito Federal.

A desordem fundiária instalada no Distrito Federal, para ser suficientemente compreendida, demandaria não apenas uma singela monografia, mas dissertações e mesmo teses. Para que não nos afogássemos nesse mar de relações intrincadas, entre a natureza das terras irregularmente ocupadas, privadas e públicas, elegemos tratar das públicas pertencentes ao Distrito Federal, contempladas parcialmente pela Lei n. 9.262/96, julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e estendida às demais áreas em situações semelhantes, como já mencionado.

As terras da União localizadas neste quadrilátero seguirão os critérios estabelecidos pela Lei Federal n. 9.636/98, que obriga a licitação, mas confere o direito de preferência a quem ocupou os terrenos até fevereiro de 1996, portanto, não farão parte do presente estudo, assim como o destino das áreas particulares. O Estatuto das Cidades, instrumento regulamentador dos arts. 182 e 183 da Constituição da República, será evocado de maneira ilustrativa, pelo fato de ter sido editado somente em 10 de julho de 2001, quatro anos e meio após a Lei n. 9.262/96.

O referido Termo de Ajustamento de Conduta também será empregado eventualmente, uma vez que sua finalidade é conferir emprego prático, medidas administrativas que concretizem o disposto na Lei n. 9.262/96, ao enumerar providências, preventivas e repressivas, de natureza ambiental, urbanística e de registros, que pela sua riqueza de minúcias não caberiam nesta monografia. Portanto, restringir-nos-emos a investigar as origens, o desdobramento e as peculiaridades do quadro fático e jurídico de ocupação irregular de terras no Distrito Federal até seu ponto culminante: o porquê da chancela de legalidade à venda direta de lotes públicos, conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

1 A PECULIAR QUESTÃO FUNDIÁRIA NO DISTRITO FEDERAL

A população do Distrito Federal parece não mais esboçar qualquer sentimento de inconformismo quando se depara com mais uma notícia de parcelamento ilegal do solo, comumente segmentada entre “condomínios” e “favelas”, conforme as conseqüências semânticas que se lhes queira imprimir: aceitação e repulsa, respectivamente.

A constatação veiculada pelos periódicos de que aproximadamente $\frac{1}{4}$ dos habitantes deste quadrilátero atualmente reside em imóveis de propriedade privada ou pública, esta partilhada entre a União e o Distrito Federal, cuja iniciativa para sua divisão, venda e ocupação não foi tomada pelo Poder Público, talvez justifique tal apatia. Seria o apaziguamento trazido pela “naturalização dos fatos”, pela pura repetição, por mais abjetos que um dia fossem.

Essa aparente usurpação da iniciativa dos poderes constituídos, antes de caracterizar uma insurreição, seria mais uma acomodação frente a desastrosas discussões quanto à legitimidade dominial. Na relatoria da ADI n. 2.990-8/DF, promovida contra o art. 3º, *caput*, e parágrafos da Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996, que permitia a venda direta de áreas públicas passíveis de se tornarem urbanas, o Ministro Joaquim Barbosa descreveu que:

é notório, no Distrito Federal, que a maior parte da área passível de ocupação para fins de moradia [...] é pública, em virtude das peculiaridades da implantação da capital do País no Centro-Oeste. Não se olvida que as grandes dificuldades na definição da titularidade das áreas, decorrentes da morosidade de solução de processos de desapropriação, e a própria estrutura governamental, que tem capacidade limitada para oferecer os equipamentos públicos indispensáveis ao loteamento urbano, causaram certa demora na oferta de terrenos à população.

Analisemos a gênese. O art. 3º da Constituição da República de 1891 assim dispunha: “Fica pertencendo à União, no Planalto Central da República, uma zona de 14.000 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada, para nela estabelecer-se a futura Capital Federal.”

Erasto Villa-Verde de Carvalho¹ avalia que esse dispositivo deveria ter sido compreendido em termos, mas não o foi. Deveria ter sido interpretado de maneira sistemática,² para que o vocábulo pertencer obtivesse interpretação restritiva e se referisse às terras devolutas, àquelas que não pertencessem aos particulares, pois não teve o Poder Constituinte de 1891 o propósito de confiscar esses bens.

Em seguida, o mesmo autor³ menciona que, em cumprimento ao contido no art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já da Constituição da República de 1946, foi promulgada a Lei n. 1.803, de 5 de janeiro de 1953, que, em seu art. 2º, determinava a demarcação de uma área em torno do sítio escolhido, na região do Planalto Central, com limites naturais ou não de 5.000 km², que seria incorporado ao patrimônio da União.

Obviamente, referiam-se às terras de particulares situadas no quadrilátero, como endossam os dispositivos da Lei n. 2.874, de 19 de setembro de 1956, que tratava da Capital Federal, ao deferir ao Executivo o poder para firmar acordos e convênios com o Estado de Goiás e visar à desapropriação dos imóveis situados dentro da área do novo Distrito Federal.

Referida Lei tratou, ademais, da constituição pelo Poder Executivo da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap, a quem caberia, entre outras obrigações, a aquisição, a permuta, a alienação, a locação e o arrendamento de imóveis na área do novo Distrito Federal.

Pelo art. 9º, inciso II, da mencionada Lei, ficou estabelecido que o capital social da Companhia, entre outros bens, seria integralizado com a transferência de toda a área do futuro Distrito Federal, pelo preço de custo, acrescido das despesas de desapropriação, à medida que

1 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 43.

2 Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

3 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 40-41.

fosse sendo adquirida pela União, excluídas as áreas reservadas ao uso comum de todos e ao uso especial da União.

Erasto Villa-Verde de Carvalho⁴ conclui, num simples exercício de lógica, que, por força da Lei n. 2.874/56, as terras expropriadas dos particulares passaram ao domínio da Novacap e as devolutas continuaram a pertencer à União.

Posteriormente, a Lei Federal n. 5.861/72, em seu art. 2º, com a redação dada pela Lei n. 6.531/78, autorizou o Governo do Distrito Federal a constituir a Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap, com a finalidade específica de suceder à Novacap, assumindo-lhe os direitos e as obrigações, na execução das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal, objeto de utilização, aquisição, administração, disposição, incorporação, oneração ou alienação de bens.

A despeito da linearidade demonstrada de todo o procedimento referente à demarcação, à ocupação e à administração das terras que constituiriam e constituem o Distrito Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT realizou interpretações grosseiras, nas quais concluiu que todos os imóveis aí localizados ao tempo da mudança da Capital já pertenciam à União, por isso insuscetíveis de desapropriação.

A desastrosa consequência de tal interpretação foi considerar que todos os registros paroquiais, as escrituras e os registros imobiliários feitos nos Cartórios de Luziânia, Planaltina ou Formosa, relativamente às fazendas anteriormente localizadas nesses municípios e que passaram para o quadrilátero, eram nulos, sem valor jurídico.⁵

Lamentável equívoco, derivado de interpretação literal, em vez de sistemática, do conteúdo do art. 3º da Constituição da República de 1891, teve por consequência a proibição de que os cartórios lavrassem escrituras de vendas e registrassem as apresentadas. A vida, por seu dinamismo que lhe é peculiar, não é facilmente interrompida. Assim, aqueles interessados fizeram lavrar escrituras noutros cartórios, tomaram posse dos imóveis adquiridos e passaram a exigir o direito de fazer a transcrição ou registro dos títulos, ou de ser reconhecida a

4 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 42.

5 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 43.

propriedade privada por meio da interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Esse episódio talvez não seja o marco da desordem imobiliária que se instaurou no Distrito Federal, mas bem ilustra o ambiente propício para a formação e a disseminação tanto de grupos organizados criminosos, que se especializaram em forjar documentos para legalizar seus negócios escusos de parcelamento irregular de solo; quanto de levas de pessoas sem qualquer organização, a ocupar terras alheias (públicas ou privadas), em alguns casos até estimuladas por notórias figuras políticas da Capital, que assim angariavam dividendos eleitorais e manipulavam, demagogicamente, e com um inevitável prejuízo da coletividade, algo tão caro ao homem – a moradia.

É necessário despertar para que esta primeira contextualização não resvale em um maniqueísmo simplista. Este é um caso em que todos são simultaneamente vítimas e vilões. Em diferentes graus, por óbvio, mas quando se tem uma visão de conjunto, percebe-se que não há direito que possa ser reivindicado como absoluto.

Dáí a necessidade do cumprimento da função social da propriedade, tanto pelos particulares quanto pelo Poder Público, questão essa melhor explorada em capítulos seguintes.

1.1 ENTRE O SER E O DEVER SER: OS PARCELAMENTOS ILEGAIS DO SOLO VERSUS UMA POLÍTICA DE OCUPAÇÃO DO SOLO ADEQUADA

Por ser matéria de Direito Civil, a competência para legislar sobre o direito de parcelamento do solo é da União, conforme o art. 22, inciso I, da Constituição da República. A Lei n. 6.766/79, ao disciplinar tal direito, estabeleceu no art. 12 que o projeto de loteamento e desmembramento deveria ser aprovado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem competiria também a fixação das diretrizes a que aludem os arts. 6º e 7º desta lei, salvo a exceção prevista no art. 8º: “O Município de menos de 50.000 (cinquenta mil) habitantes poderá dispensar, por lei, a fase de fixação das diretrizes previstas nos arts. 6º e 7º desta Lei, para a aprovação do loteamento.”

Em uma interpretação sistemática, Erasto Villa-Verde de Carvalho⁶ afirma que essa norma não se traduz em delegação de competência legislativa, pois o art. 30, inciso I, da

6 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 48-49.

Constituição da República afirma que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, bem como criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual.

Erasto Villa-Verde de Carvalho⁷ conclui seu exercício de hermenêutica com a afirmação de que a União limita-se, portanto, a lançar regras fundamentais, e compete aos Municípios ou ao Distrito Federal, conforme o caso, decidir pela conveniência e pela oportunidade de se aprovar o loteamento ou o desmembramento do solo, levando em conta o interesse local.

Essas primeiras considerações nos dão os elementos básicos para a análise da ocupação do solo. A questão do interesse local, mencionada anteriormente, cremos referir-se a uma espécie do gênero interesse público. Este é apresentado pela doutrina administrativa majoritária por meio da máxima supremacia do interesse público sobre o privado. É preocupante erigir tal figura à condição de verdade apriorística.

Cada situação deve ser avaliada individualmente para que se evitem generalizações arbitrárias. Tal princípio, cujas características serão mais bem abordadas no segundo capítulo deste trabalho, não pode simplesmente servir de panacéia à inércia estatal.

Explicamos. A grandiosa demanda imobiliária no Distrito Federal é fato público e notório. Ainda assim, não foi elevada, ou pelo menos não a contento, à condição de interesse público, apesar de verdadeiramente o ser, tanto pela inclusão da moradia como direito social no art. 6º da Constituição da República, quanto pela qualificação da propriedade como direito fundamental, inscrito no art. 5º, inciso XXII. Distingamos as duas. Nas palavras de Alexandre de Moraes:⁸

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal [...] A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas

7 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 49.

8 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.471-472.

consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício. A Constituição de 1988 [...] consagrou diversas regras garantidoras da sociabilidade e co-responsabilidade, entre as pessoas, os diversos grupos e camadas socioeconômicas.

A propriedade, por sua vez, apresenta-se a José Afonso da Silva⁹ da seguinte forma:

[...] a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio [assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social]. É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu. Com as novas disposições a Constituição dá ainda maior razão a Pontes de Miranda, quando escreve que às leis é que compete regular o exercício e definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pois que, no art. 5º, XXII, só se garante a instituição de propriedade, sendo suscetíveis de mudança por lei seu conteúdo e limites. [...] A Constituição consagra a tese, que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades. Agora, ela foi explícita e precisa. Garante o direito de propriedade em geral (art. 5º, XXII; garantia de um conteúdo mínimo essencial), mas distingue claramente a propriedade urbana (art. 182, § 2º) e a propriedade rural (art. 5º, XXVI, e, especialmente, arts. 184, 185 e 186), com seus regimes jurídicos próprios, sem falar nas regras especiais para outras manifestações da propriedade [a propriedade autoral, a propriedade de inventos e de marcas e patentes e a propriedade-bem de família, consideradas aqui somente as especiais referidas entre os incisos do art. 5º].

[...] Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra está, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

A simples menção a interesse público, ou mais precisamente à sua ausência, não pode ser empregada como escusa à motivação.¹⁰ É o que sintetiza Erasto Villa-Verde de Carvalho¹¹ ao argüir o seguinte:

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 270, 273-274.

¹⁰ “[...] a motivação, como bem sintetiza Cretella Jr., ‘é a justificativa do pronunciamento tomado’, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras, a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 104.

¹¹ CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 50.

Atendidas que sejam as exigências do art. 11 c/c o inciso II do art. 4º e o art. 5º, da Lei n. 6.766/79, resta aos Municípios ou ao Distrito Federal analisar cada caso, podendo aprovar ou não o loteamento ou o desmembramento, dependendo das condições apresentadas pelo interessado, sobretudo se foi ou não observado o plano de expansão da cidade, mas justificando convincentemente os motivos da recusa, do contrário, pratica arbítrio.

Para se proteger contra dêz mandos ou exigir tomada de iniciativa pelo Poder Público, os cidadãos e o Ministério Público dispõem de um aparato de remédios constitucionais, a exemplo do mandado de injunção, da ação popular e da ação civil pública. Estes, por vezes, acabam sendo barrados pelo conservadorismo dos tribunais que adotam cegamente a tese de que não cabe ao Poder Judiciário avaliar o mérito administrativo, apenas questões de forma (legalidade). Essa mentalidade tampouco permite que o Ministério Público, ou qualquer que seja, ao que parece, interfira na iniciativa de políticas públicas, que seriam uma exclusividade do Poder Legislativo, conforme sua conveniência e oportunidade. Observe-se, como exemplo, o seguinte julgado da lavra do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Processual civil. Ação civil pública. Improcedência. Questão de invasão de área pública. Toldo. Legitimidade passiva. Condenação do Distrito Federal na demolição de construções consideradas irregulares. Impossibilidade.

1. Considera-se legitimado a compor o pólo passivo da ação civil pública proprietário de bar que agrega, ainda que de forma precária, ao uso particular, área contígua considerada pública.
2. Não cabe ao Judiciário determinar à Administração Pública que desfaça construções realizadas em área pública, não podendo ser desconsiderado o exercício de poder de polícia, bem como o princípio da conveniência e da oportunidade, de que se reveste o poder executivo.
3. (...) "as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos poderes." (STJ, 1ª Turma, REsp 169.876/SP).¹²

Agindo dessa maneira, os Tribunais negam força ao fundamento de que os Poderes da República são unos, indivisíveis e autônomos. A distinção entre Executivo, Legislativo e Judiciário, como é sabido, refere-se à característica preponderante de cada um, e não estanques. Pode o Judiciário intervir na formação de políticas públicas sim, sob pena de

¹² Apelação Cível 20000110208695APC DF; Acórdão n. 194082; data de julgamento: 8.3.2004; órgão julgador: 5ª Turma Cível; Relator: Dácio Vieira; publicação no DJU: 1º.7.2004, p. 42.

abdicar de sua autonomia.

Um ordenamento jurídico descontextualizado é imediatamente desacreditado. A participação popular na administração pública, entretanto, mostra-se irrefreável, ainda que se valha de instrumentos ilícitos, como os parcelamentos ilegais de solo no Distrito Federal.

Erasto Villa-Verde de Carvalho¹³ e Alessandra Elias de Queiroga,¹⁴ esta de maneira pormenorizada, traçaram em seus respectivos trabalhos uma verdadeira cronologia da legislação referente ao parcelamento do solo para fins urbanos, com especial destaque para as Leis ns. 4.591/64 e 6.766/79, num claro esforço de se atingir uma síntese a respeito da verdadeira natureza e significado dos autodenominados “condomínios irregulares”.

Não empregamos integralmente essa cronologia pois, a nosso ver, no caso particular do Distrito Federal, em nenhuma circunstância, ou quase nenhuma, houve a intenção verdadeira de se criarem condomínios, em sua acepção jurídica original. O que se quis, e o que ainda se quer, foi a criação de bolhas de refúgio das classes mais aquinhoadas.

Há quem justifique tais medidas com base na (in)segurança pública que a todos toca. Se por um lado é justo (senso comum) que se tomem iniciativas de cunho privado, a despeito de quem não pode pagar para se esconder atrás de muros e grades, não menos justo (idem) é que se pague pelo apoderamento de uma área então pública e que foi arrancada de uma coletividade não individualizável (cujos danos sofridos são permanentes, quando, por exemplo, são perfurados poços artesianos, que drenam e poluem para o benefício de poucos o que pertence a muitos), não menos justo (idem) é que não sigam beneficiando-se da própria torpeza e apoderando-se de áreas nobres a preços vis.

1.2 SURGE A IDÉIA DOS CONDOMÍNIOS: NATUREZA JURÍDICA, EXPANSÃO VERTIGINOSA E LENIÊNCIA GOVERNAMENTAL

Alessandra Elias de Queiroga descreve em seu livro¹⁵ que, no Distrito Federal, desde o primeiro parcelamento ilegal do solo para fins urbanos, constituído já em 1974, procurou-se

13 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

14 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

15 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 49.

empregar a denominação “condomínio”. Assim, dos mais de quinhentos loteamentos ilegais inscritos no cadastro do Governo do Distrito Federal, ao tempo da pesquisa de sua dissertação,¹⁶ todos tinham o nome de “condomínios”. Por quê?

Para uma resposta, primeiro recorreremos ao que diz a Lei n. 6.766/79, com as alterações feitas pela Lei n. 9.785/99:

Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo:

V – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Art. 13. Aos Estados caberá disciplinar a aprovação, pelos Municípios, de loteamento e desmembramento nas seguintes condições:

I – quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal;

Essa norma, portanto, veda o parcelamento para fins urbanos em área classificada como de proteção ecológica e naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis. Nenhum argumento parece ter sido forte o bastante, contudo, para dissuadir o Governo do Distrito Federal da legalização da invasão da Estrutural, hoje Vila, apesar da peculiaridade de sua localização: as cercanias de um depósito de lixo e de dutos de combustível aterrados.

Também nada parece ter se oposto ao sancionamento da Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996, de autoria do então senador José Roberto Arruda, que autorizava a venda sem licitação das áreas públicas ocupadas localizadas nos limites da APA (área de proteção ambiental) da Bacia do Rio São Bartolomeu, que sofreram processo de parcelamento reconhecido pela autoridade pública.

Nesse último caso, contudo, o Ministério Público Federal insurgiu-se por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI. A propósito, não tratou o defensor da ordem

¹⁶ Ano 2001.

jurídica de questionar o teratológico conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.262/96, que possibilita a venda depois de atendidas as exigências da Lei n. 6.766/79, a despeito desta, em seu bojo, expressamente vedar o parcelamento do solo em áreas de reserva ecológica.¹⁷

Ou seja, a premissa maior desse silogismo está incorreta, de forma a desmorrar o raciocínio supostamente lógico (falacioso) apresentado pela Lei. A abordagem do Ministério Público sobre o art. 3º, por fim, mirava apenas a questionável constitucionalidade da venda direta das áreas públicas ocupadas, dispensados os procedimentos exigidos pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, em face da obrigatoriedade contida no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República.

Retomando o porquê do emprego atécnico do vocábulo “condomínios”, segundo Alessandra Elias de Queiroga,¹⁸ como são as áreas de preservação ecológica as mais atraentes e apazíveis, tem-se buscado uma forma de burlar a legislação federal que disciplina o parcelamento do solo para fins urbanos. Tal burla se daria, principalmente, por meio da figura do “condomínio fechado”.

Para tanto, elaborou-se um discurso defensor da idéia de que os “condomínios” diferenciariam-se dos parcelamentos do solo, pois naqueles as ruas e os logradouros não passariam para o patrimônio do Município e permaneceriam sob administração privada dos condomínios.¹⁹ Dessa maneira, intentar-se-ia assemelhá-los ao regime estabelecido pelo art. 8º da Lei n. 4.591/64.

Entre outras incompatibilidades que impossibilitam qualquer tentativa de adaptação da

17 “Vedado está o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até sua correção. Este dispositivo não constava do projeto inicial proposto no Senado Federal. Possibilitou-se a preservação dos problemas ambientais e houve um claro posicionamento legal forçando a correção da atividade poluidora. As áreas de preservação ecológica podem abranger as áreas chamadas de interesse especial (art. 13, I) tais como ‘de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, definidas por legislação estadual ou federal.’ Entretanto, as áreas de preservação ecológica não se reduzem às mencionadas. As florestas de preservação permanente, os parques nacionais, estaduais e municipais, as reservas biológicas, as reservas de caça, as estações ecológicas e as áreas de proteção ambiental cujos objetivos transcendem os do art. 13, da Lei n. 6.766/79 estão, também, abrangidos pela expressão ‘áreas de preservação ecológica’”. Paulo Afonso Leme Machado. In: *Direito Ambiental Brasileiro*. 4. ed., p. 238 *apud* QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 142.

18 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 143.

19 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 144.

Lei de Condomínio aos loteamentos, aflora, com especial destaque, a condição de que “no condomínio o adquirente é obrigado, por força da adesão à incorporação condominial, a construir, segundo a planta coletiva, previamente aprovada, enquanto que no ‘loteamento’, o adquirente constrói se e quando quiser, na conformidade da planta elaborada e aprovada especialmente para o seu lote.”²⁰

A despeito dessa observação, a maioria dos parcelamentos do solo para fins urbanos realizados de maneira clandestina continua se autoproclamando “condomínio”. Uma das vantagens provenientes do uso dessa figura, destaca Alessandra Elias de Queiroga,²¹ é a esquivia de observar as determinações da Lei n. 6.766/79, que, por sua vez, diminuiriam consideravelmente a margem de lucro de seus empreendedores.

José Afonso da Silva²² é quem melhor sintetiza essa questão:

Vale dizer, os tais ‘loteamentos fechados’ juridicamente não existem; não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou do desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o Direito Urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo.

Ainda que ausente de regulamentação adequada, ou justamente por isso, tais ocupações continuaram a se proliferar no Distrito Federal e a um ritmo tão acelerado que, para o leigo, a implantação de simples projeto de urbanização antes de sua legalização passou a se denominar “condomínio”, pouco importando se se trata de terras pertencentes a uma só pessoa ou a mais de uma, nas palavras de Erasto Villa-Verde de Carvalho.²³

Longe da vulgaridade com que hoje a questão é tratada, o primeiro caso de loteamento ilegal implantado no Distrito Federal ocorreu em 1974, na então Fazenda Taboquinha. Aí também foi inaugurada dinâmica de efetivar a venda de suas unidades a pessoas integrantes das estruturas do poder, em seus diversos setores.

20 Nelson Kojranski. “Loteamento fechado...” *apud* QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 144.

21 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 145.

22 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 315-316.

23 CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 65.

No início da década de 90 do século XX, o fenômeno da ocupação irregular de terras tomou ares de proliferação desenfreada, ocasionada por duas frentes: de um lado, os novos núcleos urbanos destinados à classe média, os “condomínios”; de outro, os destinados à população de baixa renda.

O primeiro decorreu do natural incremento da grilagem, acrescida da demanda imobiliária sempre ascendente e da paralisia do Estado, que a tudo assistia complacente, como se contemplasse a mera acomodação do espaço geográfico distrital, ao transmitir essa iniciativa aos particulares e interferir apenas no momento de apor a chancela oficial da legalização. Um Estado que age com atraso ou leniência não justifica sua existência.

Do outro lado, o segundo decorreu da transferência dos moradores das invasões localizadas no Plano Piloto para as novas periferias do Distrito Federal, de precária ou inexistente infra-estrutura, mas de forma a assegurar a fixação dessa leva de eleitores, numa clara reprodução de uma política clientelista do século XIX.

Essa conduta, embora oficial, era de legalidade duvidosa:

As irregularidades existem nos próprios loteamentos autorizados pelo Governo, normalmente nos assentamentos da população de baixa renda, em que o Governo usa, como meio de substituir a escritura de venda, impedido que está por falta de aprovação, a concessão de uso. Por falta de formalização do processo de aprovação do loteamento, que permite a expedição de título de transferência de domínio, ou de compromisso de venda capaz de gerar direito real de propriedade, a Administração busca remediar-se com artifícios jurídicos como se o instituto suprisse a não-aprovação do loteamento.²⁴

Diferentemente dos assentos populares, que se prestavam também à fixação da população rural, a população de classe média ocupou novos espaços na geografia do Distrito Federal por meio dos “condomínios” irregulares. Em face de seu crescimento acelerado, e portentoso, beiraria o cinismo qualificá-lo como reação legítima à escassez imobiliária. Aqueles que depositaram suas economias nesses “empreendimentos” vislumbraram a possibilidade de habitar áreas nobres por inúmeras vezes mais baratos que seus equivalentes regularizados. Vislumbraram um investimento, endossado pela previamente anunciada irreversibilidade de sua presença, graças a uma política “moderadora” do Estado, que não

²⁴ CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 68-69.

desalojaria seus filhos mais ilustres. O fato já estava consumado...

1.3 REGULARIZAÇÃO A QUALQUER CUSTO? A PROPRIEDADE PÚBLICA TAMBÉM DEVE OBSERVAR A FUNÇÃO SOCIAL?

Se o Estado não interveio da maneira que lhe era devida para impedir a atual configuração da ocupação de terras no Distrito Federal, onde mais de 600 mil pessoas²⁵ atualmente vivem em parcelamentos irregulares, medidas de caráter repressivo, por mínimas que fossem, deveriam então ser esperadas como uma demonstração de que o Poder Público ainda estava no comando, ainda que cambaleante.

Afinal, os moradores dessas áreas não poderiam viver eternamente na qualidade de “invasores”, o que, em última análise, seria negar-lhes a própria cidadania e os objetivos fundamentais da Constituição da República, tampouco o Estado poderia continuar encenando que dispunha de pleno controle dessas áreas e promover a desocupação das pessoas ali instaladas a qualquer momento.

No entanto, meramente rebatizá-las, agora como bairros reconhecidos e regulares das respectivas cidades em que se encontram, nada mais significaria que institucionalizar a fraude e inverter a lógica do sistema jurídico. Seria o ápice da indolência governamental e um verdadeiro menoscabo à função social da propriedade, entre outros disparates (tais como o desprezo aos que dão fiel cumprimento às normas sob as quais vivem). E o Distrito Federal tem se mostrado pródigo nessa prática.

Em 8 de março de 2007, o jornal de circulação diária Correio Braziliense²⁶ noticiou que nove leis que tratavam da urbanização de dez “condomínios” localizados em Sobradinho haviam sido julgadas inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Para os desembargadores, as normas inscritas em tais leis não se adequavam ao Plano Diretor Local – PDL e, conseqüentemente, à Lei Orgânica do Distrito Federal.

25 CORREIO BRAZILIENSE, Brasília, 8 de março de 2007. Disponível em: <<http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2701039>; <http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2704884>>. Acesso em: 31 maio 2007.

26 CORREIO BRAZILIENSE, Brasília, 8 de março de 2007. Disponível em: <<http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2701039>; <http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2704884>>. Acesso em: 31 maio 2007.

As Leis Complementares ns. 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 507, 508 e 509/2002, de iniciativa da Câmara Legislativa, estabeleciam “índices de ocupação e uso do solo para fins de aprovação de parcelamentos”. As normas ainda pretendiam regular o tamanho das moradias que poderiam ser erguidas nos “condomínios”, além de caracterizar a destinação dos lotes (se comerciais, residenciais ou mistos). O TJDFT então contava com mais de 200 Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs ajuizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT.

Com isso, ignora-se a possibilidade de regularização de parcelamento clandestino ou ilegal²⁷ aventada às Prefeituras Municipais e ao Distrito Federal pelo art. 40 da Lei n. 6.766/79. Ignora-se a possibilidade de se intervir agressiva, porém eficazmente, nesse mecanismo viciado e impor uma reestruturação do espaço urbano. Apenas contemporiza-se e posterga-se a solução de questões inadiáveis.

O entendimento de Raquel Rolnik,²⁸ embora originalmente direcionado aos loteamentos ocupados pela população de baixa renda, pode ser empregado analogicamente, pois se refere à máxima efetividade que se deseja das leis:

É impressionante a quantidade de municípios que a provaram Legislações Especiais de Interesse Social, e essas legislações (...) reproduzem o mesmo padrão, só que diminuído. Não é uma abertura da legislação para encarar a produção real e intervir dentro da sua lógica, trabalhando com outras noções. Ela continua trabalhando com idéia de lote mínimo (...), continua trabalhando com a idéia da infra-estrutura básica, mas não rompe com a própria estratégia da regulação, que é a de não olhar para o processo real de produção da cidade; com isso, não incide sobre a lógica de produção da precariedade.

No que tange à função social da propriedade, essa doutrina foi desenvolvida com relação à propriedade privada. Foi a ela que se quis atribuir o aspecto social ao lado do

27 Diógenes Gasparin, na obra *O Município e o Parcelamento do Solo*, e José Afonso da Silva, em seu *Direito Urbanístico Brasileiro*, classificam como “parcelamento clandestino” aquele parcelamento do solo que não é do conhecimento do Poder Público, bem como aquele que, embora tenha sido objeto de análise pelos órgãos responsáveis, teve seu projeto recusado e, a seu despeito, foi empreendido. O “parcelamento clandestino” do solo é aquele não aprovado pelo Município ou pelo Distrito Federal, seja porque não foi submetido à aprovação, seja porque lhe foi negada a autorização. O “parcelamento irregular”, por sua vez, é aquele que teve seu objeto urbanístico aprovado, sendo que, após ou mesmo antes de sua inscrição no ofício predial, é executado de maneira diversa do que estatuído em seu projeto.

28 Regulação urbanística e exclusão social no Estado de São Paulo: mitos e verdades in: *Revista de Direito Imobiliário* n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais (p. 132) *apud* QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 134.

individual. Na propriedade pública, por outro lado, o aspecto social já prevalece simplesmente por se tratar de bens de domínio das pessoas jurídicas de direito público, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro.²⁹

Em complemento a seu raciocínio, a supracitada doutrinadora afirma que, além de adotar expressamente o princípio da função social da propriedade privada, a Constituição da República também resguarda, porém com menos clareza, o princípio da função social da propriedade pública, implícito em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana.

Já é de conhecimento geral que, em sua vertente privada, assim digamos, a função social da propriedade cria para o particular um dever de utilização regrada, mensurada, de seu patrimônio. A vertente pública, por sua vez, também é definida por meio de diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público. Seria objetivo da política de desenvolvimento urbano, sintetizado no art. 182 da Constituição da República, “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Carlos Ari Sundfeld, falando sobre a constitucionalização do direito urbanístico,³⁰ declara que:

a ligação constitucional entre as noções de ‘direito urbanístico’ e de ‘política urbana’ (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse direito, que surge como o direito de uma ‘função pública’ chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política.

E o objetivo da política pública urbana foi desdobrado pelo Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, I, quando determina que:

a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, abr./maio/jun. 2006, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

30 DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 49.

Essas metas encerram um ciclo: enquanto a função social da propriedade privada impõe um dever ao particular e exige a atuação do Poder Público para fiscalizá-lo; o princípio da função social da propriedade pública impõe um dever ao Poder Público e confere aos cidadãos o direito de exigir o cumprimento da norma constitucional.

Esses comportamentos importam em sustentabilidade. O Estado, cumprindo as metas a que se submete, espontânea ou coercitivamente, adquire confiança e legitimidade frente a seu povo, que também cumprirá o que lhe é devido, moral ou legalmente. A questão dos parcelamentos irregulares, antes de tudo, portanto, é a profunda questão da descrença recíproca entre o Poder Público e os cidadãos.

2 SUBSUNÇÃO DOS FATOS ÀS NORMAS

Superada a questão inicial do quadro fático, pois suficientemente delineado, cabe-nos agora submetê-lo a uma verificação constitucional. Primeiramente, a inserção do direito social de moradia no art. 6º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, não significa que o constituinte derivado necessitou de 12 anos para corrigir uma falha imperdoável do constituinte originário. Em verdade, o direito de moradia já era reconhecido como direito social por força do disposto no art. 23, inciso IX, da Carta de 1988.

O que é temido, hoje, é que o direito de moradia seja evocado como uma justificativa, quase uma panacéia, para a ocupação irregular de terras no Distrito Federal. Talvez o próprio Estado se valha casuisticamente dessa alegação para fundamentar sua inabilidade em combater o depauperamento, por poucos, de bens coletivos.

Uma interpretação sistemática da Constituição, entretanto, é meio suficiente para demonstrar que a hipertrofia de um direito ocasiona a distrofia de outro. Absolutizar a moradia e consentir com o apinhamento de pessoas em morros e encostas, em áreas de proteção ambiental ou em áreas poluídas o suficiente para inviabilizar a ocupação humana, é ignorar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225),³¹ por exemplo. Ainda mais, é dar de ombros à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da

31 Para José Afonso da Silva, “é um campo que integra, na sua complexidade, a disciplina urbanística, mas se revela como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 315).

República Federativa Brasileira, que não deve ser reduzido a um conceito impreciso.

Para tanto, o conceito do direito fundamental moradia precisa de uma feição que lhe garanta eficiência. Algo mais do que uma abstração ou uma generalização tomada de empréstimo de um ordenamento jurídico diverso. Hesse adverte que "a razão [para tanto] é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos."³²

Para José Afonso da Silva,³³ a moradia, como direito, apresenta duas faces: uma negativa e uma positiva. A negativa significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, o que demanda tanto a abstenção do Estado quanto a de terceiros. A positiva significa o direito de obter uma moradia digna e adequada. Isso lhe qualificaria como um direito positivo de caráter prestacional,³⁴ porque legitimaria a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. E é nessa ação positiva, segundo tal doutrinador, que se encontraria a condição de eficácia do direito à moradia.

Já discutimos no subitem 1.1 do presente trabalho que as tentativas de provocação do Poder Público, engendradas tanto por particulares quanto pelo Ministério Público, para a inclusão e a realização de políticas, tais como as de cunho habitacional, têm sido refutadas por Tribunais que insistem no veto da participação popular e reduzem sua urgência perante a rotunda alegação de discricionariedade dos mandatários.

Inviabilizada a face positiva, volta-se para a negativa. Quando destacou que nada

32 Konrad Hesse. Significado de los derechos fundamentales. In: Benda e outros. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri, Marcial Pons, 1996, p. 84-85 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 118-119.

33 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 314.

34 "[...] os direitos à prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma 'igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política'. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. [...] Os direitos à prestação supõem que, para a conquista e a manutenção da liberdade, os poderes públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil. O traço característico dos direitos à prestação está em que se referem a uma exigência de prestação positiva, de um comportamento ativo – e, não, de uma omissão." *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 143).

poderia se colocar entre o cidadão e seu direito de moradia, certamente José Afonso da Silva não pensava em medidas que transbordassem a legalidade. No Distrito Federal, no entanto, tratou-se de providenciar o vácuo governamental, ainda que este fosse ocupado por atores de índole questionável.

O Poder Público simplesmente ficou de cabeça para baixo, pois não interferiu quando deveria e se omitiu quando era esperada mobilidade. Agindo dessa maneira, também ignorou sua competência de “promover programas de construção de moradias e a melhoria de condições habitacionais e de saneamento”, determinada pelo art. 23, inc. IX, da Constituição da República.

Se tudo for levianamente atribuído ao direito fundamental à moradia, quais serão os limites para seu exercício? Uma vez reconhecido aos direitos fundamentais o *status* de direito de defesa, que se caracteriza por impor ao Estado um dever de abstenção, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo,³⁵ este estaria proibido de praticar ato incompatível com os direitos fundamentais ou de anular o que já praticou. Relegada, nas últimas duas décadas, a ocupação do solo no Distrito Federal à própria sorte, essas tentativas de regularização de terras públicas poderiam ser interpretadas como violação de seu dever de não-interferência. Se o Estado se omitiu até o presente momento, que assim permaneça...

O Estado não é o único a agir de maneira cínica e paradoxal. Ao mesmo tempo em que evocam o direito de defesa, os particulares também exigem os direitos a prestações materiais, que são complementares àqueles, mas aqui, no caso concreto, apresentam-se deturpados em relação ao *status* original. Estes foram inicialmente “concebidos para atenuar desigualdades de fato na sociedade para ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço).”³⁶ Algumas normas constitucionais já possuem alta densidade normativa. Não necessitam da interposição do legislador para lograr aplicação sobre as relações jurídicas. Tais normas, que permitem imediata exigência pelo indivíduo da satisfação

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 140

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 145.

do que comandam, veiculam os chamados direitos originários à prestação.³⁷

A maioria dos direitos à prestação material, no entanto, quer pelo modo enunciado pela Constituição da República, quer pelas peculiaridades do seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos. E pela inserção dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais, a eles são conferidas a auto-aplicabilidade prevista no § 1º, do art. 5º e a suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício, nas palavras de Alexandre de Moraes, anteriormente reproduzidas.

Os direitos à prestação material, contudo, são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. É dito que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São postos em prática tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado. Não caberia ao Judiciário, em princípio, extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários à prestação. Daí por que:

Para que se determinem como direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, o próprio princípio democrático. Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, nesse sentido, aplicáveis imediatamente, muito menos constituem preceitos exeqüíveis por si mesmos.³⁸

Todo o exposto não significa que essas normas sejam desprovidas de eficácia. Elas apresentam um caráter de norma de defesa, na medida em que propiciam que se exija do Estado que não adote políticas contrárias ao que proclamam esses direitos. Esse seria o quadro ideal, se Estado e os cidadãos se respeitassem mutuamente. Como aqui se apresentou seu avesso, os direitos a prestações materiais são as liminares concedidas para manutenção de loteamentos irregulares, posteriormente confirmadas na ação principal, com fulcro na fórmula do fato consumado, como também as decisões que obrigam o Estado a lhes prover os

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 145-146.

³⁸ Vieira de Andrade. *Os direitos individuais na constituição portuguesa de 1976*, p. 207 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 148.

instrumentos públicos (água, esgoto, luz, asfalto etc) para a sobrevivência e proliferação da ilegalidade.

2.1 DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E A INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS

Em regra, os direitos fundamentais³⁹ são apresentados como absolutos e universais. A qualidade de ser humano constituiria condição suficiente para a titularidade desses direitos, como esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco,⁴⁰ para em seguida advertir que alguns direitos fundamentais específicos não se ligariam a toda e qualquer pessoa. Na Carta Magna Brasileira haveria, portanto, direitos de todos os homens, como o direito à vida; mas também posições pertinentes apenas a alguns, como os trabalhadores, por exemplo.

Embora não decline os critérios para tal diferenciação, incluímos, por analogia, o direito à moradia como algo inerente a todos os homens, por constituir um desdobramento natural do direito à vida e, simultaneamente, uma garantia deste. Quanto ao pólo passivo dos direitos fundamentais, discute-se se têm por obrigados não apenas o Poder Público como também os particulares.

Uma vez devida sua obediência por ambos, o Estado não surgiria como simples garante de toda e qualquer manifestação privada que se auto-intitulasse direito fundamental. Não se tornaria um refém. Originalmente, contudo, os direitos fundamentais, juntamente com as garantias, representaram conquistas mínimas em face de um Estado até então absolutista.⁴¹ Esses *standarts* devem ser contextualizados. Erigi-los como prerrogativas irredutíveis, hoje, uma época em que as idéias de aldeia global e função social são correntes, pode gerar distorções como o abuso de direito.

Assim, para aqueles que qualificam os direitos fundamentais como absolutos, em

39 A expressão *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 359).

40 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 119.

41 Cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. de Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

conta de uma impossibilidade de restringi-los, Paulo Gustavo⁴² noticia que mesmo os diversos tribunais que o direito comparado conhece declaram que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Caso contrário, todo poder apareceria limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles, em virtude de sua prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

A possibilidade de limitação a direitos fundamentais evidencia-se quando há conflito não apenas entre eles e outros valores de ordem constitucional, mas principalmente quando há conflitos entre eles próprios. O direito de propriedade, por exemplo, é limitado tanto para a proteção de direitos ambientais quanto para atender a funções sociais. O Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição da República, é um exemplo de instrumento de controle, pois destaca as medidas a serem tomadas, progressivamente, de maneira a assegurar-se o cumprimento da função social da propriedade.

Em seguida, a advertência feita por Hesse nos primórdios do item 2 sobre a contextualização dos direitos fundamentais volta à cena, dessa vez acompanhada da afirmação de que os direitos fundamentais possuem uma índole evolutiva,⁴³ o que lhes garantiria uma dialética ao serem proclamados em certa época, desaparecerem em outras ou se modificarem no tempo. O que vem ocorrendo no Distrito Federal poderia ser qualificado como uma luta pela valorização do direito de moradia? Seria legítima tal manifestação? Diríamos que não, quando sabemos que esse destaque em detrimento dos demais direitos deveria ser eventual, momentâneo, de forma a harmonizá-los em face da situação fática.

Ademais, Canotilho⁴⁴ destaca que, embora se admitam limitações voluntárias quanto ao exercício de direitos específicos em certas condições, não é possível a renúncia a todos os direitos fundamentais. Essa autolimitação voluntária, que pode ser revogada a todo tempo, deve guardar relação razoável com a finalidade que se tem em vista com a renúncia.

O caso dos “condomínios irregulares”, por sua vez, não se filiaria a essa tese, pois

42 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 120.

43 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 166.

44 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 422-423 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 125.

ignora o solidarismo social e a promoção da igualdade, que são objetivos fundamentais de nossa República, ao impor uma segregação permanente, cuja materialização está presente nos muros e nas guaritas, a garantir seu isolamento do resto da malha urbana e o não-compartilhamento de seus espaços coletivos.

Tampouco haveria renúncia de quantificados direitos fundamentais em benefício de outros, que se sobressairiam em frente do caso concreto, ou razoabilidade entre os meios praticados e os fins obtidos; mas verdadeira usurpação de direitos, fossem esses fundamentais ou não, cuja titularidade⁴⁵ era também de todos aqueles atingidos direta ou indiretamente pelos parcelamentos ilegais de solo, sem que, no entanto, obtivessem qualquer contraprestação legal ou sua legitimidade respeitada.

De forma contrária, num eventual conflito de princípios incidentes sobre uma situação concreta, esperar-se-ia uma conciliação entre eles, “uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relevância de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”.⁴⁶ Já as regras conflituosas, pela impossibilidade de cumprimento gradual, não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. Este não tolera antinomias. Onde houver regras conflitantes, uma das duas será inválida ou ambas.⁴⁷

Tal prevalência somente poderá ser determinada frente ao caso concreto e suas peculiaridades, uma vez que não existe um critério válido de solução de conflitos em termos abstratos, havendo, no máximo, um precedente, nas palavras de Gonet Branco.⁴⁸ Em seguida, tal doutrinador afirma que o juízo de ponderação adviria do princípio da proporcionalidade, o qual exige que o sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema e que seja proporcional, ou seja, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.⁴⁹

Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto caberia tanto a um juiz, para

45 Referimo-nos às áreas públicas griladas.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

47 Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

48 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 183.

49 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 183.

resolver um caso concreto, quanto a um legislador, determinando que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro.⁵⁰

2.2 INTERESSES PRIVADOS *VERSUS* INTERESSES PÚBLICOS: DOUTRINA DA PONDERAÇÃO

A negativa da idéia de sobreposição cega de um direito em detrimento de outro também deve ser adotada quando se confrontam interesses públicos e interesses privados. Não é o que pensa a doutrina mais conservadora, que insiste em reproduzir e entoar a máxima, quase um mantra, da supremacia do interesse público sobre o privado, independentemente do interesse privado acossado, de maneira a prescindir maiores discussões, principalmente sobre o que é esse interesse público quase inquisitorialmente protegido.

Conceito jurídico indeterminado por excelência, a expressão aponta para os fins do Poder Público e divide-se entre primário e secundário:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.⁵¹

De fato, apesar de ambos, interesse público e interesse privado, desfrutarem de proteção constitucional, a doutrina administrativista infraconstitucional, em uma inversão hierárquica, tem se imposto e adotado a solução prévia de conflitos por meio do dogma da supremacia do interesse público, conforme brevemente relatado na introdução desse subitem.

Essa metodologia, quando exercida sobre interesses privados qualificados como direitos fundamentais, pode evoluir para uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais devem sempre ceder aos interesses do Estado, conforme alerta Paulo Ricardo Schier.⁵²

50 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 184.

51 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiii.

52 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de*

O passo fundamental em direção oposta a essa nefasta tendência é reajustar a Constituição à sua natureza, de fonte orientadora de toda legislação infraconstitucional, e não mera legitimadora de políticas de governo casuísticas. Na defesa de tal idéia, Luís Roberto Barroso assim se pronuncia:

Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do direito, como o civil, administrativo, penal, processual etc. A constitucionalização do direito infraconstitucional não se confunde com a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.⁵³

E é por isso que encontramos na Constituição, em vez de procurarmos nas normas infraconstitucionais, os parâmetros para a restrição de direitos, bem como a disposição prévia de vários conflitos, conforme pareceu adequado ao legislador constitucional, que previa futuras colisões e já lhes assegurava a resolução, ora pendendo ao público, ora ao privado.

Assim, pela compreensão da Constituição como sistema, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Ambos se encontram no mesmo patamar de hierarquia.⁵⁴ Interesses públicos e privados, dessa forma, ao contrário do que considerável parte da doutrina sustenta, não se contradizem, mas se harmonizam. Alexandre Santo de Aragão sintetiza o caminho percorrido até a chegada desse denominador comum:

[O] Direito Público, no marco de uma Constituição pluralista, não pode mais ser visto como garantidor do 'interesse público' titularizado no Estado, mas sim como o instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos. Com efeito, as concepções anglo-saxônicas e européias do interesse público sempre foram bastante distintas. Enquanto nos EUA e no Reino Unido o interesse público era considerado como intrinsecamente ligado aos interesses individuais, sendo próximo ao que resultaria de uma soma dos interesses individuais (satisfação dos indivíduos = satisfação do interesse público); nos Estados de raiz germânico-latina o interesse público era considerado superior à mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pela qual era

supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218 - 219.

53 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xi-xii.

54 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 233.

protegido e perseguido pelo Estado, constituindo o fundamento de um regime jurídico próprio, distinto do que rege as relações entre particulares.[...] Hoje [...] o interesse público e o interesse dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.⁵⁵

Quando, no entanto, a solução não é dada previamente pelo texto constitucional, a concepção de unidade da Constituição⁵⁶ impede que uma resposta seja dada de plano. Nas palavras de Paulo Ricardo Schier,

apenas a análise dos programas normativos e âmbitos normativos de cada preceito em hipotético conflito poderão dar a resposta na situação específica. (...) a solução deverá se reportar à ponderação, onde não há nenhuma preferência prévia por este ou aquele interesse, de modo que não se autorizará a utilizar eventual critério predeterminado.⁵⁷

Em síntese, no que diz respeito aos “condomínios irregulares”, a resposta para seu impasse não está presente na submissão cega ao questionável⁵⁸ princípio da supremacia do interesse público – que gera distorções ao diferenciar interesses indissociáveis –, mas deve ser buscada na avaliação e na ponderação de todos os personagens envolvidos, extensão de seus interesses e o contexto em que se encontram.

O caso concreto demanda não a revogação de um dos interesses, mas sua reacomodação. Teria o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI sobre a Lei n. 9.262/96, ofertado essa ponderação? Esta questão será enfrentada no quarto capítulo do presente estudo.

2.3 UMA PRIMEIRA SUGESTÃO: DESAPROPRIAÇÃO SEM INDENIZAÇÃO

55 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.2-3.

56 Tudo o que está contido na Lei Fundamental está relacionado. Todos os princípios e as regras constitucionais dialogam entre si. O conteúdo da normatividade constitucional somente pode ser compreendido pela sua totalidade. (SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 232-233).

57 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 235.

58 “Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos”. (SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 166).

Em sua dissertação de mestrado,⁵⁹ a promotora Alessandra Elias de Queiroga, almejando à concretização de medidas que efetivamente desestimulassem a atividade loteadora e atingissem não apenas os parceladores do solo, como também os compradores das unidades, buscou na legislação processual penal a resposta para tais agruras: desapropriação em decorrência da prática de ilícito criminal.

A espécie de desapropriação descrita no art. 125 do Código de Processo Penal, fonte da presente sugestão, refere-se a confisco, instituto jurídico incompatível com indenização. A proposta da supracitada autora, por sua vez, demandaria edição de legislação federal para ser introduzida em nosso ordenamento jurídico e posta em prática.

Para Alessandra Elias de Queiroga,⁶⁰ o fato de a Constituição da República mencionar expressamente apenas a perda da propriedade com o produto de tráfico ilícito de entorpecentes não seria impeditivo de que o legislador ordinário impusesse idêntica reprimenda a outros crimes. Para tanto, complementa,

o instrumental normativo [...] já está disponível, precisando apenas ser revisto através dos novos parâmetros ditados pela constitucionalização do direito civil, balizados, especialmente, pelo conceito extraído da conjugação de princípios constitucionais conducentes a um novo subprincípio: o de que não existe garantia à propriedade que não cumpre sua função social.⁶¹

Conquanto essa manifestação tenha defendido a constitucionalização do direito infraconstitucional, ousamos entender que seu efeito prático será inverso. Uma vez que a disposição constitucional presente no art. 5º, inciso XLVI, alínea ‘b’, apresenta conteúdo limitador de direitos, este deve ser interpretado de maneira restritiva, como determina a hermenêutica jurídica. A materializar a proposta da supracitada autora, o rol do confisco, ou, eufemisticamente, desapropriação sem indenização, seria inadequadamente ampliado e poderia ser instrumento de arbítrios.

Afinal, se a proposta acima apresentada parte da idéia de que o direito de propriedade, inscrito no inciso XXII, art. 5º, da Constituição da República, não pode ser lido como um

59 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.176.

60 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 178.

61 QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 177.

direito absoluto, irrefreável, haja vista a obrigatoriedade de cumprimento de sua função social, basta que se cumpram as fases⁶² delineadas no Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001), regulamentador dos arts. 182 e 183 da Constituição, para que se efetue a desapropriação, assegurada a indenização.

Ademais, a incidência do instituto da desapropriação sobre os compradores de lotes resultantes do retalhamento ilegal de solo não deixa de guardar uma incongruência intrínseca e de lógica clássica: não se pode desapropriar quem nunca teve propriedade. Os “condôminos” ocupantes de áreas públicas são, no máximo, detentores, uma vez que sua posse é de natureza clandestina ou precária.⁶³ Tecnicamente, o instrumento adequado a ser empregado é a demolição por mero ato administrativo unilateral, com espeque no poder de polícia, que tem como um de seus atributos a auto-executoriedade. Observemos o seguinte julgado da lavra do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Civil e Processual Civil – Posse e proteção possessória – Bens públicos.

1. A Teoria Objetivista defendida por Ihering, à qual filiou-se francamente o nosso Direito Civil, exige a conjugação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*. O primeiro deve ser identificado de forma que possibilite a distinção do objeto discutido em relação aos demais bens. O segundo elemento condiz com a convicção do sujeito de que é titular e exerce algum dos poderes inerentes ao direito de propriedade. Ademais, não basta deter a coisa para ser titular do direito de posse; é necessário que o detentor da coisa, além de exercer o poder físico sobre ela, intente utilizá-la economicamente – *jus utendi et fruendi*.
2. Os bens públicos são insuscetíveis de posse. Não tem, pois, particular ocupante de imóvel público acesso aos interditos contra o vero possuidor (ente público) quando não está investido também da condição de possuidor.
3. As autorizações de posse passadas em favor dos particulares são atos administrativos e por isso exigem atendimento à forma. A forma mais simples é a escrita. Não existe ato administrativo tácito.
4. São fontes de obrigação em nosso ordenamento jurídico (do sistema *civil law*) a lei e os negócios jurídicos. Não há, pois, direito baseado em razões sentimentais ou em normas ainda em tramitação nas Casas Legislativas.

62 Art. 182 (...), § 4º (...), I - parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

63 cf FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

5. Pelo princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos, pode a administração recuperar *manu militare* a posse de imóvel invadido por particular.

6. Apelação conhecida e desprovida.⁶⁴

Até mesmo o particular que tenha sido vítima de tal “empreendimento” poderia empregar o desforço imediato para a retirada dos invasores, utilizar-se dos institutos possessórios ou valer-se do instituto petitório, por meio de ação reivindicatória.

Brasília, ano 2007. Como desalojar quase 600 mil moradores? O Estado reconhece sua incompetência. Edificações de verdadeiras cidades, por mais ágeis que sejam seus empreendedores, não surgem do dia para a noite. Em um perímetro plano, desprovido de áreas anecúmenas, cujo percurso entre dois pontos quaisquer não demande muito mais que um par de horas, o Poder Público não pode alegar que não detinha instrumentos fiscalizatórios bastantes para evitar essas lesões à coletividade.

Simplemente consentiu. Em face desse quadro, não lhe caberia agir de maneira contraditória e retomar os terrenos ocupados pelos particulares. Essa omissão, adverte Alessandra Elias de Queiroga, poderá ser relevante no momento da apreciação, pelo Poder Judiciário, da adequação da utilização do instrumento de intervenção exercido pelo Poder Público.⁶⁵ Enfim, numa época em que a tese da irresponsabilidade do monarca não passa de relíquia no museu jurídico, é vedado, também ao Estado, beneficiar-se de sua própria torpeza.

Por fim, Alessandra Elias de Queiroga, não obstante haver sugerido a desapropriação sem indenização, por nós criticada, pois identificado o risco de conversão em arbitrariedade, reavalia sua posição ao afirmar que o tratamento a ser dado pelo Poder Público, com relação aos adquirentes de lote nesses parcelamentos ilegais, deverá depender da análise da situação concreta e dos interesses que estão postos, como deve ocorrer com todas as questões que digam respeito à situação jurídica subjetiva complexa.⁶⁶

Esse pensamento remonta à premissa aventada de que interesses públicos e privados

⁶⁴ Apelação Cível APC3941196/DF; acórdão n. 88057; data de julgamento: 17.6.1996; órgão julgador: 3ª Turma Cível; Relator: Waldir Leôncio Júnior; publicação no DJU: 16.10.1996, p. 18.457.

⁶⁵ QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 184.

⁶⁶ QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção*: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 183.

são complementares, e que sua coexistência torna-se possível por meio do postulado da proporcionalidade, que acomodará os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua um em prol da subsistência do outro,⁶⁷ diferentemente do que propõe o aqui desconstruído princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que ignora as nuances do caso concreto preestabelecendo que a melhor solução é a vitória do interesse público.

Uma vez orientada a Lei Maior pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁸ (art. 1º, inciso III), há a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando estiver em aparente rota de colisão com os interesses gerais promovidos pelo Estado, nas palavras de Gustavo Binbenjón.⁶⁹

3 A LEI FRIA E A REALIDADE PALPITANTE

Em janeiro de 2006, o Governo do Distrito Federal chegou a lançar editais para a licitação, na modalidade concorrência, dos “condomínios” San Diego, Portal do Lago Sul, Mansões Califórnia e Estância Jardim Botânico, todos localizados no Jardim Botânico, porque estes já estavam com o processo de licenciamento concluído, o qual incluía o projeto urbanístico e o licenciamento ambiental.

Apesar da incontestável inversão lógica dos eventos, que ignorava quase ficticiamente a existência de milhares de pessoas ocupando tais espaços, bem como toda sua dinâmica social já estabelecida, o certame proposto, escudado pelo poder de império do Estado e pela decantada supremacia do poder público, promoveria a alienação de tais imóveis àqueles que

67 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 143.

68 “[...] é mediante o nosso sistema de referência que aproximaremos do objeto de estudo, daí por que tanto se fala que o conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo sistema de referência do sujeito conhecedor. Nesse sentido, poderíamos ponderar que o próprio modo de se aproximar do objeto eleito não é um ato de liberdade, liberdade aqui pensada como ausência de pré-motivo. Todo ato livre é sempre determinado por algum motivo, qual o patrimônio cultural do sujeito cognoscente, o confronto de uma informação vinda do mundo exterior, com todo o cabedal de aprendizado já armazenado pelo agente. Lado outro, o objeto a ser conhecido também está inserido em um sistema de referência, por exemplo, o conceito dignidade da pessoa humana está inserido dentro do sistema de referência que podemos chamar de direitos ocidentais, i.e., um conjunto de normas jurídicas, que culturalmente assentam sua especificidade na assimilação dos legados da Grécia e da Roma clássicas, do Cristianismo e da Igreja, das Revoluções Liberais e dos prodígios da ciência e da técnica. [...] O sentido atribuído ao conceito dignidade da pessoa humana está marcado por um sistema de referência fruto dos direitos do ocidente, é impossível negar esta afirmação. Entretanto, a consagração do conceito só se afirmará no século XX [...]” (NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 8, out./nov./dez. 2006. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007).

69 SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 141.

preenchessem o simplório requisito daquela modalidade de certame: apresentação da melhor oferta.

Essa medida também destoaria da natureza assistencial da atividade pública. Se observada a questão por esse ângulo, o critério norteador da licitação não poderia ser apenas obter o maior preço possível, mas atender, simultaneamente, os necessitados, nas palavras de Marçal Justen Filho.⁷⁰ Inúmeras outras divergências poderiam surgir para debater o significado e o alcance da expressão “necessitados”, de conceito aberto e, principalmente, se os moradores de “condomínios” se enquadrariam em sua definição.

Não nos estenderemos nessa inequívoca celeuma porque: 1) a alínea *f* do inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/93 restringiu-se ao emprego da expressão programas habitacionais de interesse social, sem declinar critérios para seus beneficiados; 2) vários ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 2.990-8/DF, enfatizaram o predicado de interesse social supostamente presente na Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996, que objetiva a venda direta, sem licitação, aos moradores das áreas descritas, independentemente da classe social a que pertenceriam; 3) o Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001), embora empregue, no inciso XIV do art. 2º, como objetivo da política urbana a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais, não pode ser trazido à discussão por mero, porém cabal, respeito a normas de direito intertemporal,⁷¹ em face da Lei n. 9.262, que constitui objeto do estudo em curso.

Portanto, não demandou muito esforço intelectual a previsão do caos generalizado que se instauraria, caso aquela tardia providência governamental fosse levada a efeito: de um lado, os moradores que não conseguissem adquirir o próprio imóvel, não obstante o direito de preferência garantido, montariam barricadas jurídicas, quando não bélicas, para assegurar sua permanência. Milhares de liminares seriam requeridas, em uma onda de ações judiciais a se acumularem por gerações, o que demandaria perícias, direito de retenção, inspeção judicial,

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 172.

⁷¹ Ainda que assim não fosse, José dos Santos Carvalho Filho, na obra *Comentários ao Estatuto da Cidade*, agracia-nos com o seguinte entendimento: “Convém esclarecer, porém, que a regularização fundiária, providência tipicamente municipal, não se torna necessária apenas nas comunidades de baixa renda, sendo da mesma forma exigível em relação a loteamentos irregulares, ainda que os proprietários de lotes e de residências não se qualifiquem rigorosamente como comunidades pobres” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54).

indenizações de benfeitorias etc., além de haver outro sem número de argumentos jurídicos e fáticos. De outro, os compradores, assegurados pela legalidade, isonomia, publicidade, vinculação ao instrumento do edital e, principalmente, pela adjudicação ao objeto do edital, demandariam força policial para assegurar sua imissão na posse.

O ato administrativo que intencionava o supracitado certame, do ponto de vista legal, era perfeito, válido e eficaz, embora soasse como disparate, o que parece ter-lhe retirado a eficácia fática, ou seja, sua aceitação pelas partes atingidas.⁷² O fundamento dessa medida está contido no art. 17 da Lei n. 8.666/93. Esse dispositivo integrante da Lei de Licitações é o responsável pela alienação de imóveis públicos. A peculiaridade a ser exposta é que, por não pertencerem os imóveis diretamente ao ente político Distrito Federal, mas à Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap, integrante da administração indireta na qualidade de empresa pública do Distrito Federal, regida pela Lei n. 5.861/72 e, subsidiariamente, pela legislação das sociedades anônimas (conforme a redação do art. 3º, inciso I, da supracitada lei), cuja natureza jurídica é de direito privado, a licitação dos imóveis não necessitaria de autorização da Câmara Legislativa. Confira-se a redação:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...).

Em crítica ao supracitado artigo, Marçal Justen Filho⁷³ afirma que uma lei federal não poderia disciplinar a alienação de bens públicos estaduais, municipais e distritais, por afronta à autonomia, que constitui uma das características essenciais da federação. Em seguida, no que se refere a licitações e contratos (inciso XXVII do art. 22 da CR), afirma que às normas gerais, de competência da União, é permitido apenas tornar concretos princípios e regras próprios da estruturação constitucional da Federação. No que dizia respeito aos pressupostos de dispensa de licitação, a competência legislativa da União seria inquestionavelmente mais

⁷² Não obstante a compulsoriedade dos atos de império, que por essa característica prescindem do consentimento dos particulares, a negativa repercussão social fez o Poder Público revogar a licitação pretendida.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 171.

ampla, haja vista a redação do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.

Essa crítica, da suposta intromissão na autonomia dos demais entes federativos pela União, foi timidamente revisitada no julgamento da ADI n. 2.990-8/DF, em abril de 2007. Enquanto Marçal Justen Filho, no caso do art. 17 da Lei n. 8.666/93, concluiu pela interpretação conforme, de maneira a evitar a configuração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996, fez os seguintes apontamentos:

A Senhora Ministra Cármen Lúcia – O que for dispensado, inexigível, cumprir-se-á a lei inteiramente. A minha proposta é a de salvar a lei, em face dos fins sociais a que ela se destina. A minha idéia era, exatamente, a de que compete ao administrador verificar o caso em que puder, já que a lei prevalece para todos. Dáí um ente da federação dizer que dispensa a aplicação da Lei n.º 8.666...

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – [...]

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Neste caso, não se trata de um ente da federação. Essa é a lei federal.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – É a lei da União, é federal.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Essa lei é federal porque são terras da União, embora geridas pela Terracap.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Sim, mas a lei está dirigida especificamente a uma região.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia – É uma lei federal feita para este caso.

O Senhor Ministro Eros Grau – A lei federal, no artigo 17, inciso I, alínea 'f', estabelece quase o mesmo que a lei estadual. Portanto não há, absolutamente, nenhuma inovação nela.

Em verdade, como relatado no Capítulo 1 do presente estudo, aqui sucintamente rememorado, a despeito da observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a Lei Federal n. 5.861/72 autorizou o Governo do Distrito Federal a constituir a Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap, com a finalidade específica de suceder à Novacap, assumindo-lhe os direitos e as obrigações, na execução das atividades imobiliárias de interesse do Distrito Federal, objeto de utilização, aquisição, administração, disposição, incorporação, oneração ou alienação de bens.

A Terracap, portanto, não é mera mandatária da União. As terras de propriedade da União, estejam localizadas no Distrito Federal ou em qualquer outra parte do País, são de responsabilidade da Secretaria de Patrimônio da União.⁷⁴

Assim, como a tragédia está nos detalhes, este aparentemente simplório equívoco de titularidade colocaria adiante a querela de se saber se realmente existe intromissão indevida da União na autonomia dos demais entes federativos, por ser o art. 17 da Lei n. 8.666/93 um dos rebentos das chamadas normas gerais, assim intituladas pelo inciso XXVII do art. 22 da CR. Observe-se que o Ministro Ricardo Lewandowski advertiu que, embora fosse uma lei federal, estava dirigida especificamente a uma região. Isso poderia vir a comprometer o julgamento da ADI.

Ao que parece, contudo, o Ministro Eros Grau evitou a propagação do incêndio ao afirmar, placidamente, que a lei federal (n. 8.666/93), no caso específico (alienação de imóveis), estabeleceria quase o mesmo que a lei estadual,⁷⁵ o que não atingiria os efeitos práticos a que a Lei n. 9.262/96 se propunha. Essa identidade se deveria à observação obrigatória de determinação constitucional ou à simples indolência legislativa? Tal indagação não será aprofundada, por extravasar o tema principal debatido.

Ainda assim, Marçal Justen Filho⁷⁶ declara que a cláusula de interesse social, contida na alínea *f* do inciso I do art. 17 da Lei Geral de Licitações, excluiria programas governamentais que não fossem aptos a beneficiar amplos extratos da população.

Os quase 600 mil moradores de “condomínios” no Distrito Federal, que constituem aproximadamente $\frac{1}{4}$ da população atual desse quadrilátero, não se qualificariam no conceito de amplos extratos da população?

Por outro lado, acresce Marçal Justen Filho,⁷⁷ o dispositivo enfocado não autorizaria ofensa ao princípio da isonomia. O interesse de beneficiar parcelas de uma baixa renda

⁷⁴ cf. Portaria n.º 232, de 3 de agosto de 2005, Anexo XII - Regimento Interno da Secretaria do Patrimônio da União.

⁷⁵ Deduzimos que o Ministro tenha querido referir-se à expressão lei distrital. No Distrito Federal, a Lei Nacional n. 8.666/93 não se fez acompanhar de normas específicas.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 179.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 179.

afastaria licitação voltada para a obtenção da maior oferta. Porém, deveriam ser concedidas oportunidades equivalentes a todos os potenciais interessados. Fica claro, portanto, que não há discussão em torno do presente tema que se encerre sem deixar outra ou várias em seu lugar.

3.1 INTENÇÃO, OBJETO E ALCANCE ORIGINAIS DA LEI N. 9.262/96 E A DOUTRINA DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

A Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996, dispunha sobre a nova administração da Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio São Bartolomeu, localizada no Distrito Federal, doravante sob a responsabilidade desse ente político, e não mais da União. Essa medida objetivava conferir legitimidade ao Distrito Federal para dispor sobre áreas públicas localizadas nos limites da APA que haviam sofrido processo de parcelamento reconhecido pela autoridade pública, nas palavras do art. 3º da referida lei.

Com respaldo nesse instrumento, o Distrito Federal não feriria o art. 18 da Constituição da República, que destaca a autonomia como elemento basilar da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil. Ou seja, não invadiria esfera de competência da União.

O § 1º do art. 3º da mencionada Lei tratou de permitir a venda direta somente daquelas áreas passíveis de se transformarem em urbanas, e depois de cumpridas as exigências da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. O § 2º, por sua vez, dispunha a respeito das exigências que deveriam ser observadas por aqueles que pretendessem adquirir a propriedade dos lotes.

A singela comprovação da realização de compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento parece ter sido apresentada como medida bastante para uma anistia, no senso comum, ou mais adequadamente uma extinção da punibilidade, tanto dos vendedores quanto dos compradores de lotes de parcelamentos ilegais. Isso esvazia qualquer finalidade preventiva, geral e especial, da lei penal, pois o Estado limita-se, nesse caso, a exigir a reparação cível, além de endossar o próprio desinteresse na proteção de patrimônio da coletividade e demonstrar cabalmente o baixo juízo de reprovabilidade que tais condutas provocam.⁷⁸

⁷⁸ cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Os §§ 4º ao 11º do art. 3º sofreram veto por, de uma forma ou de outra, promover invasão de atribuições ou desrespeito à autonomia dos entes federativos, tanto da esfera distrital sobre a federal, quanto desta sobre aquela. De maneira a ilustrar o que se alega, vejamos a redação de um desses dispositivos vetados:

§ 4º Cada pessoa que pagou ou que está pagando pela transação fictícia de compra e venda de terrenos públicos somente poderá adquirir a propriedade de, no máximo, uma fração ideal dos loteamentos, cabendo-lhe optar por qual deseja adquirir, no caso de ter transacionado a compra de mais de uma fração ideal, à exceção daqueles que já tenham construído sua residência ou estabelecimento comercial, até a data de 31 de dezembro de 1994, sobre mais de uma unidade de fração ideal, hipótese em que poderão adquirir o número de frações ideais sobre as quais edificaram.

As razões de veto alegam que o dispositivo autoriza a aquisição de imóvel situado em área pública pela pessoa “que pagou ou está pagando pela transação fictícia de compra e venda de terrenos públicos” e deixa indefinida a titularidade dos mesmos terrenos públicos, se da União ou do Distrito Federal. Se da União, a proposição fere os princípios consagrados no art. 37 da Carta Magna, ao autorizar a alienação a quem participar de “transação fictícia de compra e venda de terrenos públicos”. Por fim, conclui que, se os terrenos públicos são de propriedade do Distrito Federal, a disposição atritaria, ainda, com a regra do art. 18 da Constituição da República.⁷⁹

Quanto ao alcance da Lei, que originalmente se restringia às áreas públicas ocupadas localizadas nos limites da APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, o Termo de Ajustamento de Conduta n. 002/2007 – MPDFT/GDF, em sua cláusula décima sétima, dispôs que assumiam o Distrito Federal, por suas Secretarias de Estado, e demais entes públicos então representados pelos signatários daquele termo a obrigação de fazer consistente em proceder à alienação diretamente aos ocupantes dos imóveis públicos urbanos devidamente reconhecidos como ocupados e regularizados por meio de processo administrativo próprio, nos termos do art. 25, *caput*, da Lei n. 8.666/93 (inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição) na forma como foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.990-8/DF, que julgou constitucional a Lei Federal n. 9.262/96.

⁷⁹ Mensagem n. 65, de 12 de janeiro de 1996, dirigida ao Senhor Presidente do Senado Federal, comunicando o veto parcial do Projeto de Lei n. 1.369, de 1995 (n. 171/95 no Senado Federal), que “Dispõe sobre a administração da Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio São Bartolomeu, localizada no Distrito Federal, e dá outras providências”.

A mídia local já vinha anunciando largamente a intenção de se estender os efeitos do julgamento da ADI a todos em situação semelhante, num inquestionável e natural respeito ao princípio constitucional da isonomia.⁸⁰ Não apenas isso, como principalmente permitir a venda direta em vez de licitação, seria agir coerentemente, depois de toda incoerência já vista, relatada e praticada. Seria dar vazão ao princípio da proibição do retrocesso.

Para Joaquim José Gomes Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso social formula-se da seguinte forma:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.⁸¹

Partindo dessa premissa, então, a licitação das unidades dos “condomínios” seria uma violação à proibição de retrocesso, haja vista a realização pretérita de processos de regularização, em casos análogos, sem que se cogitasse a realização de certame público para tanto? Por isso optou-se pela venda direta? Para Ingo Wolfgang Sarlet,⁸²

se por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.

Não por acaso, esse princípio não tem aceitação universal na doutrina. José Carlos Vieira de Andrade e Afonso Vaz recusam sua aceitação genérica, ao sustentarem que o legislador goza de liberdade conformativa desses direitos e pode revê-los. De tal forma, a interpretação da Constituição não poderia levar à destruição da autonomia do legislador.⁸³

⁸⁰ cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 321.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos individuais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, p. 308-310. M. Afonso Vaz. *Lei e reserva de lei*. Coimbra, 1992, p. 385 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 127-128.

Também Sarlet⁸⁴ afirma que uma proibição absoluta de retrocesso social tem sido excluída de plano, principalmente em face da dinâmica do processo social e da indispensável flexibilidade das normas vigentes, especialmente com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica.

Considerando-se um plano ideal, em que sua aplicação é seguramente aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, as soluções trazidas demandam uma apreciação minuciosa, em virtude da utilização das seguintes figuras jurídicas: expectativa de direito, proteção da confiança e princípio da proporcionalidade (quanto a esse último, já abordado no Capítulo 2 do presente estudo, sabemos que somente poderá ser realizado à luz do caso concreto, uma vez que a resposta dependerá da comparação entre o interesse público na restrição e o interesse individual na sua preservação).

O princípio da proteção da confiança, por outro lado, apresenta-se como a concretização do princípio da segurança jurídica. De acordo com a doutrina alemã, é diretamente vinculado ao Estado de Direito, o qual, em relação à garantia fundamental da propriedade⁸⁵ do art. 14 da Lei Fundamental, realiza a função de uma garantia da segurança jurídica para o cidadão.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, isso é especialmente relevante nos casos em que a medida legislativa restritiva acaba atingindo direitos adquiridos. Contudo, ainda que os titulares não tenham direito a uma determinada posição legislativa e venham a ser atingidas posições jurídicas já consolidadas, o interesse individual deverá ser especialmente considerado e exige uma cuidadosa ponderação entre os objetivos do legislador e a necessidade de se proteger a confiança do particular.⁸⁶ Afinal, a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

⁸⁵ “[...] a doutrina de Martin Wolff [...] relativamente ao art. 153 da Constituição de Weimar, advogava o ponto de vista de que o conceito de propriedade abrange toda a sorte de direitos subjetivos privados de natureza patrimonial, o que acabou por levar à afirmação de um conceito funcionalista de propriedade. Daí por que a garantia da propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007).

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

estabilidade de uma situação legal atual.

Diante de tudo isso, podemos concluir que as inúmeras medidas de legalização tomadas pelo Governo local em situações pretéritas constituiriam as referidas posições jurídicas já consolidadas. Essa política de regularização acabou por gerar uma expectativa de direitos a todos que estavam em situações análogas. Isso está implícito tanto no discurso do STF, no julgamento da ADI n. 2.990-8/DF, quanto no Termo de Ajustamento de Conduta promovido pelo MPDFT.

À guisa de conclusão, Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁷ admoesta que, quando se fala na proibição de retrocesso social no caso da Alemanha, cuida-se principalmente da problemática da proteção das posições prestacionais consagradas em nível infraconstitucional. Prossegue esse doutrinador:

Para outorgar-lhes uma posição constitucional, por estar em jogo a concretização do princípio do Estado Social, o qual também na Alemanha integra o elenco das ‘cláusulas pétreas’, assim como em face da inexistência de normas expressas na Lei Fundamental assegurando uma proteção constitucional direta, as posições jurídico-prestacionais sociais de direito público acabaram sendo consideradas como abrangidas pela garantia fundamental da propriedade. No sistema pátrio, pelo contrário, no qual a Constituição de 1988 foi pródiga em direitos fundamentais sociais, a problemática alcança um significado diverso, na medida em que o próprio ‘status’ constitucional, de modo especial a fundamentalidade material e formal que caracteriza os direitos sociais, já assegura aos mesmos um grau diferenciado e evidentemente mais elevado de proteção, ainda que lamentavelmente não falem os que impugnem não apenas a condição de ‘cláusula pétrea’ dos direitos fundamentais sociais, mas até mesmo a sua fundamentalidade, ao menos no aspecto material.

Pelo exposto, fica visível o elo entre o princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, o Estado Social de Direito e a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa ordem constitucional.

3.2 A IRREVERSIBILIDADE DOS FATOS: DOCTRINA DO FATO CONSUMADO

A jurisprudência da situação de fato consolidado nasceu no STF quando apreciadas

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

questões dessa índole, como afirma Odim Brandão Ferreira.⁸⁸ De acordo com esse autor:

[...] fato consumado constitui o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegado o momento de decidir a causa. [...] antes de tudo, a decisão que prestigia o fato consumado protege situação contrária ao direito. Com o passar de décadas e com a utilização das fórmulas prontas ‘fato consumado’ e ‘situação de fato consolidada’, perdeu-se a consciência de algo fundamental: o Judiciário preserva sempre uma ilicitude, quando usa ambos os apelidos para decidir causas. Fosse o provimento cautelar válido, o Judiciário não precisaria do argumento em causa para conservá-lo. Bastaria dizer que a liminar deferida respeita o direito, motivo pelo qual a sentença a confirma. Portanto, quem fala em fato consumado fala também em ilicitude. A segunda característica do fato consumado consiste em que, apenas do ponto de vista de fato, sensorial, a atividade ilícita desenvolvida sob a proteção da liminar se esgota anteriormente à decisão judicial do mérito da causa.⁸⁹

O âmbito de incidência do fato consumado parece já se ter espalhado para além do Judiciário. Na própria Lei n. 9.262/96, sua exposição de motivos apresenta como justificativas para a venda direta das frações ideais aos respectivos ocupantes dos terrenos, com a dispensa do procedimento da Lei n. 8.666/93, a impossibilidade de fiscalização da área pelos órgãos públicos, o que contribuiu para a enorme ocupação irregular da área e a conseqüente consolidação de loteamentos irregulares na área da Bacia do Rio São Bartolomeu. Arguiu-se que, depois de estabelecidos inúmeros loteamentos e condomínios, ter-se-ia tornado inviável a remoção dos moradores “irregulares”, de maneira que nada se poderia fazer senão titularizar o domínio aos ocupantes. Isso tudo por meio de lei ordinária, que por natureza deveria primar pela generalidade e pela abstração.

No julgamento da ADI n. 2.990-8/DF, o Ministro Gilmar Mendes, ao acompanhar a divergência instaurada a partir do voto do Ministro Eros Grau, fez constar em seu voto a opinião de que, a realizar-se a licitação exigida pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, não se cumpriria a finalidade de pacificar e de regularizar a situação já consolidada. Mais uma vez conforme Odim Brandão Ferreira, as ementas dos acórdãos das casuísticas deixam escapar, no uso de certas expressões, o verdadeiro fundamento da

⁸⁸ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 33.

⁸⁹ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 41 - 42.

jurisprudência examinada.⁹⁰

No debate havido entre os Ministros no julgamento da ADI n. 2.990-8/DF, encontramos a Ministra Cármen Lúcia referindo-se aos fins sociais da Lei n. 9.262/96, o Ministro Sepúlveda Pertence mencionando o sentido social visado pela lei, para, em seguida, declarar que, ante uma certa situação de fato, absolutamente notória, estabelece-se o que é mais razoável. Essas e outras expressões prestam-se a ocultar que o fato consumado se apóia, verdadeiramente, no sentimento de justiça do juiz.⁹¹ Em regra, essa maneira de agir contraria o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, que exige fundamentação racional às decisões judiciais.

Em face do exposto, confirma-se a utilização, quase inconsciente, da doutrina do fato consumado, que é justificada, entre outros, pela: a) segurança jurídica; b) ponderação entre o “dano” e o sucesso hipotético do autor; e c) equidade.

Pela segurança jurídica, “o fato consumado deve ser preservado, para assegurar a estabilidade da relação jurídica constituída por força de decisão judicial, com o único objetivo de resguardar os seus efeitos e respeitar direitos subjetivos formados sob sua proteção”.⁹² Odim Brandão Ferreira aniquila esse argumento ao afirmar que segurança jurídica também pode significar “segurança por meio do direito”, que consistiria na garantia oferecida pela ordem jurídica contra condutas valoradas negativamente, como homicídio, roubo ou, no caso concreto, parcelamento irregular de terras públicas sacramentado por meio da venda direta a seus ocupantes.

Para Gustav Radbruch,⁹³ esse conceito de segurança jurídica confundir-se-ia com o próprio valor protegido, isto é, vida, saúde, liberdade, patrimônio, ou, mais uma vez neste caso, o desenvolvimento sustentável das cidades (art. 182 da CR) e um meio-ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CR). De tal forma, é paradoxal pretender que a segurança jurídica, no modo “segurança pelo direito”, sustente a situação de fato consolidada,

⁹⁰ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 84.

⁹¹ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 86.

⁹² Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MAS 94.0420980 (31.5.1995, p. 33550) e MAS 93.0416279 (26.7.1995, p. 46497).

⁹³ RADBRUCH, Gustav. *El fin del derecho*, p. 111 *apud* FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

pois preservaria a ilicitude, ou seja, o valor contrário à lei.⁹⁴

Mais uma vez segundo Odim Brandão Ferreira⁹⁵, se a mera consumação representasse sempre evento materialmente inalterável, o Judiciário teria que cancelar mesmo os fatos consumados sem sua intervenção, pois o contrário seria ordenar uma impossibilidade material. Como é notório, no entanto, o Judiciário não aceita fatos consumados sem sua interferência em casos similares àqueles nos quais proclama a irreversibilidade material da situação de fato consolidada.

No que diz respeito à ponderação entre o “dano” e o sucesso hipotético do autor, pretende-se uma compensação do dano pela demora do Judiciário em julgar a causa com o deferimento do pedido ilícito do autor. Não há muito o que dizer: só haveria prejuízo relevante ao beneficiário da liminar mantida com apoio no fato consumado, caso se demonstrasse que ele faria jus ao que postula. No entanto, como já verificado, a situação de fato consolidada ocorre apenas quando o beneficiário da liminar não possui direito subjetivo e nem se está em situação juridicamente protegida.

Antes de abordarmos a equidade como terceira justificativa ao fato consumado, abriremos um parêntese para discutir brevemente a respeito dos institutos da *supressio* e *surrectio*. Ambos dizem respeito ao influxo de fato puro nas relações jurídicas, que “ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efetividade social – é a *supressio* – ora faz surgir um direito não existente antes juridicamente, mas que, na efetividade social era tido como presente – é a *surrectio*”.⁹⁶ Grande maioria da doutrina conceitua a *supressio* como proibição do exercício abusivo de direito subjetivo.

Nas palavras de Menezes Cordeiro:⁹⁷

O fenômeno da *supressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a

⁹⁴ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

⁹⁵ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 65-66.

⁹⁶ Menezes Cordeiro, *Boa-Fé*, p. 816 apud FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 76.

⁹⁷ Menezes Cordeiro, *Boa-Fé*, p. 824 apud FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 78.

boa-fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade. A *supressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados os requisitos.

Ainda segundo o mesmo autor português, a *surrectio* conhece duas espécies: ele denomina “liberação” a situação resultante do fato de que o beneficiário, “tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação”, ao passo que designa a *surrectio* em sentido estrito como decorrência do fato de que, “tendo conquistado uma vantagem particular”, o interessado “adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo”.⁹⁸

Não obstante essa ilustração, ainda que se admita a compatibilidade daquele instituto com o direito brasileiro, especialmente com o direito público, o fato consumado não conta com o apoio da *surrectio*, por não satisfazer seu requisito essencial: a boa-fé. Em síntese, uma vez que a boa-fé constitui a essência dos dois institutos ora analisados, tampouco se pode afirmar que a situação de fato consolidada tenha fundamento na *supressio* ou mesmo na *surrectio*.

Retornando à equidade como terceira justificativa ao fato consumado, Moreira Alves afirma que o significado do termo variava de acordo com o período do direito romano estudado:

[...] para os jurisconsultos clássicos *aequitas* é o que, modernamente, se denomina *justiça*: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de Scialoja – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. E Celso, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretende chamar a atenção para a circunstância de que, no período clássico, o direito é intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um *direito justo*. Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanitas*, *benignitas*, *benevolentia*, *pietas*, *caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derrogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem por vontade

⁹⁸ Menezes Cordeiro. *Boa-Fé*, p. 821 *apud* FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 79.

unilateral de vínculos contratuais.⁹⁹

Modernamente, e no ordenamento jurídico pátrio, o art. 127 do Código de Processo Civil determina que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Odim Brandão Ferreira adverte que o Tribunal inclinado a julgar por equidade deve exibir a autorização legislativa para tanto ou, pelo menos, demonstrar com bons argumentos que a norma aplicável ao caso lhe permite variar a consequência jurídica nela prevista, em função das particularidades do caso mencionado.¹⁰⁰

Fora desses casos, a equidade se prestará a uma duvidosa benignidade, uma vez que não se aplica a litígios travados entre particulares, tampouco age em prol do Estado, com raras exceções. A magistratura precisa compreender que quem se prejudica com a destruição de local de relevante interesse ecológico somos todos nós, porque o Estado, pessoa jurídica de existência ideal, não aprecia nada disso. Assim, dar a vitória ao particular em detrimento do Estado, apenas pela caracterização de situação de fato supostamente irreversível, prestigia o particular que agiu ilegalmente em detrimento da coletividade.¹⁰¹

4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISSECADA

Em 18 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI n. 2.990-8, proposta pelo Ministério Público Federal em 9 de setembro de 2003 contra o art. 3º e seus parágrafos da Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996. A norma impugnada, como já relatado anteriormente, objetivava a venda sem licitação das áreas públicas ocupadas, localizadas nos limites da APA da Bacia de São Bartolomeu e que sofreram processo de parcelamento reconhecido pela autoridade pública. O dito “reconhecimento” da atividade predatória de ocupação irregular de áreas públicas parece largamente aceito.

A Lei foi assim sancionada e o STF não emitiu qualquer opinião a esse respeito no julgamento da ADI. Assim, ao que parece, julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade configuraria violação ao princípio da vedação do retrocesso,¹⁰² que tem

⁹⁹ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. V. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 92-93, *apud* FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 111.

¹⁰⁰ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 166.

¹⁰¹ FERREIRA, Odim Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 173.

¹⁰² Vide subitem 3.1 do presente estudo.

como um de seus pilares a segurança jurídica. Afinal, a Lei n. 9.262 foi sancionada em 12 de janeiro de 1996, com publicação no Diário Oficial da União em 15 de janeiro de 1996. O MPF só ajuizou a referida ação em 9 de setembro de 2003, o que gerou um interstício de quase oito anos no qual inúmeras relações jurídicas foram promovidas com fulcro naquela norma. O Ministro Cezar Peluso aborda melhor essa questão, como se demonstrará oportunamente.

4.1 MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, RELATOR ORIGINAL: O DIREITO FORMAL E JUSTAS PREOCUPAÇÕES

Em sua relatoria, o Ministro Joaquim Barbosa naturalmente expõe os objetos da ADI, entre os quais destacamos o seguinte parágrafo do art. 3º:

§ 2º Poderá adquirir a propriedade dos lotes, nos termos do *caput* deste artigo, aquele que comprovar, perante a Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap, ter firmado compromisso de compra e venda de fração ideal do loteamento, prova esta que deverá ser feita mediante apresentação do contrato firmado com o empreendedor do loteamento ou suposto proprietário, além da comprovação de que efetivamente pagou, ou está pagando, pelo terreno, através de cópias dos respectivos cheques e extratos bancários, ou comprovação de que tenha pago o terreno com algum bem que estava em sua esfera patrimonial. (Sublinhas nossas)

O que está implícito no texto da Lei é que o legislador tratou de pasteurizá-lo ao denominar grileiros, criminosos, como “empreendedores do loteamento ou suposto proprietário”. A linguagem¹⁰³ não pode ser relegada a segundo plano. A semântica reserva todo um universo, cujo emprego, mesmo que inconsciente, aponta uma tendência. Nesse caso, naturalizar o que aconteceu no Distrito Federal, minimizar seus efeitos, como se invadir terra pública e parcelá-la, a despeito das vedações legais, não constituísse outra coisa senão um ilícito, a demandar reprimenda do Estado, que, por não fazê-lo, prevaricou.

Em seguida, o relator destaca os fundamentos da ADI: violação do princípio da obrigatoriedade de licitação pública, com garantia de igualdade de condições entre os concorrentes, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República como condição de obediência aos princípios da legalidade, da impressoalidade e da moralidade. O Congresso Nacional, nas informações prestadas, sustentou que a Lei n. 9.262/96 criava nova modalidade de dispensa de licitação, conforme autorizado pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição da República. Por fim, afirmou que a venda direta aos ocupantes dos imóveis atenderia ao

¹⁰³ cf. *Língua portuguesa. Especial psicanálise & linguagem*. Ano II, São Paulo: maio, 2007.

interesse público.

Esse último termo, mais do que uma questão de ausência de técnica jurídica, demonstra novamente os efeitos da semântica, que aqui tacha de público, generalizante, um interesse na verdade determinável, pois coletivo. Naturalmente, quando elaborada a Lei n. 9.262/96, não havia 600 mil moradores em ocupações irregulares. Como salientado no primeiro capítulo deste estudo, subitem 1.2, as invasões cresceram de maneira alarmante na década de 90 do século XX, impulsionadas por uma política de omissão, travestida de conciliatória, da qual essa lei é apenas um sintoma.

A questão da generalidade ou não de uma lei é de tal monta que foi discutida preliminarmente pelos ministros. Segundo as informações prestadas pelo Congresso Nacional, a lei impugnada tutelaria situações concretas e individuais, não sendo passível, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade. O Ministro Relator alegou ser evidente que os destinatários da norma eram determináveis, mas que, por outro lado, não haveria individualização dos adquirentes dos lotes no referido diploma normativo.

O próprio STF já haveria assentado, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, que “a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos” (ADI n. 2.137, DJ 12.05.00). No mesmo sentido: ADI n. 1.729, Relator Ministro Eros Grau, DJ 2.2.2007, e ADI n. 3.603, Relator Ministro Eros Grau, DJ 2.2.2007. Mediante o exposto, a preliminar foi superada e a ação direta foi conhecida. Para o Ministro Cezar Peluso, não constituiria requisito de cognoscibilidade da ação direta de inconstitucionalidade que a norma devesse ser geral e abstrata. Nesses dois últimos casos, por exemplo, reconheceu-se a inconstitucionalidade de norma singular e concreta.

Partindo-se para o mérito, a Lei n. 9.262/96, que originalmente dispunha sobre a administração da Área de Proteção Ambiental (APA) da Bacia do Rio São Bartolomeu, localizada no Distrito Federal, alegava em sua exposição de motivos que:

Com o passar do tempo, e dadas as naturais dificuldades de administração e fiscalização conjunta entre órgãos da administração federal e local, a situação da APA somente se agravou. Do total de 28 loteamentos irregulares, detecta-se no momento a existência de mais de 400 parcelamentos irregulares, denominados em sua maioria de ‘condomínios’. Mesmo a

possibilidade de utilização do rio São Bartolomeu como alternativa de abastecimento de água foi objeto de sucessivas modificações por parte do Poder Público do Distrito Federal. Não só quanto à decisão de adotá-la ou não, mas também quanto às opções técnicas como, por exemplo, a relativa à cota da bacia de inundação da futura barragem, objeto de sucessivas alterações. Ressalte-se que a indefinição aqui apontada tem profunda relação com o processo de especulação imobiliária instalado na região, mais precisamente com a questão dos loteamentos e condomínios irregulares. [...] Paralelamente, objetiva o projeto a regularização dos loteamentos, de forma a possibilitar a venda, aos efetivos ocupantes, das áreas alienáveis de que trata esta lei. Destaque-se que o número dessas pessoas ascende hoje a centenas de milhares, que de boa-fé adquiriram os terrenos e investiram suas economias na construção de suas casas. A dispensa de licitação pública para a venda, conforme dispõe a Lei n. 8.666/93, impõe-se em caráter excepcional exatamente para fazer frente a esse problema social.

Analisemos o quadro descrito. O surgimento e a proliferação de residências na APA são atribuídos: I) à inépcia do poder público, sucinta e eufemisticamente descrita como “naturais dificuldades de administração”, sem que se declinassem quais; II) a um quase fenômeno da natureza, já que partiram “inexplicavelmente” de 28 loteamentos irregulares para mais de 400 (isso em 1996), com o simples passar do tempo. Por outro lado, o Estado reconhece que sua indefinição sobre a utilização do rio São Bartolomeu para o abastecimento de água colaborou para a especulação imobiliária da região, sem que, no entanto, fossem efetivamente inibidas tais práticas.

Num momento seguinte, toda a crítica e autocrítica então promovidas são anuladas. Primeiro, ao descrever como “pessoas [...] que de boa-fé adquiriram os terrenos e investiram suas economias na construção de suas casas” aqueles que, há poucas linhas atrás, promoviam e se beneficiavam da especulação imobiliária efetivada em área de proteção ambiental. Segundo, por ignorar os próprios erros, dissimular que não colaborou para o quadro que se observa, e, logo a seguir, em tom de ordem, declarar que a dispensa de licitação pública para a venda se impõe, em caráter excepcional, exatamente para fazer frente a esse problema social.

Dando prosseguimento a seu relatório, o Ministro Joaquim Barbosa advertiu que o inciso XXI do art. 37 da CR determina que as alienações promovidas pelos órgãos da Administração Pública, em virtude do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, devem ser efetivadas obrigatoriamente por meio de processo de licitação. Apenas excepcionalmente o legislador ordinário é autorizado a criar situações em que a licitação será dispensada ou inexigível (como, por exemplo, as exceções criadas pela Lei n. 8.666/93, em seus arts. 24 e 25).

Para tanto, seria necessário verificar duas condições simultaneamente:

a primeira, é óbvio, consistente na contemplação legal; a segunda na verificação da razoabilidade dessa dispensa. Com toda a regra excepcionada, não constitui carta em branco para que o legislador crie tantas ressalvas que anule a própria regra. É preciso, portanto, que as razões a justificar a dispensa sejam mais fortes que aquelas que ditaram sua imposição.¹⁰⁴

Quando o relator menciona que,

no caso em análise, é preciso verificar se os princípios constitucionais que encontram sua concretização na obrigatoriedade de licitação (o princípio da igualdade, o princípio da impessoalidade, o princípio da moralidade), devem ceder em face de uma situação que indubitavelmente esteja impregnada de interesse público que justifique a não realização do procedimento licitatório,

ele está claramente referindo-se à doutrina da ponderação de interesses, abordada no subitem 2.2 deste estudo.

O Ministro Joaquim Barbosa encerra seu raciocínio ao afirmar que a questão fática subjacente ao caso, embora relevante do ponto de vista social,¹⁰⁵ não poderia servir de pretexto para a violação da exigência constitucional da obrigatoriedade de licitação para alienação de bens públicos, “princípio caro ao Estado Democrático de Direito e à preservação da moralidade administrativa”.

Agindo de tal forma, o Ministro Relator não apenas repudiou a fórmula pronta do fato consumado, como deu vazão à doutrina mais moderna e, em vez de aplicar aprioristicamente a supremacia do interesse público sobre o privado, ponderou os interesses em conflito (públicos e privados), ambos constitucionalmente protegidos, donde a razoabilidade empregada para a análise da situação lhe conferiu a conclusão anteriormente apresentada.

Para o relator, a lei atacada se mostrava desproporcional justamente porque estaria legitimando a irregular ocupação de terras públicas em detrimento do interesse público que objetiva, no que se refere à alienação de bens públicos, a obtenção do melhor preço em regular procedimento licitatório. De maneira a respaldar o alegado, apresentou voto no qual

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 3, tomo III, art. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 148-149.

¹⁰⁵ Uma expressão que aparentemente não desperta maiores questionamentos, mas que, na verdade, esconde atrás de si toda uma mentalidade: o fato consumado, que deve ser aceito pela simples consecução naturalística dos fatos, por esse simples predicado aceito, a despeito das normas que apontam para a direção oposta.

entendeu haver ofensa ao princípio da obrigatoriedade de licitação em lei estadual que permitia a venda direta de lotes localizados em áreas públicas (ADI n. 651, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 8.8.2002). A ementa desse acórdão foi assim redigida:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 147/90, do Estado do Tocantins. Venda de imóveis públicos sem a realização da necessária licitação. Contrariedade ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

O ato normativo impugnado, ao possibilitar a venda direta de lotes e moradias em áreas públicas no perímetro urbano de Palmas-TO, viola exigência de realização de prévia licitação para a alienação de bens públicos, na forma do mencionado dispositivo constitucional.

Ação julgada procedente.

Em tal julgamento, foi suficiente para que o STF declarasse a inconstitucionalidade da lei, à unanimidade, a simples determinação legal para a venda de terras públicas sem licitação. Não foi aventada qualquer situação fática preexistente ou não. O Ministro Relator, após o colóquio aqui reproduzido e analisado pormenorizadamente, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º e parágrafos da Lei n. 9.262, de 12 de janeiro de 1996.

4.2 MINISTRA CÁRMEN LÚCIA E UM SOFISMA FATAL. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE ADVERTE. MINISTRO CEZAR PELUSO EXPLICITA

A Ministra Cármen Lúcia dá início a seu voto conclamando seus pares a observar o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Essa parece ser a direção tomada pela Ministra, embora por vezes demonstre sucumbir a fórmulas prontas, como o fato consumado, ao atribuir à Lei n. 9.262/96 a consecução de tais fins, sem que se explicitassem quais seriam. Questão de semântica e o que ela se propõe a evidenciar ou a ocultar, mais uma vez.

Enquanto o Ministro Relator declarou a inconstitucionalidade de todo o art. 3º e seus parágrafos, a Ministra Cármen Lúcia se limitou a declarar a inconstitucionalidade da parte final do indigitado artigo, a seguir em destaque:

Art. 3º As áreas públicas ocupadas localizadas nos limites da APA da Bacia do Rio São Bartolomeu, que sofreram processo de parcelamento reconhecido pela

autoridade pública, poderão ser, no todo ou em parte, vendidas individualmente, dispensados os procedimentos exigidos pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Tal decisão lastreou-se na intenção de aproveitar a norma e os parágrafos, “inclusive para que se atenda, tal como posto, aos fins sociais a que se destina essa lei.

Questionada pelo Ministro Sepúlveda Pertence se não estaria cortando exatamente a dispensa de licitação, o núcleo da lei, apesar de julgar defendê-la, a Ministra Cármen alega cortar apenas a referência à dispensa da aplicação de toda a Lei n. 8.666/93. Os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, insatisfeitos com a resposta, perguntam o que sobraria de aproveitável. Para a Ministra, o administrador do Distrito Federal poderia aproveitar-se da lei de licitação e justificar com a dispensa aquilo que fosse dispensável, e, ainda, de outros princípios, inclusive de controle de fiscalização, previsto na Lei n. 8.666/93.

Mais uma vez instigada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, dessa vez se seria o caso de se licitar, ainda que criada uma cláusula de preferência, apesar dos “loteamentos visitados pelos governantes, com estabelecimento, em muitos deles de obras de infra-estrutura pública”,¹⁰⁶ a Ministra limita-se a responder que não sabe se é o caso de licitar todos, “porque a lei de licitação [...] permite que o administrador público aplique a dispensa de licitação em todos os casos”.

Ademais, alega que o Estatuto das Cidades seria taxativo quanto ao direito de preferência. Assim como menciona o Ministro Ricardo Lewandowski, no que tange à regularização fundiária como uma de suas diretrizes, os Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence advertem para a observação do direito intertemporal: o Estatuto das Cidades, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, não se aplica à Lei n. 9.296, que data de 12 de janeiro de 1996, cinco anos e meio antes do surgimento daquele diploma.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso, certamente fundamentado no interstício de quase oito anos entre a publicação da Lei n. 9.262/96 e o ajuizamento da ADI n. 2.990-8/DF, advertiu que, uma vez mantida a exigência de observância das outras normas da Lei n. 8.666/93, como pretendia a Ministra Cármen Lúcia, anular-se-iam todos os negócios jurídicos realizados sem a incidência da Lei de Licitações.

4.3 MINISTRO EROS GRAU E SEU VOTO CONDUTOR, DEMAIS VOTOS,

¹⁰⁶ Evidencia o emprego da doutrina da proibição de retrocesso social.

GILMAR MENDES E SEU VOTO FUNCIONAL

O Ministro Eros Grau interveio para traduzir a intenção de sua colega de plenário. Para ele, a Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre normas gerais e, ao mesmo tempo, normas para a União, normas federais, diz que, nos casos de dispensa de licitação, deverá haver um processo que justifique, “[...] e a justificação prévia deverá evidenciar o cabimento da alienação em face da legislação própria e o cumprimento dos eventuais requisitos exigidos para tanto. Ademais disso, deverá determinar os atos subseqüentes, necessários à formalização propriamente dita da alienação.”¹⁰⁷

Em acréscimo, supôs que a Ministra quisesse dizer que era admitida a dispensa da licitação, mas que se cumprissem aquelas exigências do processo. Contudo, expôs que se fosse retirada, secamente, aquele período final do art. 3º, o dispositivo ficaria sem sentido.

Após essa explanação, o Ministro Cezar Peluso adentra ao debate para desenvolver habilmente seu raciocínio anteriormente apresentado. Segundo o Ministro Cezar Peluso, se se admitisse que, hipoteticamente, fosse possível construir interpretação para aplicação de outros dispositivos da Lei n. 8.666/93, ainda assim, no caso concreto, a consequência seria a anulação, praticamente, de todos os negócios até então realizados com base na Lei n. 9.262/96, porque aqueles evocados princípios da lei de licitações não teriam sido observados.

Ao contrário de seu colega Ministro Joaquim Barbosa, para quem apenas excepcionalmente o legislador ordinário é autorizado a criar situações em que a licitação será dispensada ou inexigível (como, por exemplo, as exceções criadas pela Lei n. 8.666/93, em seus arts. 24 e 25), Peluso entende que seria o caso de se distinguirem duas normas de competência: a geral do art. 22, inciso XXVII, da Constituição, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação para todas as esferas, e a competência específica que decorre do art. 37, inciso XXI, a qual permite que qualquer lei subtraia ao regime geral casos que ela especifique. A razoabilidade ditaria a legitimidade de leis que tal escopo pretendessem atingir.

Quanto aos votos, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que a Lei n. 9.296/96 estaria mal elaborada, sobretudo no que dizia respeito ao § 2º do art. 3º, que poderia

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 173.

beneficiar indistintamente não apenas as classes menos favorecidas, do ponto de vista econômico, mas também aquelas que se aproveitaram da inércia do poder público para se assentarem em terras públicas. Cremos que mais uma vez o Ministro estivesse se reportando ao Estatuto das Cidades, que tem como uma de suas diretrizes gerais (art. 2º, inciso XIV) a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação de solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”.

Não obstante a sua preocupação de valor considerável, aqui essa postura é equivocada porque: I) o Estatuto das Cidades não se aplica à lei sob exame; II) ainda que se aplicasse, o supracitado Ministro estaria realizando uma duvidosa interpretação restritiva, pois discriminaria o que a própria lei não discriminou. Afinal, a Lei n. 9.262/96 não mencionou classe econômica a ser priorizada. Essa questão, mais uma vez levantada, seria secamente rechaçada pelo Ministro Gilmar Mendes: “não se trata de pessoas de baixa ou alta renda, mas de pessoas que compraram lotes.” Ao final, julgou procedente a ação e acompanhou o voto do Relator.

O voto do Ministro Eros Grau terminaria de ajustar a rota do julgamento, apontada habilmente pelo Ministro Cezar Peluso. Como disse o Ministro Eros Grau, instalou-se uma divergência dentro da divergência. Divergiu tanto do relator quanto da Ministra Cármen Lúcia e declarou inteiramente improcedente a ação. Em suas palavras:

Não retiro do art. 3º o texto “dispensados os procedimentos exigidos pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993”. Se o fizermos, esvaziariamos inteiramente a própria lei [n. 9.262/96]. E aí, no meu modo de ver, o artigo 3º estabelecerá, simplesmente, que as áreas poderão ser vendidas, no todo ou em parte. É necessário dizer-se que poderão ser vendidas com a dispensa de licitação, no que não há absolutamente nada de escandaloso, nem de novo nem de heterodoxo em relação ao princípio da licitação. A possibilidade de se dispensar a licitação já está prevista no artigo 22 [CR/88]. E a própria Lei n. 8.666/93, como disse há pouco, em seu art. 17, inciso I, alínea *f*, admite dispensa da licitação nos casos de: “f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse fim [...]”. Para reforçar esse meu entendimento, diria ainda que a situação não é de dispensa de licitação. Porque nesta, o dever de licitar incide, mas é afastado. A situação é anterior, porque o pressuposto da licitação é a competição. E aqui não é possível competir: o loteamento será regularizado exatamente com a venda para aquele que ocupar o lote.

O Ministro Eros Grau não está desacompanhado nesse entendimento. Para Carlos Ari Sundfeld,¹⁰⁸ a alínea *f* do inciso I do art. 17 trata de caso de inexigibilidade de licitação. E para Marçal Justen Filho¹⁰⁹ alguns casos previstos no art. 17 são qualificáveis como de inexigibilidade. É o que se passa com os casos do inciso I (excluído o disposto na alínea ‘e’) e no inciso II, alíneas *a*, *b* e *f*. Por essas razões, o Ministro Eros Grau votou pela improcedência total da ação.

O Ministro Carlos Britto, após investigações a respeito de preocupações ambientais possivelmente contempladas na Lei n. 9.262/96, mostrou-se satisfeito com a redação do § 1º do art. 3º, que condiciona a venda direta às áreas passíveis de se transformarem em urbanas, e depois de atendidas as exigências da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Assim, acompanhou a dissidência e julgou improcedente a ação.

Levantada nova discussão a respeito das classes sociais diretamente beneficiadas com essa lei, o que pareceu incomodar bastante alguns membros do Plenário, o Ministro Joaquim Barbosa questionou ao Procurador-Geral do Distrito Federal se esses “condomínios” situados nas áreas mais nobres do DF seriam atingidos. Ao que este respondeu afirmativamente, E acrescentou o Ministro sarcasticamente: “Já responde tudo. A questão social¹¹⁰ está devidamente esclarecida. [...] a questão social foi aventada da tribuna. São quinhentas mil pessoas e, dentre essas, há algumas de altíssimo poder aquisitivo.”

O Ministro Gilmar Mendes, aparentemente estupefato, concluiu que a questão da dispensa nada tinha a ver com a questão social. A menos que se demonstrasse o contrário, e, naquele contexto, a questão social seria a não-definição da situação imobiliária de Brasília em fazer licitação. Seria não resolvê-la, tão-somente isso. O Ministro Sepúlveda Pertence agregou que isso geraria uma situação de futura responsabilidade civil da Administração Pública pela ostensividade com que tolerou e estimulou esse tipo de ocupação. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, adverte que o problema deveria ser resolvido pelo poder público local, pelo Governo do Distrito Federal, e não pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria legitimando essa ocupação.

¹⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p 51.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006, p. 233.

¹¹⁰ Conceito impreciso repetido inúmeras vezes ao longo do julgamento que denuncia o emprego quase autômato da doutrina do fato consumado.

Nessa altura do debate, o Ministro Ricardo Lewandowski evoca o art. 183 da Constituição da República para propor a usucapião extraordinária. Dessa vez, quem rispidamente lhe adverte é o Ministro Cezar Peluso, para quem tal medida tomaria mais de uma década para ser efetivada. Em seu voto, por todo já exposto, julgou totalmente improcedente a ação.

De volta à sua tese, o Ministro Gilmar Mendes, temeroso de que caminho a procedência da ação poderia trilhar, bem como quais seriam as condições de realização desse processo licitatório, “em que pessoas estranhas, eventualmente, àquele loteamento adquiririam lotes em áreas já construídas, com as conseqüências que podemos divisar em termos de intranqüilidade social, perturbação da paz”, e com base na finalidade de pacificar e de regularizar a situação já consolidada, acompanhou a divergência instaurada a partir do voto do Ministro Eros Grau.

O Ministro Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie (Presidente) também julgaram integralmente improcedente a ação direta.

5 CONCLUSÃO

O julgamento da ADI n. 2.990-8/DF pelo Supremo Tribunal Federal foi uma verdadeira compilação, explícita ou implícita, de todas as teorias e os princípios abordados neste estudo, desde a singular desapropriação de terras no quadrilátero que constituiria o Distrito Federal até a presente questão de ¼ da atual população estar fixada em terras irregularmente parceladas.

O Ministério Público Federal foi zeloso ao propor a ADI, que tinha como fundamentos: violação do princípio da obrigatoriedade de licitação pública, com garantia de igualdade de condições entre os concorrentes, previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República como condição de obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

O Congresso Nacional, nas informações prestadas, de maneira a respaldar a legalidade do questionado instrumento, sustentou que a Lei n. 9.262/96 criava nova modalidade de dispensa de licitação, conforme autorizado pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição da República. Além disso, afirmou que a venda direta aos ocupantes dos imóveis atenderia ao

interesse público, numa clara intenção de socializar os prejuízos ao atribuir a todos algo que beneficiaria uma coletividade determinável.

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa, relator original, foi de uma coerência rara. Defendendo a ponderação de interesses, argumentou que seria preciso verificar se os princípios constitucionais levantados pelo MPF, que encontram sua concretização na obrigatoriedade de licitação, deveriam ceder em face de uma situação impregnada de interesse público que justificasse a não-realização do procedimento licitatório.

Para o relator, contudo, a lei atacada se mostrava desproporcional justamente porque estaria legitimando a irregular ocupação de terras públicas em detrimento do interesse público que objetiva, no que se refere à alienação de bens públicos, a obtenção do melhor preço em regular procedimento licitatório.

Em sentido contrário a seu colega, o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Cezar Peluso emprega a razoabilidade para entender que seria o caso de se distinguirem duas normas de competência: a geral do art. 22, inciso XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação para todas as esferas, e a competência específica que decorre do art. 37, inciso XXI, a qual permite que qualquer lei subtraia ao regime geral casos que ela especifique.

O Ministro Gilmar Mendes, após breves colóquios a respeito da finalidade social da lei, a evidenciar a influência sub-reptícia da teoria do fato consumado, concluiu, contemporizando, que, naquele contexto, a questão social seria a não-definição da situação imobiliária de Brasília em fazer licitação. Seria não resolvê-la, tão-somente isso. O Ministro Sepúlveda Pertence destacou a ostensividade com que a Administração Pública tolerou e estimulou esse tipo de ocupação. O Ministro Joaquim Barbosa, reconhecendo-se vencido, foi categórico ao admoestar que o STF, com tal postura, estaria reconhecendo a usucapião de terras públicas.

De todo quadro descrito, com o surgimento e a proliferação de residências em áreas públicas, numa intrincada rede de interesses, na qual nenhum dos autores envolvidos (Estado e particulares) ocupa apenas um dos pólos do julgamento (autor ou réu), mas oscila entre estes, com o Estado condenando publicamente a ocupação desordenada das terras públicas,

mas negociando sua regularização nos bastidores em troca de votos; com a população de classe média e alta (que notoriamente se organiza em “condomínios”, diferentemente das classes de baixa renda, que se aglomeram em favelas) exigindo a concretização, por meio de medidas administrativas, de seu direito de moradia, e simultaneamente, de forma predatória, maléfica à coletividade e ignorando o solidarismo social, construindo mansões em áreas de proteção ambiental, ao Supremo Tribunal Federal, em frente da instauração do caos, já não restava isenção e legalidade inflexíveis para solucionar questão de natureza administrativa, da responsabilidade do governo local.

Não é de se admirar que se tenha rendido à teoria do fato consumado e fabricado uma solução: a venda direta seria factível em virtude da inexigibilidade de licitação.

6 BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 3, tomo III, art. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 148-149.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. de Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo: condomínios regulares e irregularidades: urbanização*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio

Antonio Fabris Editor, 2003.

CORREIO BRAZILIENSE, Brasília, 8 de março de 2007. Disponível em: <<http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2701039>; <http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2704884>>. Acesso em: 31 maio 2007.

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, abr./maio/jun. 2006, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Odin Brandão. *Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana: conceito fundamental da ciência jurídica. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 8, out./nov./dez. 2006. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

Acesso em: 13 ago. 2007

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

QUEIROGA, Alessandra Elias de. *Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção: o caso dos “condomínios irregulares” no Distrito Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 4, jul./2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.