



**Universidade Católica do Salvador**  
**Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação**  
**Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania**

**SHEILA SANTOS ROLEMBERG**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA E O  
DIREITO À MORADIA**

**Salvador**  
**2018**

**SHEILA SANTOS ROLEMBERG**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA E O DIREITO À  
MORADIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Políticas Sociais e Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Inaiá Maria Moreira de Carvalho

Coorientador: Prof. Dr. André Alves Portella

Salvador

2018

**TERMO DE APROVAÇÃO**

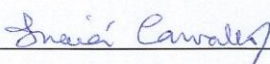
**SHEILA SANTOS ROLEMBERG**

**“A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA E O DIREITO À  
MORADIA”.**

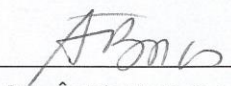
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em  
Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

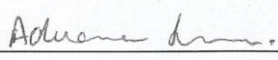
Salvador, 02 de março de 2018.

Banca Examinadora:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Inaia Maria Moreira de Carvalho- UCSAL (orientadora)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. André Alves Portella- UCSAL(coorientador)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Ângela Maria Carvalho Borges- UCSAL

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dra. Adriana Nogueira Vieira Lima - UEFS

Aos meus pais, Jane e Luiz, por me fazerem crer que tudo pode ser melhor e por me ensinarem que pessoas grandes são aquelas que lutam por ideais.

Aos meus irmãos, Dani, Rafa e Thati, e à minha cunhada Lane, que ouviram lamúrias e responderam com amor, que, por muitas vezes, me deram mais crédito do que eu mesma.

Às minhas avós Geíza e Joelina, em memória, e minha tia Ana Suely por serem inspiração, mulheres fortes que quebraram paradigmas.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Inaiá Carvalho, e ao meu coorientador, André Portella, por compartilharem seus conhecimentos e experiências, terem fomentado dúvidas e inquietações, por estarem abertos a essa construção colaborativa e por demonstrarem a todo tempo total confiança na minha competência.

À Adriana Lima, por ter me instigado, me desafiado e fomentado o caminhar pelo Direito Urbanístico. Pela contribuição acadêmica extremamente generosa.

À Ângela Borges, por seus ensinamentos durante o transcorrer do curso, não só em matéria curricular, mas na atuação cuidadosa como coordenadora.

Aos professores demais professores do curso pelas valiosas contribuições, em especial a Antônio Adonias Bastos, Carlos Zamora e Joaci Cunha.

À Fundação de Amparo à Pesquisa da Bahia (FAPESB) pelo apoio e incentivo à pesquisa por meio da concessão de bolsa.

Ao Centro de Estudos e Ação Social (CEAS) e à Ocupação Luísa Mahin, na pessoa de Gregório, por terem direcionado meus ouvidos e olhares à rua.

Aos meus colegas de mestrado pelo companheirismo. Em especial, aos amigos Eduardo, Janaína e Maria Cármem, por compartilharem material de estudo, angústias, dúvidas, lamentações, planos, querereres e risadas, muitas delas. Sem vocês é certo que o caminhar seria mais árduo.

Aos meus familiares, fonte de carinho, conforto e afeição.

Ao meu namorado, Eric, e à minha afetuosa sogra, Heny, por terem me acolhido em momentos de fuga, me ofertando calma, conforto e aconchego, contribuindo imensuravelmente para o resultado da pesquisa.

Aos meus amigos. Diego Rebelo, por ter segurado o barco e me apoiado incondicionalmente. À Bruna, Maiara, Ana Paula, Laís Marina, Ires, Michele e Diego Araújo, pelas boas vibrações e disposição para ouvir.

*“Quem não se movimenta, não sente as correntes que o prendem” (Rosa Luxemburgo).*

## RESUMO

ROLEMBERG, Sheila Santos. *A Função Social da Propriedade Pública e o Direito à Moradia*. Orientadora: Inaiá Maria Moreira de Carvalho. Coorientador: André Alves Portella. Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2018. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós Graduação em Políticas Sociais e Cidadania, Universidade Católica do Salvador.

O presente trabalho se propõe a analisar a efetividade da Função Social da Propriedade Pública sobre bens imóveis públicos e sua correlação com a concretização do direito à moradia dos grupos sociais vulneráveis sob a perspectiva da garantia do mínimo existencial e da Função Social da Propriedade como dever fundamental. Para tanto, serão ponderados conceitos e discussões acerca da questão habitacional no Brasil, exemplificada a partir da realidade de Salvador/BA e Região Metropolitana, ressaltando-se a segregação socioespacial e o déficit habitacional como peculiaridades do processo de urbanização, a questão da moradia e do acesso à terra urbana e o consequente desenvolvimento dos movimentos sociais urbanos na luta pelo direito à moradia. Intenta-se, ainda, analisar as concepções existentes sobre a Função Social da Propriedade, a concepção adotada pela legislação e doutrina pátrias e seus fundamentos, além da proposição da perspectiva da Função Social da Propriedade como dever fundamental, para, enfim, discorrer sobre o direito fundamental à moradia como direito social e a sua correlação com o direito à cidade, o mínimo existencial e a dignidade humana. Por fim, são feitas considerações acerca da natureza jurídica dos bens imóveis públicos, sobre a imposição da função social a estes e a impropriedade da vedação constitucional irrestrita de usucapir bens imóveis públicos, com fim na reflexão sobre até que ponto a função social da propriedade está sendo respeitada no que tange à disposição da propriedade pública para a concretização do direito à moradia e do direito à cidade. A pesquisa evidencia que a Função Social da Propriedade se mostra na prática uma figura retórica na atuação estatal para a promoção do desenvolvimento urbano e gestão de cidades, pois o Poder Público, assim como os setores privados, se pauta na noção do direito de propriedade individual e irrestrito, em desconformidade aos valores constitucionais consubstanciados na Carta Magna de 1988, incluindo o Poder Judiciário, que segue a tradição civilista e dogmática sob a qual foi formado e se apresenta insensível à problemática da habitação como questão social. Sustenta-se ser possível defender que entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos existe hierarquia axiológica, e que, em caso de conflito, deve prevalecer a primeira, orientando, desta forma, que os bens públicos cumpram função social, constituindo a usucapião especial sobre bens públicos desafetados mais uma proposta de instrumento para a regularização fundiária com fins na concretização do direito à moradia, sob a garantia do mínimo existencial para uma vida digna, e do direito à cidade.

**Palavras-chaves:** *Função Social da Propriedade; Bem Público; Regularização Fundiária Urbana; Direito à Moradia; Direito à Cidade*



## ABSTRACT

ROLEMBERG, Sheila Santos. *The Social Function of Public Property and the Right to Housing*. Advisor: Inaiá Maria Moreira de Carvalho. Second Advisor: André Alves Portella. Salvador: Catholic University of Salvador, 2018. Master's Dissertation - Postgraduate Program in Social Policies and Citizenship, Catholic University of Salvador.

This paper proposes to analyze the effectiveness of the Social Function of Public Property on public real estate and its correlation with the realization of the right to housing of vulnerable social groups from the perspective of guaranteeing the existential minimum and the Social Function of Property as a fundamental duty. For that, concepts and discussions about the housing issue in Brazil will be considered, exemplified by the reality of Salvador / BA and Metropolitan Region, highlighting the socio-spatial segregation and the housing deficit as peculiarities of the urbanization process, the housing issue and of access to urban land and the consequent development of urban social movements in the struggle for housing. It is also tried to analyze the existing conceptions on the Social Function of Property, the conception adopted by the country's legal and doctrinal principles and its foundations, besides proposing the perspective of the Social Function of Property as a fundamental duty, to finally discuss the fundamental right to housing as a social right and its correlation with the right to the city, the existential minimum and human dignity. Finally, considerations are made about the legal nature of public real estate, about the imposition of the social function on them, and the impropriety of the unrestricted constitutional prohibition of usucapir public real estate, with the purpose of reflecting on the extent to which the social function of property is being respected with regard to the disposition of public property for the realization of the right to housing and the right to the city. The research shows that the Social Function of Property is in practice a rhetorical figure in the state action for the promotion of urban development and city management, since the Public Power, as well as the private sectors, is based on the notion of individual property rights and unrestricted, in disregard for the constitutional values enshrined in the Constitution of 1988, including the Judiciary, which follows the civilist and dogmatic tradition under which it was formed and is insensitive to the problem of housing as a social issue. It is argued that it is possible to argue that there is an axiological hierarchy between the norm-principle of the social function and the norm-rule of prohibition of the use of public goods, and that, in case of conflict, the former must prevail, public property fulfills a social function, constituting the special misappropriation of public property, and a proposal for an instrument for regularization with the purpose of realizing the right to housing, under the guarantee of the existential minimum for a dignified life, and of the right to the city.

**Keywords:** *Social Function of Property; Public Good; Urban Land Adjustment; Right to Housing; Right to the City*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. POLÍTICA URBANA E MORADIA NO BRASIL</b>	
1.1 PRODUÇÃO DESIGUAL DO ESPAÇO, ESPOLIAÇÃO URBANA, AUTOCONSTRUÇÃO E FAVELIZAÇÃO: A QUESTÃO HABITACIONAL.....	19
1.2 INFORMALIDADE DA HABITAÇÃO E AUSÊNCIA DO ESTADO NO PLANEJAMENTO DA OCUPAÇÃO URBANA: ESTADO, CRISE E DESFUNCIONALIZAÇÃO.....	35
1.3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DISTRIBUIÇÃO DA TERRA URBANA.....	50
1.4 MOVIMENTOS SOCIAIS URBANOS NA LUTA PELO DIREITO À MORADIA: O MOVIMENTO NACIONAL PELA REFORMA URBANA E O DIREITO À CIDADE.....	60
<b>2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CONTEXTO DOS DIREITOS À MORADIA E À CIDADE</b>	
2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, BASES LEGAIS E DOUTRINÁRIAS E CONCEPÇÃO COMO DEVER FUNDAMENTAL.....	75
2.2 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE COMO DIRETRIZ: A (IN)EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS DE ALCANCE.....	93
2.3 POLÍTICA MUNICIPAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA PARA HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL EM SALVADOR/BA .....	109
<b>3. MORADIA COMO FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA</b>	
3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA.....	115
3.2 O DOGMA DA IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM PÚBLICO: A USUCAPIÃO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA SOBRE BENS PÚBLICOS COMO PROPOSTA PARA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.....	128

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	145
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	152
<b>ANEXOS</b> .....	162

## INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva da garantia do mínimo existencial e da Função Social da Propriedade como dever fundamental, a presente pesquisa se propõe a analisar a efetividade da função social da propriedade pública sobre bens imóveis públicos e sua correlação com a concretização do direito à moradia dos grupos sociais vulneráveis.

A preocupação com essa temática surgiu em 2009, quando, frente ao problema habitacional de uma família de vizinhos, surgiu o questionamento sobre a regularização da posse em propriedade alheia. Essa entidade familiar passou a residir em imóvel de titularidade pública, terreno o qual não apresentava destinação funcional, conferiu-lhe função social, com ânimos laboral e de moradia. Consideravam que se tratando de propriedade pública, por ser terra pública, ou seja, do povo, seria, também, deles.

Por representar situação em que milhares de cidadãos de baixa renda se encontram, o tema quanto à regularização fundiária apresenta relevância social, o que fomentou o início das minhas pesquisas. Assim, naquele mesmo ano, elaborei artigo para a matéria Direito Administrativo II, do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Bahia, ministrada pelo professor Fábio Periandro de Almeida Hirsch, tendo sido o mesmo intitulado “Aplicabilidade da usucapião a bens públicos”.

Com o objetivo de aprofundar o estudo sobre a temática, elaborei monografia, a título de trabalho de conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, intitulada “A usucapião especial para fins de moradia sobre bens imóveis públicos desafetados: um estudo à luz do Princípio da Função Social da Propriedade”, sob orientação do prof. Fábio Periandro de Almeida Hirsch. Neste trabalho, pretendi analisar a possibilidade de usucapir imóveis públicos para fins de moradia com vista à regularização fundiária urbana.

Persistindo as inquietações, e com fito na busca e análise de decisões judiciais que tivessem por fundamento a defesa da referida temática, elaborei trabalho monográfico à título de trabalho de conclusão de curso em Pós-Graduação em Direito Civil e

Processual Civil pela Universidade Guanambi, sob a orientação de Cristiano Chaves de Farias, a qual recebeu o título de “A Usucapião Especial para Fins de Moradia Sobre Bens Imóveis Públicos Desafetados: um estudo à luz do Princípio da Função Social da Propriedade e da jurisprudência pátria”.

Por conta da relevância e complexidade do tema, fez-se necessário o aprofundamento do estudo, o qual deve ser inserido em um cenário dialético. A inserção de temas relacionados a direitos humanos em universo descontextualizado, unidisciplinar e dogmatista no qual preponderantemente se insere o Direito, seja ele na seara do Judiciário ou do Legislativo, gera dificuldades diversas e envolve questões extremamente profundas do ponto de vista político, histórico, filosófico e ideológico.

A luta cotidiana de movimentos, organizações, assessorias, entidades nacionais e internacionais, mediante a percepção das graves limitações e dificuldades estruturais envoltas na concretização dos direitos humanos, evidencia as contradições de um sistema formal de regras e prescrições de condutas incapaz de corresponder minimamente aos anseios desses sujeitos, que são impedidos de concretizar qualquer noção mais material de dignidade humana.

As cidades brasileiras são marcadas por problemas e desigualdades sociais, incapacidade de absorção da população trabalhadora ao mercado, crises dos espaços públicos, carências nos serviços públicos, produção desigual do espaço, segregação socioespacial, expressões características do padrão de desenvolvimento excludente típico dos países da América Latina, marcas de um processo de urbanização característico que produz resultados contraditórios sobre a dinâmica da estrutura ocupacional urbana.

A exclusão social e o desnível de renda entre as famílias brasileiras podem ser denunciados por dois dos seus efeitos mais evidentes, o déficit habitacional e a moradia precária em áreas de risco. Por isso, as questões vinculadas à propriedade e à regularização fundiária ainda fomentam grandes discussões na contemporaneidade.

A ocupação irregular de propriedade alheia é uma realidade cotidiana, pois surge como alternativa aos que não podem ter concretizado o direito à moradia por meio do mercado formal, muitas vezes seguida pela autoconstrução, situação que coloca em confronto interesses de proprietários e posseiros. Aos interesses de proprietários se impõe a Função Social da Propriedade e dentre os grandes proprietários no Brasil está o Estado (Municípios, Estados e União).

A dimensão da problemática inserida na discussão sobre habitação no Brasil é apontada por meio da análise dos dados correlacionados ao déficit habitacional, conceito que indica a necessidade de construção de novas moradias para atender à demanda habitacional da população em dado momento.

Pesquisas desenvolvidas pela Fundação João Pinheiro (FJP) indicam que o déficit habitacional estimado no Brasil correspondia a 6,068 milhões de domicílios, para o ano de 2014, dos quais mais de 87%, localizados nas áreas urbanas. Na Bahia, o déficit estimado de domicílios urbanos em 2014 foi de 353.394, sendo 119.536 em Salvador e Região Metropolitana.

O referido déficit habitacional seria majoritariamente urbano e concentrado na faixa de renda de até três salários-mínimos, indicando crescimento em uma análise temporal, especialmente entre os anos de 2013 e 2014, período objeto do trabalho publicado Fundação João Pinheiro (FJP) em 2016. Os dados evidenciam o acirramento da vulnerabilidade desse contingente populacional confinado em áreas ambientalmente mais precárias da cidade, submetidos a ocupações que não atendem aos padrões urbanísticos rígidos da cidade formal.

Dados do Ministério das Cidades evidenciam que no Brasil mais de 50% dos seus imóveis urbanos apresentam alguma irregularidade fundiária, ou seja, aproximadamente 100 (cem) milhões de pessoas moram em imóveis irregulares e estão privadas de algum tipo de equipamento urbano ou comunitário.

Esse quadro de precarização habitacional de grande parte da população brasileira convive com um número aviltante de domicílios vagos, tendo sido apresentado no ano de 2014 o número de 7,241 milhões de imóveis vagos, 79% dos quais localizados em áreas urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, mais de 87% apresentam condições para serem ocupados. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).

Evidente que os interesses do Estado quanto às suas propriedades, em especial os imóveis, por vezes divergem dos interesses de particulares. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro protege de forma diferenciada o direito de propriedade de entes públicos e de particulares. A impossibilidade jurídica de se usucapir bens públicos, por exemplo, é reflexo da imposição da inalienabilidade, com fito em se evitar a sua destinação a interesses exclusivamente privados ou desvio de poder em desprestígio do interesse social.

Fato é que as pessoas que se submetem a tomar posse de bem alheio para atender às suas necessidades de moradia e trabalho, impossibilitadas de serem inseridas pelo mercado formal, por vezes ignoram a qualidade do titular da propriedade ou optam por ocupar propriedades com certas características - a exemplo de latifúndios de um único proprietário ou propriedades públicas - por vislumbrarem possíveis facilidades para a ocupação, restando evidente, ainda, que muitos dos bens imóveis públicos estão desafetados de função social.

A discussão quanto à função social da propriedade pública é de fundamental pertinência. Não somente para colocar em pauta a reflexão sobre garantias dos direitos de posseiros, com fins na regularização fundiária plena, mas para promover o questionamento atinente à necessidade de se impor ao Estado a efetiva destinação social às propriedades públicas.

E, ainda, numa perspectiva mais ampla, partindo da premissa de que no Brasil é predominante a concepção civilista clássica e individualista de propriedade, associada a

uma identificação da propriedade como ideologia, incompatível com os preceitos constitucionais vigentes, o que se reflete nas decisões judiciais acerca dos conflitos fundiários e, mesmo que minimamente, na legislação infraconstitucional, importa analisar avanços e retrocessos na jurisprudência e legislação.

A Constituição Federal de 1988 internalizou a proteção dos Direitos Humanos, criando um sistema nacional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais. De acordo com esta, o Capítulo II Dos Direitos Sociais está inserido no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, facilitando a compreensão de que os Direitos Sociais do art. 6º da Carta Magna possuem natureza de Direitos Fundamentais.

Por meio do mandamento constitucional da garantia dos direitos fundamentais, o Estado deve proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos, através da implementação de políticas públicas viáveis e eficazes para a redução das desigualdades sociais. A partir da materialização dos direitos sociais, privilegia-se a igualdade, a solidariedade e a liberdade material por meio da garantia de uma existência com dignidade.

O direito à moradia, como um direito social fundamental complexo, ultrapassa o simplório direito de possuir um imóvel próprio (direito de propriedade e direito à propriedade), embora este seja um complemento indispensável para a efetivação desse direito, alcançando a promoção do acesso ao chamado direito à cidade por meio de infraestrutura necessária. Considerando que parcela significativa de população brasileira habita em assentamentos informais e precários, a demanda por regularização fundiária em sua ampla acepção se torna prioritária.

Dentro desse contexto, tem-se que os requisitos iniciais para a concretização do direito fundamental à moradia ainda não fazem parte da realidade socioespacial das cidades brasileiras, tampouco alcança o direito à cidade. Emergem, assim, indagações quanto aos fatores que geram empecilhos e entraves para a eficácia desses direitos.



Diante dessas inquietações, pretende-se estudar a seguinte questão: sob a perspectiva da Função Social da Propriedade como dever fundamental e do mínimo existencial, qual a efetividade da função social da propriedade sobre bens imóveis públicos e sua correlação com a concretização do direito à moradia dos grupos sociais vulneráveis?

Intenta-se questionar, assim, até que ponto a função social da propriedade está sendo respeitada ao que tange à disposição dos bens imóveis públicos para a concretização do direito à moradia e do direito à cidade, discutindo-se mais especificamente sobre a proposta da usucapião especial para fins de moradia sobre bens imóveis de titularidade pública com fins na regularização fundiária.

A partir do enfrentamento dessa questão maior emerge a necessidade de reflexão sobre: a questão habitacional dentro do panorama brasileiro, tomando-se por exemplo a cidade de Salvador/BA e Região Metropolitana, ressaltando a segregação socioespacial e o déficit habitacional como peculiaridade do processo de urbanização; a questão da moradia e do acesso à terra urbana no Brasil com o desenvolvimento dos movimentos sociais urbanos e da luta pelo direito à moradia; as concepções existentes sobre a Função Social da Propriedade, a concepção adotada pela legislação e doutrinária pátrias e seus fundamentos, além da perspectiva da Função Social da Propriedade como dever fundamental; o direito fundamental à moradia como direito social e sua correlação com o direito à cidade, o mínimo existencial e a dignidade humana; a natureza jurídica dos bens imóveis públicos e sobre a imposição da função social a estes; a vedação constitucional irrestrita de usucapir bens imóveis públicos.

Desta forma, o trabalho escrito, resultado de pesquisa bibliográfica e análise de dados indiretos, foi estruturado em três capítulos. O primeiro, contextualiza o tema de forma a apresentar um enquadramento da problemática urbana brasileira que considere o processo histórico da urbanização no Brasil e suas peculiaridades, tratando especificamente da questão habitacional, a ser ilustrada pelo exemplo de Salvador/BA e Região Metropolitana, e da construção histórica da distribuição da terra, tendo sido enfatizados aspectos como a segregação socioespacial, a espoliação urbana e o déficit

habitacional, além da atuação dos movimentos sociais urbanos na luta pelos direitos à moradia e à cidade. Para o marco teórico adotado a autora fez referências a Maricato, Bonduki e Rolnik, Vainer, Kowarick, Davis, Faria, Carvalho e Pereira, Santos, Fernandes e Alfonsin, Gordilho Souza e Lima, dentre outros.

O segundo capítulo, enuncia a perspectiva da Função Social da Propriedade como dever fundamental, a concepção adotada na legislação e doutrina pátrias, com referência específica à sua construção histórica, bases legais e doutrinárias, e, ainda, a discussão quanto a regularização fundiária urbana e a efetividade de seus instrumentos de alcance, inclusive no tocante às políticas propostas para Salvador/BA, a partir dos estudos elaborados por Kurz, Hobsbawn, Splemnger, Wolkmer, Piovesan, Moraes e Vivas, Brandão, Santos, Gohn, Guimarães, dentre outros.

No terceiro capítulo são feitas considerações acerca natureza jurídica dos bens públicos para, em seguida, adentrar especificamente na análise dos efeitos e efetividade da função social da propriedade pública sobre bens imóveis públicos e sua correlação com a concretização do direito fundamental à moradia dos grupos sociais vulneráveis, e, finalmente, analisar a possibilidade de usucapir bens imóveis públicos para fins de moradia com vista à regularização fundiária urbana e concretização do direito à moradia digna. Trabalhos realizados por Sarlet, Dimoulis e Matins, Sarmento, Jelinek, Comparato, Farias e Rosenvald, Mattos, Carsodo, Fachin, Fortini, Tepedino e Schreiber, entre e outros, deram fundamento ao desenvolvimento do capítulo. Por fim, são tecidas considerações finais.

## **1. POLÍTICA URBANA E MORADIA NO BRASIL**

### **1.1 PRODUÇÃO DESIGUAL DO ESPAÇO, ESPOLIAÇÃO URBANA, AUTOCONSTRUÇÃO E FAVELIZAÇÃO: A QUESTÃO HABITACIONAL**

Conforme já assinalado, este trabalho se propõe a analisar a efetividade da função social da propriedade sobre bens imóveis públicos e sua correlação com a concretização do direito à moradia, sob a perspectiva da garantia do mínimo existencial e da Função Social da Propriedade como dever fundamental, tomando a problemática da questão habitacional urbana no Brasil como cenário, o que se exemplifica especialmente pela questão habitacional em Salvador/BA e Região Metropolitana.

Para subsidiar a análise e interpretação da questão da moradia e da terra urbana se faz imprescindível a investigação no tocante à forma de produção do espaço, tratando-se, assim, em maior ou menor profundidade, de conceitos como cidade, espaço, território, territorialidade, urbanização, com fito na retratação do cenário da questão habitacional no Brasil.

Concebendo a cidade como o principal local onde se dá a reprodução da força de trabalho e, simultaneamente, um local de produção e exploração de lucros, juros e rendas, ou seja, um produto, um grande negócio, MARICATO (2013, p. 19), sustenta que a melhoria das condições de vida não está diretamente atrelada apenas à melhoria de salários e de distribuição de renda, pois boas condições de vida também dependem de políticas públicas urbanas, constituindo a cidade, assim, um local conflituoso, de marcante disputa entre aqueles que querem melhores condições de vida e aqueles que visam apenas extrair ganhos, tensão potencializada em decorrência de sua construção histórica marcada pela desigualdade social e da conformação de um Estado patrimonialista que reproduz a política do clientelismo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vale pontuar aqui que, conforme avalia VASCONCELOS (1999, p. 12-13), são diversos e variados os conceitos atribuídos por múltiplos autores, o que denota dificuldade de apropriação conceitual desse objeto tão complexo. Mesmo não havendo uma convergência conceitual, as várias definições não são excludentes, correspondendo, em verdade, a visões teóricas distintas que focalizam prismas distintos de um mesmo objeto em períodos distintos.

Dentro desse contexto, refletem BONDUKI e ROLNIK (1979, p. 120 a 125) que, considerando o estágio do desenvolvimento das forças produtivas e o grau de complexidade da cidade capitalista, a habitação do trabalhador supõe um conjunto de equipamentos de infraestrutura urbana, para além de um abrigo. Consideram ainda os autores, que o Estado assume papel fundamental no aparelhamento urbano, ou seja, na oferta de equipamentos de infra e superestrutura urbana, especialmente no tocante ao financiamento, implantação e gestão dos bens de consumo coletivos, haja vista que a reprodução ampliada da força de trabalho pressupõe, no estágio atual de desenvolvimento das forças produtivas, a existência destes, que, por sua própria natureza, são consumidos coletivamente e não são assumidos pelos detentores do capital, pois seu empreendimento e a gestão exigem um grande investimento, sem possibilidades de retorno.

Numa perspectiva que considera a cidade neoliberal como empresa e mercadoria, VAINER, 2013, p. 37), sustenta que:

A adoção de diretrizes e concepções neoliberais que reconfiguram as relações entre capital e, Estado e sociedade a partir da última década do século passado teve profundas repercussões a respeito do lugar e do papel da cidade no processo de acumulação. Sob a égide do consenso keynesiano, a cidade deveria ser regida por necessidade mais gerais de acumulação e circulação do capital, cabendo ao planejamento (modernista) a tarefa da racionalização e funcionalização especial através de instrumentos que se generalizam a partir da Segunda Guerra Mundial, colocando planos diretores e zoneamento em primeiro lugar. Agora, sob a égide do Consenso de Washington, a cidade passa a ser investida como espaço direito e sem mediações da valorização e financeirização do capital. Concebidas enquanto empresas em concorrência umas com as outras pela atração de capitais (e eventos, é óbvio) as cidades e os territórios se oferecem no Mercado global entregando a capitais cada vez mais móveis (*foot loose*) recursos públicos (subsídios, terras, isenções). (...)

BOURNAZOU (2008, 394-399) discorre sobre a existência de uma inter-relação entre as ideias de sociedade e espaço, destacando que a assimetria na distribuição dos fenômenos sociais e no espaço, que resulta numa percepção de território social heterogêneo e hierarquizado, não é fato recente, mas, sim, decorrente das últimas décadas, auge da influência nas decisões sobre gestão territorial.

Tomando por fundamento estudos desenvolvidos por David Harvey, o referido autor considera que é a partir do final da década de 80 que se reconhece a dimensão física no desenvolvimento dos processos sociais, de tal forma que o espaço perde seu caráter absoluto e se converte numa construção social. Reconhece, então, que o espaço não representa simples campo onde se realizam as atividades da sociedade, mas meio pelo qual as relações se produzem e reproduzem. Dessa forma, citando Orueta, afirma que as relações sociais são compreendidas e se condicionam a partir da forma como se distribuem no espaço.

Partindo da premissa de que cidade formal representa um simulacro de imagens de retalhos do “Primeiro Mundo”, sustenta que no Brasil a força de trabalho não cabe no mercado residencial privado, que é especulativo (MARICATO, 2013, p. 19 -21). Para a autora, vivemos uma urbanização de baixos salários, de forma que:

(...) grande parte de nossas cidades é construída pelos próprios moradores em áreas invadidas – muitas delas ambientalmente frágeis – ou adquiridas de loteadores ilegais. Para a construção desses bairros, não contribuem arquitetos e engenheiros, tampouco há observância de legislação urbanística ou de quaisquer outras leis, até mesmo para a resolução dos (frequentes) conflitos, para a qual não contribuem advogados, cortes, juízes ou tribunais. Trata-se de uma força de trabalho que não cabe no Mercado residencial privado legal, que por sua vez (e por isso mesmo) é altamente especulativo.

A “superexploração” na atividade produtiva é somada à chamada “espoliação urbana”, concebida como o conjunto de condições precárias a que os trabalhadores são submetidos para vender sua força de trabalho, em cidades nas quais não é dada qualquer prioridade às necessidades dos trabalhadores. E é nessa realidade precária, onde a obtenção da casa própria como solução encontrada pelo trabalhador para subsistir por meio da autoconstrução, é que as desigualdades sociais se reproduzem.

BONDUKI e ROLNIK (1979, p. 143) analisando o espaço urbano em suas múltiplas dimensões, procurando relacionar os aspectos espaciais-ecológicos à dinâmica social e econômica, que tem um papel preponderante na forma como se dá a ocupação e

expansão da cidade, deduzem que em decorrência do desinteresse dos agentes imobiliários capitalistas e do endereçamento dos recursos estatais prioritariamente à reprodução do capital, é a própria classe trabalhadora que arca com o ônus da habitação, por meio da auto construção da casa própria ou da casa de aluguel. Constatam, ainda, que:

A segregação do território urbano caracteriza a cidade capitalista, sendo provocada, essencialmente, pela manutenção da propriedade privada dessa mercadoria peculiar que é o terreno urbano, como a forma dominante de ocupação do espaço. A existência da renda da terra, remuneração pela propriedade exclusiva de parcelas do solo urbano, é manifestação desta forma e seu estudo é fundamental para a compreensão da estrutura urbana. (BONDUKI e ROLNIK, 1979, p. 146)

No tocante ao processo de autoconstrução da casa própria pelo trabalhador KOWARICK (1979, p. 62) afirma que este processo gera endividamento, haja vista que o valor insuficiente da remuneração do labor para o custeio da construção do bem imóvel só pode ser subsidiado por meio do prolongamento da jornada de trabalho. As horas de trabalho remunerado, somadas às horas de trabalho para a produção da moradia e às horas com deslocamento diário retratam o quadro do desgaste daqueles que aventuram na autoconstrução. Sequer a revenda do bem é passível de restituir o investimento em decorrência do seu baixo valor.

A casa própria acaba por constituir a alternativa primeira encontrada pelo trabalhador para subsistir em uma situação em que o salário não supre sequer o custo de reprodução da força de trabalho. A autoconstrução pode ser considerada, assim, como trabalho não remunerado, isto é, 'supertrabalho', e, ao passo que produz sozinho sua casa, o trabalhador cria um valor de uso, apropriado integralmente por ele, criando, potencialmente, uma mercadoria, haja vista que pode ser comercializada a qualquer tempo. A autoconstrução, assim, tendo origem nos baixos salários, ao generalizar-se institucionaliza essa baixa de salários (BONDUKI e ROLNIK, 1979, p. 127-129).

Em estudo sobre a generalização das favelas, DAVIS (2006, 46-47) considera que em toda parte do "Terceiro Mundo" a escolha da moradia considera o custo habitacional, a

garantia da posse, a qualidade do abrigo, a distância do trabalho e, por vezes, a própria segurança. Na atualidade, “o segredo mágico da urbanização do Terceiro Mundo” é a terra periférica “sem custo”, ou seja, a posse de propriedade por meio de ocupação. Dispõe, contudo, ser rara a ocupação sem custo, sendo comum que os ocupantes sejam coagidos a pagar propinas a políticos, bandidos ou policiais. Além disso, há um custo punitivo de um local sem serviços públicos e longe do centro urbano. Muitas vezes o custo da ocupação é comparável com o da compra de um terreno, mas a vantagem estaria principalmente na possibilidade de se construir aos poucos e depois melhorar a construção, de forma a se diluir o custo.

Os ocupantes, visando a solidariedade pública, perseguem tradicionalmente terras públicas não construídas ou áreas de um único grande proprietário, que, por vezes, é indenizado. Assim, é comum que as ocupações se tornem o que o autor chama de “drama político”, por tornarem-se um desafio prolongado à força de vontade e à resistência contra a máquina opressora do Estado. Hoje, a ocupação continua primariamente em terra urbana de baixo valor, em geral em lugares de risco ou extremamente marginais. (DAVIS, 2006, 48 - 49)

Essa realidade não é distinta aqui no Brasil, onde se constata que significativa parcela dos assentamentos informais de baixa renda está situada em áreas públicas, em imóveis não utilizados, abandonados, ociosos. É nos terrenos de marinha e marginais da União, nas áreas federais, estaduais e municipais, que por muitas vezes apresentavam projetos de afetação que não foram implementados, inclusive ao uso comum do povo, onde as ocupações para fins de moradia pela população de menor renda se estabelecem, com o devido destaque aos inúmeros imóveis da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, e Indireta, imóveis de órgãos públicos extintos incorporados ao patrimônio público, imóveis adquiridos como pagamento de dívidas e oriundo de processos de desapropriação (CARDOSO P., 2010, p. 15).

BONDUKI e ROLNIK (1979, p. 151) inferem que:

As favelas, estigmatizadas pelo seu “desafio” à propriedade privada – pilar da organização territorial e própria sociedade capitalista -, sofrem de constante repressão, material e ideológica, onde se juntam o poder público e a grande imprensa a denunciar esta forma irregular de habitação. Na realidade, paralelamente à ocupação ilegal dos terrenos urbanos, as favelas são um obstáculo à atuação da especulação imobiliária, uma vez que ocupam, muitas vezes, terrenos situados em áreas bastante valorizadas. A evidência de que o poder público estava realmente empenhado em erradicar as favelas, não para melhorar as condições de habitação de seus moradores, mas para atender aos interesses da especulação, é o “Plano de Remoção das Favelas”, executado no Rio de Janeiro. Esta operação, de grande envergadura e onerosa, visava abrir caminho à especulação, contrapondo-se inteiramente à urbanização das favelas, solução que melhoraria as condições de seus moradores, sem tirá-los das privilegiadas localizações onde há anos se instalaram.

MARICATO (2010, p. 13) sustenta que o grande desafio no atual estágio da política para favelas é a garantia da regularização fundiária e sua integração à cidade formal, de forma que se propicie o acesso aos bens de consumo coletivo, reconhecendo que, apesar de ter havido novas iniciativas quanto às políticas para as favelas, a política de higienização, por interesse do setor imobiliário, acaba tendo destaque nos países em desenvolvimento.

A referida autora constata, ainda, a existência de alguns avanços em relação à política para as favelas, reconhecendo, contudo, que o número de ações de transferência de favelas em áreas urbanas valorizadas é bem maior que a consolidação desses núcleos em espaços urbanos centrais, o que caracterizaria uma ação de “limpeza” social relacionada à valorização imobiliária. A partir da observação da realidade de países da América Latina, da África do Sul e da Índia, observa-se que enquanto se afirma a política de urbanização e não remoção, age-se pró-mercado transferindo favelas de locais valorizados, em evidente contradição entre proposta política propagada pelos governos federais e implementação de políticas pelos governos locais, restando evidente que a disputa pela terra urbanizada, ou a disputa pela localização na cidade, é acirrada em toda parte (MARICATO, 2010, p. 13).



Saliente-se que o conceito de regularização fundiária está correlacionado não somente com a legalização jurídica do domínio ou posse da terra nos lotes urbanos e, inclusive, intervenções públicas mais amplas, mas, também, com aspectos jurídicos, territoriais e sociais, com a finalidade de se assegurar a permanência de ocupantes informais de áreas urbanas, o que reflete no aprimoramento do ambiente urbano e a valorização da cidadania.

O Estatuto da Cidade, ao adotar concepção plural de direitos de propriedade, não restringe a regularização fundiária ao direito individual à propriedade, de modo que a segurança da posse, como parte integrante do direito à moradia, possa ser garantida por meio de variadas formas de titulação, podendo ser os diversos instrumentos aplicados individual ou coletivamente (GORDILHO SOUZA e LIMA, 2016, p. 550).

O problema da habitação revela o dinamismo e a complexidade de determinada realidade socioeconômica, de forma que as necessidades correlacionadas à moradia não se limitam exclusivamente a um objeto material. Dependem, em verdade, da vontade coletiva e se articulam às condições culturais e a outros aspectos da dimensão individual e familiar. As demandas habitacionais, assim, se apresentam de maneiras diversas nos diferentes segmentos sociais, variando e se transformando com a própria dinâmica da sociedade.

Apesar do merecido reconhecimento da relevância das manifestações locais, heterogêneas e específicas no território, imperiosa a identificação de tendências gerais similares que podem ser assinaladas em territórios diversos e, consideradas recentes para a América Latina e o Caribe, foram apontadas pela ONU-Habitat (2011):

(...) a melhoria de condições se tornou mais lenta nas cidades da região. As cidades são cada vez mais desiguais, e nota-se a necessidade de maior ação dos governos para reduzir a pobreza. O meio ambiente também tem sido um campo de pouca atuação. Além disso, somam-se aos desafios das áreas urbanas: transporte público de qualidade e necessidade de construção de habitações populares adequadas a preço acessível, de urbanização de favelas, de melhorias nas residências precárias, de ampliação dos serviços de infraestrutura – especialmente em áreas de forte adensamento – e de regularização fundiária de bairros populares, entre outros”. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2014, p. 14)

Reconhecendo a complexidade do direito à moradia para definir o conceito de moradia adequada, a Secretaria de Direitos Humanos (BRASIL, 2013, p. 13), aduz ser necessário o atendimento a uma série de condições para que formas particulares de abrigo possam ser consideradas como moradia adequada, definindo o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que:

A Moradia Adequada corresponde ao direito de viver com segurança, paz e dignidade, a Relatoria trabalha com um conceito de Direito à Moradia Adequada que tem como componentes essenciais segundo as resoluções do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais – DESC (Comentário Geral nº 4) das Nações Unidas:

- Segurança jurídica da posse – para garantir a moradia contra despejos e deslocamentos forçados e outros tipos de ameaças à posse;
- Disponibilidade de serviços e infra-estrutura – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais fácil seja o acesso a água potável, energia, saneamento básico e tratamento de resíduos, transporte e iluminação pública;
- Custo acessível da moradia – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais os gastos com a moradia sejam proporcionais à renda, asseguradas as demais exigências para uma Moradia Adequada;
- Habitabilidade – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais ofereça condições físicas e de salubridade adequadas;
- Acessibilidade – as políticas habitacionais visarão sempre mais à Moradia Adequada para todos, quanto mais contemplem os grupos mais vulneráveis;
- Localização – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais adequadamente esteja inserida na cidade, com acesso adequado às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escolas, cultura e lazer;
- Adequação cultural – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais respeite a diversidade cultural e os padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais.

A proteção do direito humano à moradia por muito tempo prescindiu de instrumentos normativos para a sua proteção e defesa, de forma que, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, essa garantia jurídica emerge a partir da segunda metade do Século XX e, ainda, sem necessariamente refletir em sua efetivação. Em verdade, o complexo normativo criado para a efetivação do direito à moradia adequada pode ser considerado embrionário.

Importante atentar para o destaque dado ao quesito segurança jurídica da posse para a configuração da moradia adequada. A garantia contra despejos e deslocamentos forçados e outros tipos de ameaças à posse é indispensável.

Dentro desse contexto, entende-se que a urbanização e o desenvolvimento brasileiros apresentam incapacidade de assegurar melhores condições de trabalho e de subsistência para população urbana. Isto porque, a relação contratual assalariada não chegou a se universalizar, haja vista que a existência exército de reserva em ampla dimensão permitiu a compressão salarial e persistência de relações de trabalho precárias (CARVALHO e PEREIRA, 2009, p. 110).

O processo histórico de urbanização brasileira nos remete à reflexão sobre a sociedade, que se funde e se confunde com a reflexão sobre os processos de mudança social, de peculiaridades próprias da constituição de um sociedade urbano-industrial pobre e de consumo, heterogênea e desigual, inserta na periferia da economia mundial crescentemente internacionalizada. Consolidou-se, de forma contraditória dentro do jogo político das forças sociais, a imagem do Brasil como eterno país do futuro – urbano, industrial e desenvolvido, imagem esta que, na atualidade, não mais dá fundamento à proposição de análises prospectivas confortáveis, com base em modelos de desenvolvimentismo, de modernização.

Caracterizado por taxas bastante elevadas de crescimento e profundas transformações estruturais com fim na conversão de uma sociedade predominantemente rural em uma complexa e diferenciada sociedade urbano-industrial, o processo de urbanização do Brasil, consolidou de forma peculiar a estruturação do espaço urbano. As cidades passaram a ser marcadas pela segregação espacial e pela generalização da existência de periferias urbanas, tornando-se a sociedade urbana complexa, espacial, ocupacional e socialmente diversificada, heterogênea, segmentada e profundamente desigual (FARIA, 1991, p. 104-105).

Alertam CARVALHO e PEREIRA (2009, p.137):

O processo histórico de crescimento das cidades brasileiras tem levado à configuração de um quadro de extremas desigualdades sociais e concentração de renda, tendo como resultado um cenário urbano de intensa segregação espacial. Esta segregação se traduz em termos físicos pelos fortes contrastes entre o que se pode considerar “cidade formal” – caracterizada por áreas com boa oferta de infraestrutura, reguladas pelo mercado imobiliário e normalmente atendendo a legislação urbanística no que diz respeito as condições da edificação e ao uso do solo - e, por outro lado, pela “cidade informal” - caracterizada pela implantação de loteamentos irregulares e clandestinos, bem como invasões de áreas públicas e privadas ocupada pela população de baixa renda em decorrência da impossibilidade de acesso ao mercado imobiliário por esta parcela da população e da pouca efetividade das políticas habitacionais de interesse social (ver dentre outros, Brandão, 1981, Pereira, 1989, Souza, 2000 e 2002, Marques e Torres, 2005).

As cidades brasileiras são marcadas pelos problemas e desigualdades sociais, incapacidade de absorção da população trabalhadora, crises dos espaços públicos, carências nos serviços públicos, produção desigual do espaço, segregação socioespacial, expressões características do padrão de desenvolvimento excludente, típico dos países da América Latina. A integração dos países latino-americanos à dinâmica da globalização, levando-se em consideração a reestruturação produtiva e outros fenômenos a ela associados, tem afetado a conformação das áreas metropolitanas, corroborando para persistência e consolidação de uma estrutura urbana segmentada e segregada.

A formação da sociedade urbano-industrial no Brasil, assim como em outros diversos países, foi marcada por taxas de crescimento econômico bastante elevadas e por transformações estruturais, de forma a haver uma transição de uma sociedade predominantemente rural e dinamicamente baseada na exportação de produtos primários agrícolas para uma complexa sociedade urbano industrial, marcada por processos que construíram uma das maiores economias contemporâneas, localizada na periferia da economia mundial crescentemente internacionalizada, sem, entretanto, apresentar características das sociedades industriais avançadas (FARIA, 1991, p. 102).

O processo de urbanização brasileiro, entre as décadas de 1960 e 1990, se caracterizou pela concentração de grandes contingentes populacionais, em termos de tamanho absoluto, em um número reduzido de áreas metropolitanas e grandes cidades, outras áreas metropolitanas e capitais regionais e sub-regionais, tendo sido alimentado, entretanto, o crescimento populacional urbano de grande número de cidades de diferentes portes e que integram um complexo padrão de divisão do territorial do trabalho social entre campo e cidade e entre cidades.

FERNANDES e ALFONSIN (2014, p.14) inferem que muitos países da América Latina se encontram urbanizados desde a década de 80 e que, no caso brasileiro, mais de 80% da população vive em áreas urbanas, chamando a atenção, entretanto, as altas taxas de crescimento na África, Ásia e Oriente Médio, além das mudanças do padrão de urbanização em áreas já urbanizadas na Europa, Estados Unidos e América Latina. Especificamente no caso do Brasil aponta:

No caso do Brasil, por exemplo, o Censo indicou claramente que as pessoas estão migrando menos no sentido das capitais e mais no sentido das cidades de porte médio, e mesmo das cidades pequenas. Isso quer dizer que surgiu no país outro padrão de organização territorial, e um novo sistema de cidades que é essencialmente metropolitano. O Brasil hoje conta com 28 regiões metropolitanas, com a grande maioria delas não mais constituídas em torno das capitais.

No contexto da economia pós-industrial, as mudanças na organização do território correspondem a um processo muito significativo de mudanças na própria produção industrial. Tendo se prestado a urbanização tradicional a dar suporte à industrialização, contemporaneamente a economia de serviços, financeira e de informações ainda influencia na configuração da cidade, que deixa de ser apenas o local da produção econômica capitalista para ser objeto mesmo da produção capitalista.

Em meio ao processo de globalização econômica financeira, identificada a formação de todo um sistema global de cidades antes não existente, evidente que estas não mais se limitam às tradicionais barreiras dos Estados-Nacionais. Dentro disso, percebe-se uma concentração crescente de oportunidades, equipamentos e serviços nas áreas metropolitanas conjugado com um processo alarmante de desemprego crescente e

aumento das desigualdades socioeconômicas, o que resulta num processo de urbanização e metropolização da pobreza (FERNANDES; ALFONSIN, 2014, p. 14).

Em uma análise da urbanização brasileira, Milton Santos retrata as cidades, em especial as grandes cidades, como ocupantes de vastas superfícies entremeadas de vazios, cidade espraiadas características de uma urbanização corporativa, nas quais se identifica, ainda, carência de infraestruturas, especulação fundiária e imobiliária, problemas de transporte, extroversão e periferização da população, gerando, em consequência das dimensões da pobreza e seu componente geográfico, um modelo específico de centro-periferia (SANTOS, 1993, p. 95-96).

A dimensão da problemática pode ser apontada por meio da análise dos dados correlacionados ao déficit habitacional, conceito intimamente ligado às deficiências do estoque de moradias e que engloba aquelas sem condições de serem habitadas em razão da precariedade das construções ou do desgaste da estrutura física e que por isso devem ser repostas. Refere-se, ainda, à necessidade de incremento do estoque, em função da coabitação familiar forçada (famílias que pretendem constituir um domicílio unifamiliar), dos moradores de baixa renda com dificuldades de pagar aluguel e dos que vivem em casas e apartamentos alugados com grande densidade, além da moradia em imóveis e locais com fins não residenciais<sup>2</sup>.

Conforme mencionado em linhas introdutórias, a Fundação João Pinheiro (FJP), no Centro de Estatística e Informações (CEI), utilizando como fonte os dados básicos fornecidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)-IBGE, estimou para o ano de 2014 déficit habitacional total no Brasil 6.068.061 domicílios, sendo 752.810 rurais e 5.317.251 urbanos, ou seja, ou 87,6%, estão localizados nas áreas urbanas. Em relação ao estoque de domicílios particulares permanentes e improvisados

---

<sup>2</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatísticas e Informações. Déficit habitacional no Brasil 2013-2014. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br>. Acesso em: 04 de agosto de 2017.

do país, o déficit habitacional em 2014 corresponde a 9,0% (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 29).

Em contraposição ao quadro nacional quanto ao déficit habitacional se coloca a quantificação dos domicílios vagos, tendo sido apresentado no ano de 2014 o número de 7,241 milhões de imóveis vagos, 79% dos quais localizados em áreas urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, 6,354 milhões, aproximadamente 87,75%, estão em condições de serem ocupados, 886 mil estão em construção ou reforma. Importa destacar entre os anos de 2013 e 2014 houve aumento no número de imóveis vagos, já que no primeiro ano o número total foi de 7,230 milhões (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).

Esses domicílios vagos com potencial para serem habitados apresentam alta concentração nas regiões Sudeste e Nordeste. A partir da análise da distribuição os domicílios vagos por região, a Fundação João Pinheiro constatou que em 2014 restou estimado 40% dos domicílios vagos do país concentrados na região Sudeste (2,902 milhões) e 32,4%, na região Nordeste (2,350 milhões), para a região Sul 15,2% (1,098 milhões), para região Norte 6,6% (474, 806 mil) e para a região Centro-Oeste 1,3% (96,925 mil)<sup>3</sup>.

Domicílios vagos, seja em condições de serem ocupados ou em reforma, constituem o estoque do mercado, contam de unidades prontas ou com potencial para serem habitadas, mas que, de forma geral, podem não ser adequadas ao perfil do indivíduo que realmente precisa ser atendido na demanda habitacional, haja vista que o déficit habitacional atinge com maior intensidade as famílias de renda mais baixa.

Como já inferido, à população de baixa renda que não tem como ter acesso à moradia por meio do mercado imobiliário formal, resta, muitas vezes, como alternativa, a procuração de habitação no aglomerados subnormais, definido pelo IBGE como sendo o conjunto constituído por 51 (cinquenta e um) ou mais unidades habitacionais nas

---

<sup>3</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 41.

quais ausente o título de propriedade e pelo menos uma das seguintes características: a) irregularidade das vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes; b) carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública). Veja-se que apesar do crescimento econômico médio de 3,6% ao ano entre os anos de 2000 e 2010 (IBGE, 2000- 2010), a população nas favelas cresceu 75%, enquanto a população brasileira apenas 12,3% (IBGE, 2010).

Dentro desse quadro, uma questão que chama a atenção, e que foi amplamente divulgada pelo Governo Federal, especialmente quando da apresentação da Medida Provisória 759/2016 como proposta para de novo regramento a ser adotado pelo Programa Nacional de Regularização Fundiária, é a do alto índice de irregularidade fundiária, especialmente nas cidades, onde mais de 50% dos domicílios urbanos possuem alguma irregularidade fundiária, segundo dados do Ministério das Cidades<sup>4</sup>.

É esse, então, o retrato das cidades brasileiras, dividida entre as cidade formal e a informal, onde se multiplicam os aglomerados subnormais (bairros, favelas, loteamentos clandestinos, cortiços), a qual abriga maior parte da população, em especial a urbana, em incessante conflito com a retenção especulativa da propriedade (imóveis vazios, abandonados, lacrados a espera de valorização imobiliária derivada dos investimentos públicos) e as ilhas de cidade formal.

Especificamente quanto ao Estado da Bahia o déficit habitacional total foi estimado pela Fundação João Pinheiro no ano de 2014 em 437.472 domicílios, sendo 84.078 rurais e 353.394 urbanos, para ao Município de Salvador e Região Metropolitana o déficit habitacional total foi estimado em 120.503 domicílio, 967 rurais e 119.536 urbanos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>BRASIL. Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (Sead), do Ministério das Cidades e da Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Portal Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/conheca-o-novo-plano-de-regularizacao-fundiaria>>. Acesso em: 13 set. 2017.

<sup>5</sup> Déficit habitacional total por situação do domicílio – Brasil, Grandes Regiões, UFS e Regiões Metropolitanas – 2007 a 2009/ 2011 e 2012/2014 e 2014. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>.



Da análise da Tabela de “Domicílios recenseados, por espécie, segundo as Unidades da Federação e os Municípios – 2010” da Sinopse do Censo Demográfico de 2010 do IBGE, tem-se que os imóveis vagos de Salvador e Região Metropolitana somam 124.274 domicílios, sendo 123.314 particulares vagos e 960 coletivos sem morador, número que supera a estimativa para o déficit habitacional total já no ano de 2014, conforme acima referido<sup>6</sup>.

No tocante à qualidade da ocupação habitacional no município de Salvador/BA, dispõe GORDILHO SOUZA e LIMA (2016, p. 554) que:

A cidade de Salvador entrou no terceiro milênio com quase 2,5 milhões de habitantes, perfazendo atualmente cerca de 2,7 milhões (CENSO, 2010), o que a faz continuar ocupando o 3º lugar em contingente populacional no país. A ocupação informal de habitação nesse município, no início dos anos 2000, representava 32% do total de ocupação habitacional no município, correspondendo a 60% da população, o que corresponde aproximadamente a 460 mil domicílios, equivalendo ao chamado déficit qualitativo de habitação. A situação é mais grave ao se considerar áreas formais deficientes de benfeitorias urbanísticas, incluindo loteamentos populares que cresceram sem a devida gestão pública, que representa 54% da área ocupada e 73% da população, equivalente a 550 mil domicílios. Essa ocupação está concentrada, sobretudo nas áreas do Subúrbio e Miolo da cidade, demarcando uma nítida segregação em relação à ocupação formal da cidade, ao longo da orla oceânica. Portanto, além da necessidade de novas unidades habitacionais, decorrente do crescimento populacional, o déficit habitacional constituído historicamente abrange as deficiências ambientais, de infraestrutura física e social e a inadequação fundiária.

Diante do quadro de déficit habitacional e da dificuldade de inserção no mercado formal por parcela da população de Salvador/BA e Região Metropolitana, as ocupações coletivas passaram a ser frequentes já no final de 1940. No ano de 1991, as áreas ocupadas informalmente chegaram a alcançar 14,3% da área habitacional da cidade, o que, evidentemente, foi reprimido pelo Poder Público por meio de ações de remoção e erradicação dessas ocupações com sua transferência para loteamentos públicos implantados na periferia, sobretudo daquelas que se situavam nas áreas mais valorizadas da cidade (GORDILHO SOUZA e LIMA, 2004, p. 11).

---

<sup>6</sup> Tabela de “Domicílios recenseados, por espécie, segundo as Unidades da Federação e os Municípios – 2010” da Sinopse do Censo Demográfico de 2010 do IBGE. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?uf=29&dados=22>>.

O caso de Salvador é paradigmático, inclusive, quanto à qualidade das áreas ocupadas informalmente, haja vista que, na década de 1990, o total das ocupações coletivas por invasões se consolidaram em terras de titularidade pública, correspondendo a 48,4%, sendo que desse percentual 43,9% seria de titularidade municipal, do restante, 24,7% em terras particulares, 25,6% em terras diversas (mais de um tipo de titularidade), 1% sem informação e 0,2% em terras da Igreja<sup>7</sup>.

Os dados evidenciam o acirramento da vulnerabilidade desse contingente populacional confinado em áreas ambientalmente mais precárias da cidade, submetidos a ocupações que não atendem aos padrões urbanísticos rígidos da cidade formal. O cenário no Brasil ainda se apresenta repleto de desafios quando se analisa o acesso universal aos direitos sociais, entre eles o direito à moradia.

A cidade, local em que variadas necessidades surgem e que não necessariamente são respondidas, está fadada a ser palco de intermináveis conflitos por ser espaço geográfico e político de soluções. Para que essas soluções sejam efetivas, é preciso atentar para a problemática de forma mais ampla, haja vista que os fatos urbanos são fatos, são aspectos.

Refletindo sobre o “problema” habitacional, bem como sobre outros elementos básicos para a reprodução da força de trabalho, sinaliza KOWARICK (1979, p. 74) que o caminho está na conexão dos movimentos populares urbanos à luta que se opera nas esferas do trabalho, colocando-se em xeque a forma do domínio tradicionalmente exercido pelo Estado, onde se condensam as contradições de uma sociedade plena de desigualdades e oposições.

---

<sup>7</sup> E continuam GORDILHO SOUZA e LIMA (2004, p. 12) a dispor que: “Em relação à possibilidade de permanência, levando-se em consideração tipo de uso previsto e risco, observa-se que, a maior parte dessas áreas, aproximadamente 63%, quais sejam, ocupações em glebas vazias, áreas verdes, áreas previstas para equipamentos comunitários e remanescentes de loteamentos, são passíveis de consolidação, enquanto 20% correspondem a áreas que deverão ser cuidadosamente analisadas e apenas 17% representam áreas impróprias, essas, sim, sujeitas a um processo planejado de relocação (GORDILHO SOUZA, 1990 e 1999)”.

HARVEY (2014, p. 65 – 66) propõe uma unificação dessas lutas, sendo um dos passos para tal a concentração clara e inequívoca nos momentos de destruição criativa, nos quais se observa a transformação da economia de acumulação de riquezas na economia de espoliação, de forma que a partir dali se proclame o direito à cidade, como direito humano de mudar e reinventar a cidade de acordo os mais profundos desejos dos cidadãos.

## 1.2 INFORMALIDADE DA HABITAÇÃO E AUSÊNCIA DO ESTADO NO PLANEJAMENTO DA OCUPAÇÃO URBANA: ESTADO, CRISE E DESFUNCIONALIZAÇÃO

A logística do sistema de expansão, acumulação e circulação do capital gera contradições internas que propiciam a emergência de crises estruturais. A necessidade de regulação da relação capital e trabalho impõe a legitimação desta ordem por meio da instituição de um aparato político correspondente, qual seja o Estado.

Ao Estado Moderno são atribuídas funções básicas que, em decorrência das contradições intrínsecas ao próprio sistema, colocam essa instituição em conflito por impossibilidade de cumprir seu papel, ou seja, sua desfuncionalização, consequência da globalização do mercado, que acaba por orientar a logística de sua atuação e organização, colocando em xeque a soberania dos Estados-Nação.

O Estado Democrático de Direito instituído no Brasil com a Constituição Federal de 1988 está em crise, necessitando, assim, rever seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que os modelos conhecidos não mais apresentam funcionalidade adequada.

As funções atribuídas ao Estado, ampliadas progressivamente com a expansão estrutural da economia de mercado, são descritas como econômicas, são subdivididas por KURZ (1997, p. 95-108) em cinco níveis, quais sejam a implementação de um

processo de “juridificação”, a prestação de serviços para sanar problemas sociais e ecológicos, o fornecimento de agregados infraestruturas, a atuação como operador da produção para o mercado e promoção de política de subsídios e o protecionismo.

Para o referido autor o primeiro nível, o jurídico ou o processo da “juridificação”, consiste na codificação das ações e relações sociais por meio do Direito, tornando-se o Estado, então, uma máquina legislativa permanente (KURZ, 1997, p. 96).

O segundo nível, que está relacionado a uma atividade crescente na resolução dos problemas sociais e ecológicos, em substituição dos sistemas sociais locais por sistemas sociais nacionais. Essa atuação, que somente pode ser exercida pelo Estado, pois o mercado não possui sensibilidade ou órgãos competentes, visa o cuidado com indivíduos em etapas ou condições de vida que os excluem do processo incessante de transformação do capital em trabalho, ou dos indivíduos que foram expulsos durante o processo de adaptação à modernização, a qual causa rupturas estruturais periódicas e leva ao desemprego em massa. Ainda em consequência da modernização, o Estado acaba por suportar os custos ecológicos subsequentes, devendo este criar instituições especiais para cuidar das questões (KURZ, 1997, p. 96-97).

O terceiro nível, qual seja o fornecimento de agregados infraestruturas, a exemplo da construção de rodovias e parte do sistema de tráfego, o abastecimento energético, a comunicação, a formação profissionalizante, a educação, a criação e manutenção de instituições científicas, a canalização dos esgotos, o tratamento do lixo, o sistema de saúde pública, dentre outros. Dispõe Kurz (1997, p. 99) que constituem planos de ação gerais, concernentes à sociedade, estando inseridos na produção ao nível da empresa, mas que não podem ser fornecidos pelo mercado, inclusive por conta da racionalidade da administração empresarial.

O quarto nível, a atuação como operador da produção para o mercado, delega ao Estado o papel de empresário. Este status é conferido ao Estado sobretudo em sociedades de “modernização tardia”, ou seja, que entraram tarde no moderno sistema

produtor de mercadorias, “*pois em muitos países somente a máquina estatal podia alavancar, através da acumulação centralizada do ‘trabalho abstrato’ (Marx), a tentativa de estabelecer uma conexão com os países desenvolvidos*” (KURZ, 1997, p. 100).

Por fim, o quinto nível da economia estatal são a política de subsídios e o protecionismo, que consta da influência indireta do Estado no processo de mercado da produção de mercadorias através da regulação meramente jurídica, o que garante, ao menos formalmente, a subsistência de empresas privadas através de subsídios e/ou protecionismo, em território nacional (KURZ, 1997, p. 101).

As funções econômicas descritas pelo autor em suas diversas dimensões geram demandas financeiras ao Estado que crescem permanentemente a pari passo com a expansão da economia de mercado e, inexoravelmente, com a relação monetária abstrata. As fontes de renda do Estado são restritas, contudo, não possuindo este, em verdade, nenhuma faculdade de criação de dinheiro, dependendo estruturalmente da aquisição de dinheiro pela sociedade civil no mercado, de modo que se possa financiar também a atividade crescente do Estado. O financiamento "regular" do Estado é a tributação de rendas, subsistindo outras fontes, quais sejam, os empréstimos, sejam nacionais ou internacionais, a concessão ou privatização e, por fim, a emissão de moedas. A questão denota falta de autonomia do Estado em consequência do sobrepeso estrutural do polo econômico frente ao polo estatal-político.

Destaque-se, entretanto, que não somente a atividade essencial do Estado encarece excessivamente como, também, a valorização do capital regride ciclicamente, sinalizando, assim, um esgotamento da reprodução da economia de mercado em sua própria base. O cerne da questão emerge do fato de que, por meio do aumento da produtividade e da racionalização, há conseqüente redução da mais valia, na medida em que se minimiza sua própria substância, o trabalho abstrato.

A economia de mercado moderna, a qual cresceu sobretudo dentro do espaço funcional das nações criadas no Séc. XVIII, globalizou-se, sendo a exportação de mercadorias

incrementada pela exportação do capital, já no Séc. XX, o que “devassou as entranhas da economia nacional” (KURZ, 1997, p. 135).

Em consequência, o Estado se torna cada vez menos o “capitalista ideal”, sendo sua atuação cada vez menos incisiva sobre o estoque de capital nacional, pois a economia privada avança todos os limites, enquanto o Estado permanece restrito às suas fronteiras territoriais. O Estado perde o poder de impor limites à ação desenfreada do mercado, tendo sua competência diminuída, pois diante de qualquer ameaça de empecilho às suas intenções e objetivos, as empresas globalizadas ameaçam realocar seus investimentos para outras nações. A internacionalização do estoque monetário propicia a perda do controle estatal sobre o capital e diminui as receitas públicas, o que, por consequência, leva a déficit financeiro.

Vê-se, desta forma, que as contradições inerentes à logística de expansão, acumulação e circulação do capital geram uma crise econômica estrutural e cíclica que acarreta em empecilhos, inclusive, à atuação do Estado no exercício das suas funções econômicas, o que implica na sua desfuncionalização. Dentro desse contexto, discute-se a democracia, umas das formas de governo de aceção negativa histórica que impera como regime entre os países do mundo, inclusive o Brasil.

Ao tratar da Teoria da Forma Social, HOBBSAWM (2001, não paginado) evidencia que, no Estado Moderno, esta forma de governo, a democracia liberal, toma por premissas a concentração de poder em relação a outras unidades que operam em seu território; a aceitação de sua autoridade pelos habitantes; e o provimento de serviços aos habitantes que de outro modo não seriam fornecidos ou o seriam de forma não eficaz. Contudo, essas premissas veem sendo progressivamente invalidadas, o que se impõe, inclusive pelo fenômeno da globalização, fazendo com que o estado perca a soberania para o mercado.

“Produzir onde os salários são mais baixos, pesquisar onde as leis são generosas e auferir lucros onde impostos são menores” (KURZ, 1997, p. 137) são exigências

características da concorrência no mercado globalizado contemporâneo. O capital, que não mais integra o estoque de capital nacional, imprime uma nova dinâmica estratégica que desprivilegia o desenvolvimento econômico, o que vem ocorrendo desde o início do Século XX quando a exportação de mercadoria foi incrementada pela exportação de capital. Com o objetivo de atrair o capital, os Estados acabam perdendo o “comando” sobre o capital e tendo diminuídas suas competências. Ao passo em que se impõe uma integração direta e sem entraves ao mercado mundial, simultaneamente, um número cada vez menor de pessoas consegue se integrar a este<sup>8</sup>.

Evidência da soberania do mercado sobre o Estado pode ser extraída da ideia de invalidação progressiva da premissa do provimento de serviços qualificados pelo Estado, que foi intensificada desde a década de 70 pelo fortalecimento de uma ideologia crítica ultra radical do liberalismo e defesa da menor interferência do Estado nas relações sociais. Para HOBSEBAWM (2001, não paginado), passou-se a argumentar, à época, tomando por fundamento convicções mais facilmente correlacionadas com o teológico do que com evidências históricas, que todos os serviços prestados pelas instituições públicas são dispensáveis ou são melhor fornecidos pelo mercado. A forma de operacionalização da empresa privada, que maximiza lucros, se tornou paradigma.

Nesse contexto, emerge o que HOBSEBAWM (2001, não paginado) denuncia como sendo o problema mais grave e imediato da democracia, qual seja o voto sem valor, a esquizofrenia da representatividade. Isto porque, num mundo cada vez mais

---

<sup>8</sup> Tratando sobre o resultado desastroso desse tipo de globalização refere KURZ (1997, p. 140): “Além disso, a globalização acarreta uma nova contradição estrutural entre o mercado e o Estado. De fato, por meio da internacionalização do estoque monetário, o capital foge ao controle estatal e diminui as receitas públicas. Por outro lado, o capital globalizado depende mais do que nunca de uma infra-estrutura funcional (portos e aeroportos, estradas, sistemas de transporte e comunicação, escolas, universidade, etc), que, como antes, deve ser organizada por iniciativa estatal. A globalização, podemos concluir, tira do poder do Estado os meios financeiros imprescindíveis para o próprio desenvolvimento da globalização.

Entretanto, são sobretudo as reações desesperadas dos homens “cuspidos” do mercado que desencadeiam a crise do novo sistema mundial. Os custos da “segurança” crescem em proporções astronômicas. Os antigos países imperialistas, numa economia globalizada, não podem mais declarar guerra uns aos outros, mas são obrigados a mobilizar conjuntamente uma “polícia mundial” contra os perdedores globais, a fim de garantir condições sociais condizentes às ilhas de riqueza.”

globalizado e transnacional, os governos coexistem com forças que exercem sobre a vida cotidiana de seus cidadãos um impacto com força ao menos equivalente, mas, que em graus diversos, estão fora de seu controle. Em contraponto, os Estados não podem optar em abdicar quanto à influência ou atuação dessas forças que estão fora de controle. A opção que resta aos governos, mediante pressão incessante de uma opinião de massa continuamente monitorada, é passar a impressão da governabilidade, de estabilidade.

No caso dos países da América Latina, em especial o Brasil, enunciam LESSA e DAIN (1982, p. 216) que há especificidades na constituição no capitalismo industrial, caracterizado por uma formação “diacrônica” das forças produtivas, de forma que o trabalho assalariado se desenvolve junto com o capitalismo mercantil liderado pelo complexo agroexportador enquanto que o comando do capital industrial passa a se desenvolver posteriormente somente em termos econômicos dentro de uma estrutura política pautada e herdeira deste modelo anterior. De maneira distinta, nos países tidos como de desenvolvimento avançado o trabalho assalariado, a grande indústria e o sistema fabril ocorreram simultaneamente.

A distinção na origem do capitalismo industrial torna específica a forma de associação entre capital estrangeiro, que lidera o processo de industrialização, o Estado e o capital nacional. Destaque-se que a especificidade não está na constituição da associação e a importância do Estado, mas pelos princípios e regras dessa. Trata-se do que LESSA e DAIN (1992, p. 220) denominam de “sagrada aliança”, um pacto básico de uma antiga relação simbólica na qual “há uma comunidade e uma convergência de interesses entre capitais nacionais dominantes em órbitas de capital não-industrial e um sistema de filiais líderes do circuito industrial”, podendo as regras de funcionamento da “sagrada aliança” serem resumidas da seguinte maneira:

(...) impuseram um pacto implícito com duas cláusulas básicas. A primeira dispõe, como reservas para os capitais nacionais das órbitas de interesse crucial, como frentes de valorização. Tais órbitas são não industriais e, entre elas, as filiais estrangeiras industriais não poderão diversificar as inversões. A segunda estabelece uma regulação quanto à participação horizontal da massa de lucros do capital associado. A rentabilidade das órbitas sob controle do capital nacional não será



inferior à órbita industrial. A existência do pacto exige algo do Estado: que seja o seu gestor.

E acreditamos que essa é especificidade do Estado em nosso continente, pelo menos no caso brasileiro. A função de gestor do pacto é fundamental para a reprodução do pacto do capitalismo associado e a manutenção da “sagrada aliança”. (LESSA e DAIN, 1992, p.221-220)

Essa forma de associação impede o processo de centralização e especifica a acumulação de capital no Brasil, bloqueando a formação de blocos financeiros industriais com capacidade técnica e fortaleza econômica e política, como se vê nos países centrais e os de industrialização tardia bem sucedida. O Estado não teria condições de completar o processo de centralização do capital por razões estruturais e, inclusive, de origem do desenvolvimento capitalista no país. Importa destacar que estas especificidades do capitalismo brasileiro não constituem “anormalidades” ou equívoco de política econômica, mas consequências da sua estrutura e regras de funcionamento.

SPLINGER (2007, p. 80), após distinguir diversas formas de governo que decorreram a partir da constituição do Estado Moderno<sup>9</sup>, define o Estado Democrático de Direito, tomando por base as lições de Canotilho, que este corresponde a uma ordem jurídica limitada pelo povo, no qual prevalece o princípio da soberania popular, sendo esta a forma de governo vigente no Brasil. Atentando para essas definições, a autora passa a tratar da crise do Estado Contemporâneo, o qual necessitaria rever seus papéis na esfera econômica, nos modelos de regulação social e jurídica tradicionais, posto que os modelos tradicionais não mais funcionam, evidenciando que o Estado vive uma crise que ameaça o desempenho das suas funções características.

Compreendendo que as palavras “fluidez” e “liquidez” são metáforas adequadas para representar essa nova fase da modernidade, efeito da globalização, entende SPENGLER (2007, p. 90-91) ser a crise ameaçadora para a continuidade da estabilidade, pois promove uma ruptura do paradigma da supremacia absoluta da lei em decorrência da desregulação estatal, da lentidão em se dar resposta a demandas produzidas cada vez mais rapidamente, à incapacidade do Estado em ocupar seu

---

<sup>9</sup> A autora atenta para a confusão conceitual e terminológica quanto ao termo Estado (p. 30-31).

espaço, dando margem ao surgimento do direito inoficial e do direito marginal, enfim, ao deslocamento entre legislação positivada e a realidade social. E continua:

Com efeito, as crises estatais hoje estão definidas como crise conceitual, cujo cenário é o Estado da modernidade e que tem como aspectos principais de debate o território, o povo, o poder (soberania) e os direitos humanos, com reflexos no público/privado (discutindo o nacional, o local, o supranacional e o “extranacional”). Todas as demais crises acontecem no Estado contemporâneo, e são: crise estrutural, cujos aspectos principais são o financeiro, o ideológico (burocracia x democracia) e o filosófico (individualismo/solidarismo), sendo que suas conseqüências são a desconstitucionalização, a flexibilização e o desprestígio prático; a crise política atinge a democracia representativa com reflexos na participação e representação política, nos sistemas partidários e eleitorais, na apatia política e em suas novas fórmulas de democracia. Por último, a crise funcional aborda as funções do Estado que passa por uma crise, cujos aspectos são refletidos no Legislativo (*lex mercatoria*, direito inoficial e marginal), no Executivo (assistencialismo) e na Jurisdição (fórmulas alternativas). (*sic*)

Acrescenta WOLKMER (2013, p. 123) aduzindo que a ordenação pragmática que sustenta os modelos de Estado e Direito Modernos - a qual favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), edifica uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), tem sofrido, nas últimas décadas do século XX, fortes impactos provenientes do "espaço-tempo mundial", expressos numa conjuntura de globalização. Esse projeto de modernidade está em crise, posto que se vivencia o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. As contradições apresentadas pelo paradigma atual da ciência jurídica tradicional propiciam lentas e graduais mudanças e construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar.

O Estado Democrático de Direito, para SPENGLER (2007, p. 80-85), propõe ordenação jurídica voltada para garantia e implementação do futuro, transferindo a tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário. O seu conteúdo vai além da garantia da dignidade humana, sua ação é de oportunizar a participação pública na formação da vontade democrática popular, haja vista exercendo o dever de estruturar o “Estado

Constitucional” articula “Direito” e “poder” sob a prevalência do princípio da soberania popular, na qual o poder político deriva do poder do povo. A lei se submete, assim, a instância mais alta, a Constituição, espaço de mediação que potencializa a complexidade legal e obedece a princípios como, constitucionalidade, organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; justiça social; igualdade; divisão de funções ou poderes; legalidade; segurança e certeza jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, que se funda na soberania popular, conforme já mencionado, na cidadania, na dignidade humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, além do pluralismo político. Esse Estado é indissociável da realização dos direitos fundamentais e será dotado dos instrumentos que permitam o resgate da igualdade e da paz social pela lei, lei esta que não se presta só a corrigir as condições dos desiguais.

Dentro do contexto de crise do Estado e Direito Moderno, sinaliza WOLKMER (2013, p. 124) que se faz necessária a construção de novo paradigma para a teoria jurídica, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de "novos" direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e individual. Dispõe, ainda, que:

O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de "fundamentais" constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos novos referentes ao homem, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade. Assim, para o pensador italiano o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a ampliação e a universalização dos "novos" direitos. Essa multiplicação histórica dos "novos" direitos processou-se, no dizer de Bobbio, por três razões: a) aumentou a "quantidade de bens considerados merecedores de tutela"; b) estendeu-se "a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem"; c) O homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, "(...) mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. (2013, p.123-124)

Considerando a condição de pessoa como requisito único para a titularidade de direitos - ser humano tido como essencialmente moral, dotado de unidade existencial e dignidade, PIOVESAN (2010, p. 11-12) articula a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, por estar adstrito a legítimo interesse internacional quanto ao tema, superando-se, assim, a concepção de que a forma a qual o Estado tratava seus nacionais constitui problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Conclama-se, desta forma, pela universalidade, ou seja, pela extensão universal dos direitos humanos. Para a autora “o valor da dignidade humana, incorporado pela Declaração Universal de 1948, constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”, sustentado a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos, a partir de uma visão integral do direito, o que é expresso na Declaração Universal.

Ao lado do sistema normativo global se desenvolvem os sistemas normativos regionais de forma complementar, compondo um universo instrumental de proteção aos direitos humanos, inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal. Emerge, assim, a tutela dos direitos fundamentais fundados constitucionalmente. Importa aqui um destaque quanto à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos disposta por SARLET (2012, p.18):

(...) o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Face a universalidade e ampliação desses "novos" direitos, com fito em precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, propõe WOLKMER (2013, p. 126 – 130), compartilhando as interpretações de autores como Bonavides e de Sarlet, a

ordenação histórica dos "novos" direitos em cinco grandes "dimensões"<sup>10</sup>, haja vista que esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente, restando claras a "inter-relação e a indivisibilidade" de todos os direitos.

O surgimento e a existência dos "novos" direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das modificações das realidades sociais, por isso, sua conceituação deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais, coletivas e metaindividuais. Emergindo informalmente por meio das ações sociais, em decorrência das práticas conflituosas ou cooperativas, o processo histórico de criação ininterrupta dos "novos" direitos toma por fundamento a afirmação permanente das necessidades humanas específicas e a legitimidade de ação dos novos atores sociais, dentro de um contexto de crise dos paradigmas de fundamentação e num cenário composto por novos atores sociais, demandas e necessidades emergenciais e conflitos plurais.

Apesar da afirmação formulada por SPENGLER (2007, p. 80-85) de que no Estado Democrático de Direito há deslocamento da tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, assente a autora que a lei democrática vincula até mesmo o legislador que a cria, pois não é instrumento de dominação arbitrária. A leitura formal, entretanto, não é suficiente para enfrentar conteúdos reais e atuais da sociedade submetida a contradições econômicas e culturais, violada em sua consciência política; aqui, o ordenamento jurídico convive com o pluralismo de fontes e ordenamentos e a lei pode

---

<sup>10</sup> São eles: a) os de primeira "dimensão", os direitos civis e políticos, correspondendo a direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão, sendo inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos "negativos"; b) os direitos de segunda "dimensão", os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam sua garantia e concessão a todos indivíduos por parte do poder público; c) os de terceira "dimensão", os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade, sendo seu titular categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação); d) os de quarta "dimensão", os direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética, direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros; e) e, por fim, os de quinta dimensão, direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral ( WOLKMER, 2013, p. 126 – 130).

manter conflitos ao invés de solucioná-los sem a ação dinâmica que une Estado e Direito.

O Judiciário não deve se afastar da realidade social, porque urgente o resgate de direitos não realizados, a ponto de haver o deslocamento do centro de decisões. A consecução do objetivo depende da revisão do modelo rígido da normativa que ainda trabalha conflitos interindividuais quando a sociedade já se reveste de demandas transindividuais – essa é a crise do modelo de produção do Direito. Partindo dessa assertiva, infere SPENGLER (P. 85-86):

Assim, afirmar que a concretização do Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos pode e deve ser relativizado, já que não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Ocorre que a Constituição não está sendo cumprida. Faltam políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, e o Judiciário surge como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Então, havendo inércia dos demais poderes, a efetivação do Direito (e dos direitos) passa por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário. Mas, para que se possa alcançar tal desiderato, necessitamos primeiro superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal/individualista. Para tanto, é preciso entender que - sustentando esse modo liberal-individualista de produção de Direito – existe um campo jurídico, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz um caminho à parte, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador.

Necessário, assim transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar os "novos" direitos. Diante da existência de limitações nos procedimentos, impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, fundados em instancias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas. Propõe WOLKMER (2013, p. 142):

Ao transpor os obstáculos para um acesso mais efetivo à Justiça por parte dos novos atores individuais, coletivos e transindividuais, é forçosa a exigência de uma gama de alterações profundas e inovações radicais que transcendam as esferas tradicionais de jurisdição, alcançando formas menos rígidas, mais céleres e plurais de procedimentos processuais. Tais implicações vão desde as modalidades de gerar a produção de "novos" direitos até a sua apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária. Cabe destacar, dessa forma, no interior do Direito positivo estatal, a utilização não só de um Judiciário reformado e mais democrático, mas a ampliação e efetivação de outras instancias reguladoras dos conflitos que envolvem "novos" direitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e os Juizados Especiais (Cíveis e Criminais).

Diante dos diversos desafios para a concretização do Estado Democrático de Direito, a implementação dos direitos humanos como racionalidade de resistência se apresenta como plataforma emancipatória.

A crise econômica estrutural e cíclica que tem levado a ajustes nas políticas sociais e rearranjos na política internacional implica em vulnerabilidade crescente dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. Ainda no século XXI, a conjuntura internacional se mostra adversa à concretização desses direitos, sendo o direito humano à moradia adequada um dos direitos humanos mais afetados, dado que sua concretização é bastante dificultada e ainda complexa no bojo do processo de urbanização capitalista.

O mercado imobiliário crescente não é acessível. Em países de todo o mundo, velhas áreas metropolitanas, em especial as periferias, e novas áreas metropolitanas se tornam mais atrativas para a população mais pobre que precisa ver suprida sua necessidade fundamental de moradia por meios alternativos ao mercado imobiliário formal. Percebeu-se, ainda, aumento do crescimento da informalidade urbana, tanto em países em desenvolvimento quanto em países já urbanizados e industrializados, muitas vezes atrelada ao aumento vertiginoso da pobreza. No caso do Brasil, mesmo tendo nas últimas décadas se tornado um país de renda média, gerando lucros históricos para diversos setores, se tornando um país plenamente urbanizado, apresenta um enorme

volume de problemas urbanos e socioambientais<sup>11</sup> (FERNANDES e ALFONSIN, 2014, p. 16-17).

A extrema informalidade da habitação no país apresenta sua gênese na ausência do Estado no planejamento da ocupação urbana, que deve ser antecipado frente a configuração dos altos índices de pobreza. Constatam GORDILHO SOUZA e LIMA (2004, p. 2-3) que o que vem prevalecendo nas últimas décadas são as ações improvisadas na produção de moradias nas grandes cidades que acabam por “suprir” as demandas por novas habitações, mas criam problemas diversos relacionados à qualidade do meio urbano. Nessas áreas de ocupação informal, que crescem segregadas da cidade formal e alijadas dos atributos urbanísticos adequados às condições dignas de moradia, incluindo a posse da terra e a segurança de moradia, se concentra localmente a pobreza.

Quanto à atuação do Estado no planejamento da ocupação urbana dispõe MATTOS (2001, p. 39) que:

As cidades brasileiras- fragmentadas, excludentes, segregadas, ineficientes, caras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais – são em grande medida o resultado desse fracasso do Estado na reforma da ordem jurídica liberal, já que a lógica especulativa do mercado vê na propriedade tão-somente um valor de troca, tão-somente uma mercadoria, e não dá conta das questões sociais e ambientais. Tão importante quanto aprovar novas leis e criar novos instrumentos urbanísticos é consolidar o paradigma proposto pela Constituição de 1988, de forma a reformar de vez a tradição civilista que está na base de muito da resistência ideológica às políticas urbanas progressistas, e que desconsidera o papel central da lei – e da ilegalidade – no processo de desenvolvimento urbano e de gestão urbana.

Em verdade, são os pobres que cada vez mais pagam o preço das externalidades negativas do desenvolvimento urbano no contexto de penetração do capital imobiliário

---

<sup>11</sup> FERNANDES e ALFONSIN (2014, p. 15-16) exemplificam os problemas urbanos e socioambientais da seguinte forma: “(...) o déficit habitacional é de 6.4m de unidades, mas há 5.5m de imóveis vazios ou subutilizados; o número de construções precárias supera 10m, mas o estoque de lotes urbanizados vazios em muitas cidades chega a 20%, e nas principais cidades as taxas de crescimento informal variam entre 50% a 80%. As crises de saneamento, transporte e segurança refletem a crise da gestão político-institucional, sobretudo municipal. Trata-se do legado pesado da urbanização segregadora que no século XX criou condições para a industrialização”.



globalizado. A dimensão da problemática urbanas brasileira está interligada à questão habitacional e ao acesso à terra, seja por falta de unidades habitacionais e condições técnicas das unidades existentes ou pela precariedade da urbanização dos aglomerados subnormais e bairros periféricos das cidades, o que evidencia que a política pública urbana mirar nos direitos fundamentais com fim na inclusão social e territorial da população de baixa renda. (MORAES e VIVAS, 2014,p. 149)

Desta forma, tem-se que dentre as maiores consequências do processo de exclusão social e segregação espacial, característicos do crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento, está a proliferação de formas de ilegalidade nas cidades, fenômeno este que adquire maior relevância no que se refere aos processos socioeconômicos e culturais de acesso ao solo e produção da moradia. Isto porque, progressivamente cada vez mais pessoas se veem impelidas a descumprir a lei para ter um lugar das cidades, vivendo sem segurança jurídica da posse em condições precárias ou mesmo insalubres e perigosas, em áreas periféricas ou em áreas centrais desprovidas de infraestrutura urbana adequada. (MATTOS, 2001, p. 49)

Fato é que o pacto político-institucional federativo não expressa a realidade urbano-territorial efetivamente criada no país e que a ordem jurídico-política constitucional não expressa a ordem político-social construída no cotidiano dos processos políticos do país, tornando-se inúmeras e complexas as questões a serem enfrentadas na perspectiva da gestão político-administrativa.

Necessária, assim, que se desvele e se deixe de minimizar a natureza elitista da ação histórica do Estado no planejamento urbano, que muitas vezes se faz pela própria “ausência”, o que constitui, em verdade, um tipo de planejamento territorial perverso que desemboca na crise urbano-ambiental e de moradia. Por meio de legislação urbanística elitista e gestão urbana excludente, as políticas públicas por muitas vezes têm agravado a segregação socioespacial.

### 1.3A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DISTRIBUIÇÃO DA TERRA URBANA

Para embasar a discussão sobre o objeto desta dissertação, é necessária a referência aos institutos da posse, da propriedade e da construção histórica da distribuição da terra, em especial da urbana. O relato quanto às distinções fundamentais entre posse e propriedade, natureza jurídica, formação histórica de suas concepções introduz a discussão quanto à construção histórica da distribuição da terra urbana, que importa ao enquadramento da questão da moradia e da terra urbana no Brasil.

Os institutos da posse e da propriedade têm fundamental importância dentro o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem, ou seja, os direitos reais.

A concepção da posse é apresentada, fundamentalmente, na Teoria Subjetiva de Savigny e na Teoria Objetiva de Ihering. Na primeira, a posse constituiria o poder que uma pessoa tem de dispor materialmente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem, apresentando a mesma dois elementos constitutivos: o *corpus*, elemento que se traduz no controle material da pessoa sobre a coisa, e o *animus*, a intenção do possuidor de exercer o direito como se proprietário fosse (FARIAS e CHAVES, 2010, p. 28-29).

Contudo, na concepção de Ihering, a posse constituiria o mero exercício da propriedade. A posse seria o poder de fato e a propriedade o poder de direito. Partindo desse entendimento, a posse não poderia ser reconhecida como modelo jurídico autônomo, pelo fato do possuidor ser aquele que concede destinação econômica à propriedade. O elemento puramente subjetivo, denominado *animus* por Savigny, é afastado na Teoria Objetiva, posto que está implícito o poder de fato exercido sobre a coisa.

O Código Civil brasileiro, de acordo com FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 29), adota a Teoria Objetiva para determinar o conceito de posse, mas, em contraposição, faz

referência nítida à Teoria Subjetiva quando trata da usucapião como modo aquisitivo originário da propriedade que demanda o *animus domini* descrito por Savigny. Para os mencionados autores, a natureza jurídica da posse não se restringiria à relação de fato ou à mera exteriorização de um direito de propriedade. A posse seria um direito subjetivo dotado de estrutura peculiar. Atentar para a diferença na gênese das mencionadas teorias resulta em perceber a estampada incongruência do nosso instrumento normativo civil no tocante ao tema.

Tem-se, em linhas gerais, que na Antiguidade Clássica a propriedade era reconhecida àquele que se encontrava na posse do bem, não sendo definida a partir de um título. Na Grécia antiga o fator determinante para acesso aos bens seria a cidadania, posto que era qualificada como democracia dentro da sua estratificação social. O direito de propriedade significava privacidade e proteção à família, direito este conferido estritamente aos cidadãos.

A propriedade, nos dizeres de MELLO (2009, p. 14-15) era caracterizada por dois aspectos: privação (*privus*), vez que o conteúdo ideal estaria em um ambiente familiar específico; e exclusão (de terceiros), pois a instituição da propriedade elidiria influência externa, uma vez que a manutenção das relações internas, com exclusividade, estabeleceria, de forma ideal, o ambiente familiar específico. A ideia de *privus* caracterizava o lugar da família, não como propriedade privada, nos moldes atuais, mas como um bem afastado da expectativa de uso comum, não tendo a propriedade grega qualquer relação com a noção de riqueza, mas apenas capacidade de uso.

Atenta ainda o autor para o fato de que a propriedade tinha relação direta com a esfera pública, posto que, além de estabelecer o *locus* familiar, carecia de proteção. Em um primeiro momento, no período clássico, a privação representava garantia de que a propriedade receberia proteção do Estado; em segundo momento, tratava-se de prerrogativa individual, cuja oposição se daria, inclusive, em face do próprio Estado, que estaria limitado diante da propriedade estabelecida. Vislumbra-se, então, que o Estado deveria privilegiar a utilização do bem, concepção esta que aproxima a relação

entre o bem comum e a manutenção do direito sobre o bem estabelecido, o que afasta a perspectiva de se analisar o próprio bem como riqueza.

A propriedade no Direito Romano, assim como em todo direito privado, tem sua importância intrinsecamente correlacionada ao papel que a família desempenha na sociedade romana em particular, conforme elucida LOPES (2002, p. 59). O direito privado constituiria um sistema de regras pelo qual se mantém unida a família como unidade produtiva e o direito de propriedade, acompanhando tal logística, consubstancia-se em uma espécie de jurisdição, de poder de comandar as coisas e as pessoas da família.

MELLO (2009, p. 22) dispõe que a possibilidade de propriedade privada em Roma, no período Clássico, estava relacionada ao *ager publicus*, que se fundamentava na concessão de terra para cidadãos romanos, para uso direto; e ao *ager privatus*, que representava a posse concedida pelo *ager publicus* estabelecida em caráter definitivo.

Em que pese a estabilidade observada, e um direito compatível com a propriedade, nos moldes atuais, a expectativa quanto ao bem, não tinha relação com eventual valor econômico, mas com a utilidade e proteção individual perante o Estado, bem como a um ideário de benefício social. Desta maneira, no direito romano restou clara a propriedade baseada em um direito natural absoluto, exercido por classe de cidadão privilegiada.

Na Idade Média modifica-se a ideia de posse privada e absolutista, pois fora firmado o entendimento de que o Estado seria um ente maior, representado por um rei que se impunha com relação aos demais possuidores de terras, quais sejam os suseranos. Toma-se, então, o Estado como detentor do poder de propriedade sobre os bens imóveis, sendo que aos suseranos era atribuído o domínio indireto da terra e aos vassalos o domínio útil (CARVALHO, 2008, p. 946).

Concebida de forma absoluta, exclusiva e perpétua, o conceito de propriedade desenvolvido no século XVIII relaciona-se ao conjunto de poderes de usar, gozar e dispor reconhecido ao titular de um bem. Com a transformação dos ordenamentos jurídicos no tratamento da noção de propriedade, busca-se a fuga da postura absolutista que caracterizou sua conceituação, fortalecendo-se, assim, o embasamento jurídico-científico para reconhecer ao Estado o poder de delinear os contornos do direito de propriedade sob um aspecto diferenciado.

Contemporaneamente, a propriedade é recepcionada diferentemente pelos civilistas clássicos e constitucionalistas. Para os primeiros, o direito de propriedade se restringe a um direito subjetivo clássico, enquanto que para os segundos, reflete mais que um direito subjetivo, mas, sim, uma instituição de garantia constitucional (BORGES, 1999, p. 64).

Partindo de uma perspectiva civilista, a propriedade é conceituada por FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 168-169) como relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas. Direito complexo porque se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao titular o exercício de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto, conforme se depreende do art. 1228 do Código Civil.

Por ser um direito real, o direito de propriedade teria como escopo a apropriação de riquezas, constituiria direito patrimonial oponível *erga omnes*, resultando daí seu caráter absoluto, frente à oponibilidade contra todos.

Apesar de todo arcabouço jurídico-científico desenvolvido na atualidade e da construção dos institutos que visam evitar que o direito de propriedade se mantenha como instrumento de exclusão social, o paradigma de propriedade que se toma, ainda na contemporaneidade, fundamenta-se na titularidade imaculável do modelo napoleônico, sendo único tipo de apropriação jurídica, concebido a partir de um dado técnico e posto pela norma.

O referido instituto se distingue do domínio, o qual está intrinsecamente ligado à relação de material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. Propriedade e domínio são noções autônomas, mas complementares, que por muito são confundidos, até mesmo em nosso ordenamento jurídico, como acontece, por exemplo, no Código Civil de 2002.

Somente podemos cogitar do princípio da função social da propriedade se entendermos a propriedade como relação jurídica, ao contrário do conceito clássico oriundo da escola positivista que a tratava como domínio e poder sobre coisas.

O desenvolvimento do conceito de propriedade, sem dúvidas, promoveu reflexões acerca da necessidade do distanciamento da ideia de propriedade exclusivamente individual para acrescer a este o aspecto social e, enfim, solidário, o que ocorreu, principalmente, com a emergência do Princípio da Função Social da Propriedade. Com o advento desse princípio constitucional, parte-se de uma reserva interna da propriedade ao titular da coisa para sua repercussão também vinculada às necessidades coletivas.

A regulação do acesso à terra no Brasil se coloca como variável que impacta diretamente na efetivação dos direitos humanos, em especial no que concerne ao direito à moradia. A análise histórica da questão fundiária tem início no período de colonização, onde se delineou a forma de apropriação do território a partir da apropriação privada de vastas extensões de terra, originariamente sem vinculação e exploradas coletivamente pela população nativa. Instituída, assim, a propriedade privada, privilégio de poucos, desejo e necessidade de muitos.

Esse sistema de apropriação de terras perdurou durante as expedições (sertanistas, bandeirantes e desenvolvimentistas), a qual intentou adentrar o interior do país na perseguição de glebas para além da costa marítima. A sesmaria, que apresentava

caráter extra econômico, era concedida pelos representantes do rei em nome dos interesses deste com o fim de se conferir *status* e prestígio social aos seus proprietários. Os referidos fatos sequenciados marcam a formação dos grandes latifúndios, que caracterizam a forma de distribuição na terra por meio de sua concentração. (MORAES e VIVAS, 2014, p. 142)

Evidente o total descontrole da situação fundiária, o sistema sesmarial foi abolido em 1822, advindo a primeira Constituição Federal brasileira em 1824, na qual houve previsão da garantia ao direito de propriedade de maneira plena, direito adquirido por meio da ocupação. Em 1850 é promulgada a Lei de Terras, legislação que buscou regular a questão fundiária de forma ampla. Importa a referência aqui à questão racial, em específico a exploração do trabalho escravo, o negro, discriminado e marginalizado, não interessava ao novo modo de produção.

A política de terras no Brasil pode ser subdividida, assim, em dois momentos distintos. O primeiro, que durou de 1822 a 1850, caracterizou-se pela ausência de regulação sobre a terra pública e pelo crescimento vertiginoso das posses. O segundo momento compreende o período posterior à aprovação da Lei de Terras, caracterizado pela tentativa de implementação de uma efetiva política de terras que realizasse a necessária conversão do regime sesmarial em propriedade privada.

O período compreendido entre os anos 1822-1850 se caracterizou pela urgência de constituição do Estado Nacional independente e a necessidade de consolidação e manutenção da unidade nacional. Nesse período, nada foi feito para regularizar as terras públicas, não dando o Estado prioridade à definição de seu direito de propriedade da terra. O desenvolvimento econômico interno não necessitava, naquele período, de nenhuma medida regulatória sobre a terra. O resultado, no dizer de SILVA, L. (1996, não paginado), foi que nesse período a posse constituiu única forma de aquisição de domínio sobre as terras, ainda que apenas de fato, tendo sido esse período conhecido como a “fase áurea do posseiro”.

A Lei de Terras marca o fim do chamado "regime de posses" no Brasil. Tanto o instituto da legitimação de posse quanto o das terras devolutas são criações da Lei de Terras de 1850. Ao disciplinar sobre as terras devolutas, quais sejam aquelas dadas em sesmaria cujo donatário não cumprisse as obrigações de seu título, a lei destaca algumas situações nas quais seria possível conferir ao posseiro título definitivo de domínio e, conseqüentemente, a legitimação de posse.

Extinguindo o regime de aquisição por meio da posse, a Lei de Terras enuncia o princípio da aquisição, ou seja, as terras somente estariam acessíveis por intermédio da compra. Desta forma, o Estado institui não somente uma esfera privada, mas um mercado de terras. A consequência disto seria a cisão da sociedade em proprietários e não proprietários pelo ordenamento jurídico, trabalhando, portanto, numa lógica de antinomias. Assim, o direito convida e encaminha a sociedade brasileira a se tornar proprietária se, dentro de suas regras, desejasse alcançar o *status* de sujeito de direitos.

Ao legalizar as posses existentes à época, a Lei de Terras promove a primeira regularização fundiária de que se tem notícia em nossa história. Tal perspectiva veio a determinar os contornos jurídicos do instituto da posse civil no direito brasileiro, a qual, quando distanciada da propriedade, será sempre representada como situação de incompletude e precariedade.

Com a mudança institucional que resultou da alteração da forma de Estado de Monarquia para República houve alterações importantes na relação entre o poder central e o das suas unidades constitutivas. Surge uma tendência à descentralização do poder, que conferiu aos entes federativos autonomia e acesso ao patrimônio das terras devolutas, incumbindo-lhes de identificar, demarcar e dispor delas conforme seus interesses. Como efeito, houve o abandono de uma política nacional de terras. A descentralização republicana ofereceu aos grandes proprietários/posseiros as condições para influenciar poderosa e decisivamente sobre a política de terras dos Estados e Municípios (SILVA, L., 1996, não paginado).



Sobre a descentralização do poder estatal dispõem MORAES e VIVAS (2014, p. 143):

Após a proclamação da República, as terras devolutas da União passaram ao domínio dos Estados, atendendo aos interesses das oligarquias regionais e firmando o poderio dos latifundiários coronéis na política estadual. Foram formuladas leis de terra no âmbito estadual, de acordo com os interesses da política fundiária e com as peculiaridades de cada região. (...)

O complexo normativo criado não obteve êxito no que se refere à solução dos conflitos sociais e à erradicação da violência no campo, envolvendo posseiros, fazendeiros e coronéis (e hoje os sem-terra). (...)

Durante a República Velha, um grande processo de invasão e usurpação por particulares, mediante artifícios fraudulentos instaurou-se no Brasil. Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 1964) e a nova lei sobre processo discriminatório de terras devolutas, Lei nº 6.383 de 1976, constituem o marco jurídico da época. O procedimento que caracterizaria a legitimação possessória não mais seria o processo administrativo, mas o judicial.

Os referidos instrumentos normativos, editados em consonância com o que dispuseram as Constituições brasileiras de 1946, de 1967 e à sua Emenda nº 1 de 1969, caracterizam o instituto como procedimento preparatório da compra da terra pelo posseiro, ou seja, a legitimação é estruturada de tal forma que, ao final de seu lapso, o posseiro a adquira por seu valor histórico, gozando de preferência legal para tanto.

A política agrária do governo militar marcou as décadas de 1960 e 1970, sendo um dos principais pontos a ser alcançado a regularização fundiária. No período, os trabalhadores rurais tornaram a reforma agrária um dos temas de discussão nacional, por meio de sua organização em sindicatos, tendo havido, conseqüentemente, o acirramento dos conflitos sociais no campo, com a luta dos camponeses e trabalhadores rurais pela posse da terra - os Sem-Terra (MORAES e VIVAS, 2014, p. 144).

O Estatuto da Terra (1964), que tomou por fundamento da Função Social da Propriedade, foi criado com o intuito para regulamentar a desapropriação por interesse social. Com fim na promoção do desenvolvimento rural pela melhoria da produtividade agrícola e na integração da agricultura com a indústria, o aparato, que poderia ter constituído resposta às lutas dos movimentos sociais no campo, acabou se tornando uma ação conjunta de indústrias e latifundiários por interesses próprios.

Durante os anos de 1980, período de redemocratização, os avanços na regulação da questão fundiária foram assegurados, tendo sido amplamente debatida a desapropriação da terra para fins de reforma agrária durante a Constituinte. Promulgada a Constituição Federal de 1988, a propriedade privada passa a adquirir caráter utilitário à sociedade diante da relativização do exercício dos direitos individuais pela Função Social da Propriedade. A partir do novo marco constitucional, a política urbana foi regulamentada por meio do Estatuto da Cidade, em 2002.

É de se destacar, contudo, que a regulamentação legal referente à questão da terra, rural e urbana, implementada ao longo da história, não tem apresentado capacidade na resolução da problemática fundiária por serem ambíguas e contraditórias, trazendo evidente favorecimento à manutenção do sistema de distribuição de terra baseado na concentração por poucos e, conseqüentemente, agravando os problemas sociais.

Evidencia-se, em verdade, a legitimação do desenvolvimento de um processo gradual de formação de um mercado imobiliário pleno, mediante participação do Estado, caracterizado pela “resistência” à penetração do capital na produção da habitação de interesse social, o que, conseqüentemente gera pesados encargos, transferidos à força de trabalho, de custeio direito de sua reprodução.

A lógica mercadológica formal institui que a produção capitalista da habitação prescinde da unidade entre propriedade direta e domínio útil do solo, o que, contraditoriamente, acaba por expropriar quem beneficia o solo e que não tem domínio útil e dificultar ainda mais o acesso a esse tipo de domínio. Por outro lado, sendo o valor do solo urbano

condicionado pela acessibilidade à rede de equipamentos e serviços, qualquer inversão do capital fixo é passível de reorganizar os possíveis usos que dele se façam o que, conseqüentemente, propicia a expulsão ou supressão da ocupação habitacional com menor densidade de valor mercadológico.

Desta forma, a produção capitalista da habitação além de “subnormal” é colocada a nível ideológico como ilegítima, dispondo BRANDÃO (1980, p. 126) que o Estado assume importância crítica nesse processo:

(...) Primeiro, ao intervir na disposição das imobilizações de capital, com implicação sobre a localização das inversões privadas, e, por isso, determinando direta e indiretamente a valorização do ‘capital’ imobiliário, responsável em última análise pelas definições do uso do solo. Em segundo lugar, por demarcar os limites da ‘normalidade’ quanto ao uso do solo urbano.

Se a questão urbana persiste e manifesta-se com uma crescente vitalidade nas cidades brasileiras é porque, entre outras razões, tem sido nestes últimos anos que se vem ultimando processo de formação de um mercado imobiliário pleno. E, nesse sentido, a crise tem muito menos de ‘fim de mundo’ do que de ‘começo’.

Até há pouco, essas condições não estavam plenamente estabelecidas, nem a nível do mercado financeiro, de âmbito nacional, nem a nível dos mercados locais do solo. O processo desenvolveu-se aos poucos, sempre com a participação do Estado e com repercussões ideológicas distintas.

A falta de compreensão da natureza e da dinâmica do processo de informalidade urbana tem levado a todo tipo de problema. Com frequência, os programas de regularização acabam por reproduzir a informalidade urbana em vez de promover a integração socioespacial. Por outro lado, a regularização fundiária só é efetivamente demandada pela população quando existe ameaça de expulsão. Passada a ameaça, a demanda maior é por urbanização e por melhores condições de habitabilidade.

O direito na sociedade capitalista perpassa por diversas tensões e expressões contraditórias por ser, em essência, necessariamente um direito de classe, apresentando limites e potencialidades a serem definidas dentro da luta de classes. Apesar de suas contradições, a peleja pela concretização de direitos constitui necessidade imediata, no âmbito da qual os sujeitos coletivos tendem a se fortalecer.

#### 1.4 MOVIMENTOS SOCIAIS URBANOS NA LUTA PELO DIREITO À MORADIA: O MOVIMENTO NACIONAL PELA REFORMA URBANA E O DIREITO À CIDADE

A questão do acesso à terra, como visto, reflete diretamente na questão da habitação, que se transfigura no tempo e em qualidade e se caracteriza fortemente na contemporaneidade pela competição entre necessidades de habitação de amplas camadas populares e os interesses da especulação financeira e imobiliária. A regulação do acesso à terra urbana, assim, constitui variável importante na efetivação dos direitos humanos, em especial do direito à moradia.

O cotidiano da classe trabalhadora é marcado pela pobreza e pela miséria oriundas do capitalismo dependente, caracterizada pela concentração fundiária, pela superexploração, pela falta de acesso a direitos humanos e sociais básicos, marca esta que dá ensejo à elaboração de uma plataforma de mudanças e bandeiras de luta, em um processo de crítica teórica e prática à dominação capitalista que fomente possibilidades de alteração da realidade.

A organização interna das cidades brasileiras, sejam elas grandes, médias ou pequenas, revela um problema estrutural, cuja análise sistêmica permite verificar como todos os fatores mutuamente se causam, perpetuando a problemática. A especulação financeira e imobiliária, que se contrapõe às necessidades de habitação de grande parte da população, deriva, segundo SANTOS (1993, p. 96), em última análise, da conjugação de dois movimentos convergentes, “a superposição de um *sítio social* ao *sítio natural* e a disputa entre atividades ou pessoas por dada localização”, se alimentando a própria especulação dessa dinâmica<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> E continua o Autor: “Criam-se sítios sociais uma vez que o funcionamento da sociedade urbana transforma seletivamente os lugares, afeiçoando-os às suas exigências funcionais. É assim que certos pontos se tornam mais acessíveis, certas artérias mais atrativas e, também, uns e outras, mais valorizados. Por isso, são as atividades mais dinâmicas que se instalam nessas áreas privilegiadas. Quanto aos lugares de residência, a lógica é a mesma. Com as pessoas de maiores recursos buscando alugar-se onde lhes pareça mais conveniente, segundo os cânones de cada época, o que também inclui a moda. É desse modo que as diversas parcelas da cidade perdem valor ao longo do tempo. O planejamento urbano acrescenta um elemento de organização ao mecanismo de mercado. O *marketing* urbano (das construções e dos terrenos) gera expectativas que influem nos preços”. (SANTOS, 1993,

E na cidade, espaço de tensão e disputa, os movimentos sociais emergem e se fortalecem. Compreendidos como “ações coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas de indivíduos se organizarem e expressarem duas demandas” (GOHN, 2013, p. 309), no exercício do “agir comunicativo” definido por Habermas, representam forças sociais organizadas que promovem a criação e o desenvolvimento de novos saberes. Pode-se afirmar, por meio de uma perspectiva histórica, que os movimentos sociais sempre existiram, variando cíclicamente, de forma ascendente ou descendente conforme a conjuntura sociopolítica.

Contemporaneamente, é nas cidades, principal lugar onde se dá a reprodução da força de trabalho, que se evidenciam as contradições entre os “interesses” do capital e os interesses das pessoas que ali residem, constituindo, assim, ambiente propício para os embates ideológicos. Isto porque a melhoria das condições de vida não está ligada apenas à melhoria de salários ou da distribuição de renda, pois dependem, frequentemente, de políticas públicas urbanas (transporte, moradia, saneamento, educação, saúde, lazer, iluminação pública, coleta de lixo, segurança). Atrelado a isso, há ainda a perspectiva da cidade como um produto, um grande negócio, especialmente para os capitais que ganham, a partir da sua produção e exploração, lucros, juros e rendas. Diante disto, há uma disputa fundamental entre os que visam apenas extrair ganhos e os que almejam o bem viver nas cidades (MARICATO, 2013, p. 19-20).

Infere HARVEY (2013, p. 29) que as cidades sempre constituíram locais de desenvolvimentos geográficos desiguais, essas diferenças, entretanto, vêm se proliferando e se intensificando, de forma a, inevitavelmente, intensificar a tensão civil, traçando o cenário de conflito social. Em verdade, as cidades nunca foram completamente harmoniosas, desvencilhadas de confusão, conflito e violência <sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Exemplifica HARVEY (2013, p. 29): “(...) Basta nos lembrarmos das histórias das Comunas de Paris de 1871, ou das revoltas de 1864 contra o alistamento, para vermos o quão longe chegamos. Mas, igualmente, basta pensar na violência urbana que mais recentemente consumiu Belfast, que destruiu Beirute e Sarajevo, que fez Bombaim e Ahmedabad tremerem e transformou em ruínas a Palestina. Nem mesmo Los Angeles – a cidade dos anjos – foi poupada. A única pergunta interessante é se os resultados são criativos ou destrutivos. Normalmente são ambos: a cidade tem sido por muito tempo um epicentro de criatividade destrutiva”.

A negação dos direitos aos menos afortunados pelo Estado é histórica no Brasil, o que torna evidente, invariavelmente, o beneficiamento de parte seleta da população, quais sejam os que detêm grandes propriedades, meios de produção, meios de comunicação, ou somas em capital capaz de dispensá-los do trabalho. E o Estado, na negação de princípios fundamentais, utiliza-se, inclusive, de forte aparato repressor para coibir ações reivindicativas, inferindo NUNES (2017, p. 257) que:

O fato é que, mesmo o Estado prevendo em sua Constituição uma série de Direitos ao seu povo, o mesmo Estado os nega recorrentemente quando não destina recursos às políticas sociais, quando não apresenta projetos sociais, ou quando não faz valer os institutos constitucionais previstos. Assim a negação dos direitos de acesso à saúde, educação, salário mínimo capaz de prover a dignidade, a moradia, associados ao não cumprimento da função social da propriedade e ao não direito à livre manifestação de opinião, vão cimentando a metropolização da miséria, não restando a muitos outro caminho, se não a luta cotidiana pela sobrevivência, sua e de seus familiares.

O que se coloca em questão é o direito à cidade, que vai além do direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora, constituindo o direito de mudar e reinventar a cidade de acordo com os nossos mais profundos desejos, direito que se caracteriza por ser mais coletivo que individual, haja vista que reinventar a cidade depende do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização. (HARVEY, 2014, 28)

Importa a referência aqui aos movimentos sociais pela concretização do direito à moradia, os quais questionam direito social fundamental diretamente ligado ao direito à cidade, mas que, desde sua emergência, não são vistos com benevolência nem pela imprensa, nem pelas classes proprietárias e nem pelo Estado, por utilizarem da ocupação coletiva de terras como principal instrumento de mobilização, concebido como processo de invasão de propriedade pública ou privada que fere diretamente o direito de propriedade na sociedade capitalista (ARAGÃO, 1994, p. 61)

O contexto no qual surgem os movimentos sociais e as lutas emancipatórias é configurado pela desigualdade social estruturante característica da América Latina e a manutenção de um Estado Oligárquico, constituindo ações de resistência e

reivindicativas em sociedades extremamente excludentes, desiguais e discriminatórias. Emergem, assim, no início do Séc. XX os movimentos operário, camponês, indígena, cristão, comunitário.

GUIMARÃES (2015, p. 721-722), ao tratar dos movimentos sociais e a luta pelo direito à cidade no Brasil contemporâneo, infere que:

O urbano consiste em um dos espaços que tem se revelado de importância fundamental para a luta de classes nas últimas décadas. Ao expandirem-se empurrando segmentos das classes subalternas para as áreas periféricas, destituídas de serviços, de infraestrutura urbana e de equipamentos coletivos, as cidades brasileiras têm se configurado como espaço de grande segregação socioespacial. A dinâmica de produção e de reprodução do espaço não pode ser pensada excetuada de sua intrínseca relação com os processos de acumulação capitalista e de exploração da força de trabalho, assim como também tal reflexão não pode estar apartada das lutas e resistências populares engendradas nesse contexto.

A concepção contemporânea da posse e do uso da terra no Brasil está relacionada à função social da propriedade, prevista constitucionalmente. Entretanto, a terra ainda é objeto de concentração de renda, sendo retida por uma parcela extremamente reduzida de indivíduos ou grupos de latifundiários ou especuladores que aproveitam da morosidade da justiça e a desarticulação das políticas de reforma urbana e rural para assegurar a manutenção deste panorama de injustiça social.

É em meio às tensões e conflitos que emerge o processo de reação e resistência dos grupos desfavorecidos, que por vezes se traduz em ocupação e autoconstrução, especialmente no solo urbano, traçando SILVA (2008, p. 122) algumas peculiaridades:

Na leitura dos cinco séculos de história brasileira é impossível dissociar as ocupações de terras da intensificação da concentração fundiária. Esses processos sempre se desenvolveram simultaneamente construindo um dos maiores problemas políticos do Brasil: a questão fundiária – fosse no campo ou na cidade. Assim, a ocupação da terra se transfigura em forma e espaço de luta. Na prática, a definição da configuração espacial das cidades brasileiras, e, portanto o seu perfil segmentado e segregado do ponto de vista da distribuição espacial dos equipamentos, serviços e nível sócio-demográfico dos seus residentes

está condicionada pela construção mesma do Estado Nacional e da própria generalização da lógica mercantil, que, no caso específico do Brasil, guarda ainda marcas e heranças de um passado colonial patrimonialista, escravista e profundamente excludente (ABRAMO, 2007). (...)

A luta pela terra no Brasil, na seara dos movimentos articulados em torno do direito à cidade, é uma luta pela concretização do direito ao trabalho e pela moradia. Esses movimentos partem do pressuposto de que ações coletivas constituem forma legítima e eficaz de garantir o direito à terra a partir da sua democratização e que a ação é precipuamente política, um embate contra o Estado mediador de interesses dos detentores dos meios de produção.

A estratégia básica das ocupações de propriedades improdutivas é forçar o poder público a entrar em negociação, sejam essas propriedades públicas ou privadas, com fim na concessão de títulos de posse. Entretanto, é cediço que, desde a emergência do movimento popular de luta pela terra, nos anos 40, a ocupação coletiva de terras é vista pela imprensa, pelas classes proprietárias e pelo próprio Estado como um processo de invasão de propriedade pública ou privada, que fere diretamente o direito de propriedade na sociedade capitalista.

Desta forma, estratégias como ocupações<sup>14</sup> e estabelecimento de acampamentos foram sendo construídas como ações próprias da atuação política desses movimentos sociais, sendo precedente a realização de discussões periódicas nas comunidades sobre a situação dos que não possuem habitação e da contabilização de pessoas dispostas a integrar e realizar a ocupação, com fim em pressionar e agilizar a conquista de moradias. Quanto ao caráter das ocupações dispõem que MORAES e VIVAS (2014, p. 155):

---

<sup>14</sup> Aponta GUIMARÃES, 2015, p. 724: “Duas preocupações aparecem implícitas na nota supracitada: insistir na defesa das ações do movimento, reafirmando a legitimidade da estratégia de ocupação, e demarcar enfaticamente uma diferença radical entre *ocupação* e *invasão*. Essa preocupação em diferenciar bem essas duas noções decorre especialmente do fato de *invasão* ser tipificada no Código Penal como “esbulho possessório visando à obtenção de vantagens econômicas ou financeiras”, não correspondendo, portanto, de forma alguma ao que fazem os movimentos sociais urbanos e rurais”. (p. 724)



Nas cidades, as ocupações se repetem sob a ação dos sem-teto, os quais buscam vazios urbanos, ou seja, terras que não cumprem a função social da propriedade (*i.e.*, a moradia e o trabalho). É o movimento em busca do direito de morar. As ocupações, dentro dessa concepção política, são estratégia básica da organização social dos sem-terra e dos sem-teto, que buscam terra para as suas necessidades básicas de trabalho e moradia e, paralelamente, lutam pela adoção de políticas públicas voltadas para os seus interesses, como a reforma agrária e a reforma urbana.

A organização dos movimentos sociais que lutam pela democratização da terra, os sem-teto e sem-terra, por exemplo, passou a ganhar força política, eclodindo as ocupações em várias cidades do país, o que veio a motivar a reação repressiva e violenta do Estado. Firmes em seus propósitos, os movimentos se constituem sujeitos fomentadores de interlocução entre sociedade e Estado. Para FERNANDES e ALFONSIN (2014, p. 20), vê-se, através de ações coletivas de grande repercussão midiática, uma renovação das mobilizações de sujeitos coletivos e movimentos sociais que reivindicam a efetividade do direito humano à moradia, com destaque para as redes digitais, além da construção de alianças com outros movimentos e atores sociais identificados e solidários com o ideário de uma cidade para todos, o que denota amadurecimento dos movimentos que lutam por moradia no Brasil.

No Brasil, não somente movimentos sociais, mas ONGs e entidades profissionais e de trabalhadores, têm intensificado a luta pelos direitos humanos, em especial o direito à moradia. Os resultados da intensificação da luta pelo direito à moradia vêm se refletindo, destacadamente a partir da década de 1980, na legislação, com destaque para a Constituição Federal de 1988 e o capítulo sobre política urbana, a inclusão do direito à moradia dentre os direitos sociais, a aprovação do Estatuto da Cidade, a criação do Ministério das Cidades, a institucionalização do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e do Fundo Nacional da Habitação de Interesse Social, a criação de mecanismos de regularização fundiária em imóveis públicos e o acesso de cooperativas e associações de moradores a recursos públicos para a construção de moradias.

Entretanto, a despeito da aprovação da Constituição Federal em 1988, da entrada em vigor de muitas legislações municipais, haja vista determinar o Estatuto das Cidades a elaboração de planos diretores para municípios com 20 mil habitantes ou mais, e de serem numerosos os tratados e convenções assinados pelo governo do Brasil, muitos com força de lei, prevalecem, ainda, imensuráveis desigualdades socioambientais, particularmente a crise da moradia no país. A contradição entre a sofisticação nos aparatos jurídicos e o seu descompasso com a realidade é expressão sintomática da complexidade de um Estado marcado pelo patrimonialismo e pela singularidade de suas desigualdades sempre presentes e atuantes.

Vale a reflexão quanto ao fato de que, apesar dos movimentos sociais urbanos não terem deixado de ocupar imóveis ociosos que não atendem à função social da propriedade e, conseqüentemente, a função social da cidade, e continuarem organizando amplas manifestações de rua, suas conquistas de maior destaque acabam se restringindo ao um caráter eminentemente jurídico e institucional, conforme acabamos de exemplificar acima. Teme-se que tenha se tornado remota a possibilidade dos movimentos urbanos incitarem o debate te temas estruturais, dentro de um contexto em que a atenção maior está voltada para a busca de melhores condições de vida (GUIMARÃES, 2015, p. 729-730).

Importa destacar a trajetória do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, que teve início nos anos de 1960, época que os segmentos progressistas da sociedade brasileira demandavam reformas estruturais na questão fundiária, sendo a principal bandeira a realização da reforma agrária no campo. A proposta de uma reforma urbana foi, de início, pensada pelo Instituto de Arquitetos do Brasil em 1963, mas o regime político instituído com o golpe militar de 1964 inviabilizou a concretização das propostas de reforma.

Os temas da reforma urbana reaparecem nos anos 1970 e 1980, em um momento de redemocratização, quando os movimentos sociais passam a adquirir visibilidade. As suas reivindicações apresentavam objetivo de reverter as desigualdades sociais com

base em uma nova ética social, que trazia como dimensão importante a politização da questão urbana, compreendida como elemento fundamental para o processo de democratização da sociedade brasileira.

A “Ação Pastoral e o Solo Urbano” constituiu uma grande contribuição da Igreja Católica para a reforma urbana, posto que defendia a função social da propriedade urbana. Contudo, o espaço de forte embate político e fortalecimento da luta pela reforma urbana se deu em 1988 com a Assembleia Nacional Constituinte, quando as forças populares articularam suas demandas e confrontaram diretamente os poderosos *lobbie* das forças conservadoras.

O panorama de expansão democrática para os países do Sul, a partir dos anos 1970 e 1980, teve estreita relação com a atuação dos movimentos sociais, que buscavam, para além da democratização, a ampliação da participação social nas políticas públicas. É entre o pós-1964 e a Constituinte de 1988 é que foi criado o Movimento nacional pela Reforma Urbana (janeiro de 1985).

No final dos anos 70, a base pelo movimento da Reforma Urbana foi ampliada em decorrência da crise do modelo de industrialização por substituição de importação, que fomentou a propositura de uma agenda de reformas econômicas, gerando desemprego e diminuindo alcance de políticas redistributivas. Desta forma, além de moradores de assentamentos informais, de periferias e de favelas, participavam da coalizão setores das classes médias urbanas profissionais.

Ainda na década de 80, pessoas ligadas ao movimento conseguiram ser integradas às administrações, que se tornaram comprometidas com um modelo redistributivista e de ampliação da cidadania, o qual incluía a melhoria de serviços públicos, a inclusão das favelas e periferias como objeto de investimento, o apoio a cooperativas e programas de geração de renda e outras formas de enfrentamento da crise e de compensações e proteções, frente ao vazio de políticas a nível nacional. Pode-se dizer que os maiores eixos da agenda da reforma urbana nessas administrações foram o reconhecimento

dos direitos dos posseiros, a luta contra a especulação imobiliária e a democratização do processo decisório sobre as políticas urbanas.

De início, o movimento apresentava caráter local baseado em reivindicações por moradia, mas, com o fim do regime militar, passou a assumir a discussão quanto ao direito à cidade. Esse grupo heterogêneo de participantes do movimento atuava em diferentes e complementares temáticas do campo urbano e reuniu-se uma série de organizações da sociedade civil, movimentos, entidades de profissionais, organizações não-governamentais, sindicatos. Estas organizações, ou entidades, assumiram a elaboração de uma proposta de lei a ser incorporada à Constituição Federal, com fim na alteração do perfil das cidades brasileiras. SAULE JR. (2009, p. 1)

A proposta formulada, considerada bastante avançada, ainda que em nível jurídico-legal, tomou o conceito de reforma urbana como uma nova ética social, que rejeita a cidade como fonte de lucros para poucos em detrimento da pobreza de muitos, considerando a dualidade nela vivida. Essa nova ética social politiza o debate sobre a cidade e consolida no discurso dos movimentos sociais urbanos a plataforma de que o acesso à cidade deve ser direito de todos, vislumbrando-se um direito à cidade caracterizado pela gestão democrática e participativa, pelo cumprimento da função social da cidade, pela garantia da justiça social e de condições dignas a todos os seus habitantes, pela subordinação da propriedade à função social e pelas sanções aos proprietários nos casos de não cumprimento da função social.

No caso da Salvador, uma análise da história baiana evidencia a formação de quadro socioeconômico perverso, no qual a precariedade das condições de habitação avança imensa em uma dinâmica de manutenção de índices alarmantes de desemprego e desigualdades sociais. Impelidos às ocupações irregulares para verem sanada sua necessidade de moradia, seguimentos populares seguem intensificando o processo de favelização em Salvador e Região Metropolitana, sujeitados a condições de vida desumanas por ausência de infraestrutura básica, submetidos ao descaso, à criminalização e ao preconceito (SILVA, 2008, p. 119).

Embora a luta pelo solo remonte à década de 1930, é ao final dos anos 1940 que ela assume um caráter político, com explícita intervenção do Estado, pela segunda metade da década de 1960. Salvador se transformou progressivamente durante a primeira metade do século XX, mantendo sua área infraestrutura praticamente inalterada até a década de 1950 e um regime fundiário baseado na enfiteuse até o final dos anos de 1960, de forma que o centro histórico e os velhos bairros se mantinham, centralizando a rede viária e os vários serviços de consumo coletivo, mesmo diante da propagação descontínua da ocupação de fins habitacionais, especialmente da periferia, inicialmente através de ocupações espontâneas, depois por loteamentos, em sua maioria clandestinos, pontuando BRANDÃO (1980, p. 129) que:

Salvador pôde assim continuar a conviver, ainda há pouco tempo, com seu velho regime de posse e uso do solo, com o domínio direto, pela Prefeitura, da maior parte da área municipal e com a alegada 'fraqueza' dos poderes públicos em prover a área urbana das a reclamadas obras de infra-estrutura e de desimpedi-la dos obstáculos à plena liberdade dos mecanismos do mercado imobiliário”.

Infere SILVA (2008, p. 133-134) que a partir da década de 40, em especial a segunda metade, com a redefinição da integração de Salvador na divisão regional do trabalho e sua industrialização incipiente, o processo sofre aceleração considerável com a construção da primeira refinaria de petróleo do país, a Landulpho Alves, seguida da formação do Centro Industrial de Aratu (CIA) alguns anos depois, e a organização social e urbana sofre um imenso impacto, tendo sido criado em 1937 o Escritório do Plano de Urbanização da Cidade de Salvador (EPUCS), que por décadas realizou o trabalho de urbanização do município. É nesse contexto que eclodem as ocupações e loteamento clandestinos como agentes de produção da cidade, começando o Estado a intervir de forma mais direta.

Destaca, ainda, a referida autora, que o que se produziu em termos de políticas públicas voltadas para a habitação nas primeiras décadas do século passado eram ações esporádicas e desarticuladas, sem nenhum caráter estrutural, trazendo como exemplo o Decreto Municipal 347/44 que ameaçou os mocambos que em 1930

constituíam cerca de 40% das habitações, política que representou naquele período uma mudança fundamental na distribuição do solo urbano em Salvador<sup>15</sup>.

Enquanto se discutia a ameaça à saúde posta pelos mocambos e casebres é construída a ideia de que o desenvolvimento eliminaria a pobreza, o que supostamente enfraquecia o desenvolvimento de projetos e ações para o enfrentamento da questão habitacional para a população de poder aquisitivo mais baixo. Tolerava-se, assim, as ocupações espontâneas em áreas isoladas, as quais acabavam por determinar ou acentuar a elevação do preço do solo e, por fim, dar ensejos a confrontos quando do aumento da demanda pelo espaço já valorizado. Quanto ao referido processo de valorização do solo urbano em Salvador, dispõe BRANDÃO, 1980, p. 132)

O fato de a grande maioria das áreas loteadas em 1930-1940 terem permanecido vazias por décadas demonstra que o papel de uma demanda efetiva por camadas de renda média ou alta deve ter sido secundária, pelo menos até o fim dos anos 1940. Talvez isso explique porque, somente pelo início desta última década, se dariam os primeiros grandes conflitos abertos entre proprietários e poder público, de um lado, e favelados, de outro, em função da ocupação de fins residenciais dos vazios mais internos, emergindo à categoria de 'invasão' como indicador de ocupação de áreas ociosas, ocupação até então consentida ou mesmo estimulada por proprietários e enfiteutas em favor da cobrança de renda pelos lotes edificadas e da valorização das áreas adjacentes.

De um processo de ocupação lenta, com resistências isoladas por parte dos donos da terra, e, pelo contrário, sob um clima de relativa tolerância, a expansão das ocupações espontâneas passaria a enfrentar crescentes dificuldades, a medida que a ampliação da demanda de áreas elevaria o preço do solo e desembocaria nos confrontos da década de 1950, que tornariam a competição pela terra uma questão política.

Os primeiros movimentos populares de luta por moradia em Salvador a que se faz referência surgem em 1946, a exemplo do Gengibirra, hoje consolidado no trecho que abrange Largo do Tanque e Bairro Guarani, e o Corta-Braço, bairro de Pero Vaz, os

---

<sup>15</sup> Destaca, ainda, o caráter histórico marcante das variáveis etnia e classe presentes no processo de urbanização soteropolitano e cujas consequências se agudizam na contemporaneidade (SILVA, 2008, p.134).

quais enfrentaram forte repressão do aparelho estatal, com registros de prisões, violência e mortes. Em 1947 se inicia um processo de loteamentos populares pela Prefeitura, a qual ignora as áreas de ocupação.

O problema habitacional se agrava em período que coincide com a vigência da Lei da Reforma Urbana (1968), implementada pelo governo de Antônio Carlos Magalhães, e que colocou à venda 21 km<sup>2</sup> de terras de titularidade municipal. Importa salientar que a referida legislação foi precedida pela a Lei 376/51 que proibia a enfiteuticação, do Livro do Tombo de 1953, que definia a posse da terra no município. Durante os anos seguintes, a falta de recursos do governo municipal limitava a ação pública às meras rotinas de manutenção da cidade, em evidente descaso das autoridades competentes<sup>16</sup>.

As políticas públicas habitacionais consideradas de caráter mais estrutural surgem com a fundação do Banco Nacional de Habitação (BNH), em 1964, mas não estavam voltadas ao atendimento das demandas da parcela mais pobre da sociedade por não contemplarem a população de baixa renda. Foram viabilizadas, em verdade, políticas de financiamento habitacional e de infraestrutura voltadas prioritariamente para as faixas de maior renda, embalada na intensificação da industrialização da capital baiana entre meados da década de 60 e o início dos anos 70. O processo evidencia uma particularidade perversa, a ausência de uma conexão orgânica entre os diversos setores da economia, o que compromete os resultados do desenvolvimento capitalista na capital.

---

<sup>16</sup> Cabe aqui fazer menção à reflexão disposta por LESSA e DAIN (1981, 216-220) sobre a especificidade do capitalismo associado no Brasil. Trata-se-ia de uma formação “diacrônica” das forças produtivas do capitalismo, o trabalho assalariado se desenvolve junto com o capitalismo mercantil liderado pelo complexo agroexportador, e o comando do capital industrial vai se dar posteriormente somente em termos econômicos dentro de uma estrutura política pautada e herdeira desta forma anterior de acumulação do capital, distintamente do que ocorreu nos países avançados. A forma específica de associação entre o capital estrangeiro, que lidera o processo de industrialização, o Estado e o capital nacional sintetizam uma “sagrada aliança”. Aos capitais nacionais foi reservada as órbitas de seu interesse crucial, como frentes de valorização, ao capital estrangeiro, a órbita industrial, e ao Estado coube o papel de gestor desse pacto.

Sobre a política habitacional implementada pelo BNH dispõem GORDILHO SOUZA e LIMA (2004, p. 2):

O Banco Nacional de Habitação – BNH viabilizou políticas de financiamento habitacional e de infra-estrutura urbana que intensificaram construções nas cidades, graças a uma economia vigorosa, mas fortemente concentradora de renda, resultando em uma produção voltada prioritariamente para as faixas de renda mais altas. Durante o período de vigência do BNH, 1964/86, a produção correspondeu a um total de 4,5 milhões de unidades, o que representa em torno de 25% do parque imobiliário brasileiro produzido para o período. Desse total, somente 1,5 milhão de unidades (33,3%) destinaram-se às camadas populares da população, através da construção de grandes conjuntos habitacionais na periferia, tendo sido produzidas apenas 250 mil unidades em programas alternativos, ou seja, 1-3 SM (AZEVEDO, 1988). Ainda que, nesse período de grande crescimento urbano, loteamentos populares também tenham sido implantados pelo mercado imobiliário, visando uma demanda solvável, esses loteamentos, na sua maioria, não foram dotados da infraestrutura necessária para boas condições de moradia.

É neste contexto conflituoso que as ocupações passariam a encontrar um estoque cada vez menor de terras, tendo os seus ocupantes que lidar com o caráter repressivo do aparato estatal, evidenciando, mais uma vez, uma clara imbricação entre o capital imobiliário e os poderes públicos na definição de uma política urbana, fato facilmente perceptível com o avanço do capital no sentido de mercantilização do espaço e na intensa pressão sobre as comunidades instaladas em terrenos valorizados.

Nesse processo, o qual culmina no estabelecimento das condições de um espaço apropriado às exigências do capital, três momentos são observados na competição pela terra e participação do Estado na ocupação do solo, de acordo com BRANDÃO (2008, p. 132-133), quais sejam a consolidação da necessidade de novos espaços para habitação em decorrência de uma aparente imobilidade por parte dos proprietários e do poder público, a intensa redefinição do padrão de uso do solo, na qual se funda os conflitos entre proprietários e não proprietários e os méritos da intervenção estatal, e, por fim, a fase em que se estabelecem as condições de uma organização apta aos mecanismos do mercado imobiliário. A redefinição do espaço na cidade, desta forma, constituiu fator preponderante no processo de expansão nos anos de 1950 e 1960,



resultando em deslocamento da população, muito por meio da expulsão dos grupos de menor renda das áreas centrais das cidades.

No final da década de 1990 Salvador contava com 360 favelas, a maioria instalada em áreas de titularidade pública, resultado do perverso processo de metropolização, marcada pela periferação e precarização das áreas de ocupação recente. A demanda reprimida e a carência de políticas efetivas à resolução do problema histórico do déficit habitacional em Salvador, impulsionam a emergência de um movimento de sem tetos na cidade. Denominado Movimento dos Sem Teto da Bahia (MSTB), com formação datada de 20 de julho de 2003, tem a atuação fundada numa dinâmica de ocupações bastante intensa, podendo ser definido como um movimento popular de ação direta, desvinculado oficialmente de partidos políticos, que intenta empreender uma luta coletiva contra o capital imobiliário com o objetivo de assegurar a garantia do direito à moradia<sup>17</sup>.

As principais conquistas referenciadas pelos movimentos urbanos estão nos conjuntos habitacionais oriundos dos processos de ocupação e luta coletiva, conseqüentes da construção de unidades habitacionais para as numerosas famílias vinculadas aos movimentos, por ser a posse uma expressão da conquista de uma posição na hierarquia urbana. Coloca-se, assim, o principal dilema inserto na própria definição do escopo da luta pela terra: luta-se contra o sistema ou pela inclusão no sistema capitalista?

A questão é esclarecida pelos próprios integrantes do MSTB que, segundo SILVA (2008, p. 139), a partir da análise do seu regimento e suas estratégias de ação, sustentam que a relação que se busca estabelecer com a propriedade da moradia é coerente com os princípios do grupo, ao passo que este bem deve servir como valor de

---

<sup>17</sup> Afirma SILVA (2008, p. 138-139) que: “O próprio movimento reconhece que as ocupações de terra são um enfrentamento ao capital e ao Estado, pois questionam na prática o direito “sagrado” à propriedade. Entretanto, não se trata de uma ruptura com o sistema, pois o Estado é chamado para negociar e para impedir a reintegração de posse do imóvel, bem como para a construção das casas e a garantia dos serviços públicos básicos (que vão do esgotamento sanitário à educação)”.

uso e não como valor de troca, por ser utilizada como garantia de existência, não tendo caráter acumulativo e/ou especulativo.

Sem infraestrutura básica e serviços urbanos essenciais, a tendência é a de não permanência dos moradores por muito tempo em conjuntos habitacionais, com a conseqüente tentativa de retorno destes às ocupações originárias, ou, ainda, a implantação em outras áreas de novas ocupações com melhor localização, haja vista a manutenção das condições de vida e trabalhos desses sujeitos em decorrência da alocação desses moradores nos conjuntos habitacionais. Configura-se, assim, uma espécie de ciclo, que vai da ocupação ao conjunto habitacional e de volta à ocupação.

Os ganhos e avanços dos movimentos sociais urbanos em contraposição aos ditames do capital são caracterizados por serem mais de cunho político e ideológico do que propriamente concretos, de forma que essa sistemática impõe a consolidação de um projeto societário crítico e radicalmente oposto, o que exige dos movimentos a capacidade política de estabelecimento de alianças com outros sujeitos individuais e coletivos e a capacidade de identificar o mecanismo de atuação dos seus opositores.

Desta forma, enquanto o mercado continuar a “resolver” os embates postos pela competição entre as necessidades de habitação das camadas populares e os interesses da especulação financeira e imobiliária por meio da substituição dos ocupantes subsistirá a contradição entre a elevação do preço solo, frutos do trabalho dos autoconstrutores e da luta por melhorias urbanas, e a ocupação necessária e refratária ao capital em seu ciclo produtivo. Em conseqüência, torna-se cada vez mais evidente a importância dos movimentos sociais urbanos na concretização do direito fundamental à moradia, de forma a constituírem oposição ao sistema que ora se impõe.

## **2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CONTEXTO DOS DIREITOS À MORADIA E À CIDADE**

### **2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, BASES LEGAIS E DOUTRINÁRIAS E CONCEPÇÃO COMO DEVER FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, dimensão subjetiva, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover, dimensão objetiva. Aos direitos fundamentais de dimensão objetiva estão intimamente vinculados os deveres fundamentais, partindo-se, de início, da máxima de que direitos não podem existir sem deveres, e, em seguida, da menção expressa na Constituição Federal a deveres fundamentais, juntamente com os direitos, a exemplo do disposto no ar. 5º, caput, que faz referência a direitos e deveres individuais e coletivos (SARLET, 2012, p. 227).

Apesar disso, os autores que trabalham com os deveres fundamentais denunciam o desinteresse da doutrina para com o tema, elencando DIMOULIS e MARTINS (2011, p. 325-327) possíveis argumentos de outros autores (Carl Schmitt, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink) a justificar a desídia, a um, a partir da suposta ideia de que o Estado capitalista liberal não pode estabelecer deveres fundamentais que teriam a mesma estrutura dos direitos fundamentais; a dois, uma constituição pode estabelecer deveres pontuais, o que não é procedido por diversas constituições; a três, As referências abstratas a deveres só podem ser implementadas mediante lei que os concretizar; a quatro, o dever de cumprir leis é uma determinação vazia de conteúdo; e, por fim, dever fundamental nada mais é do que outra face de um direito ou garantia fundamental.

Especificamente quanto ao desenvolvimento do tema na doutrina e jurisprudência pátria dispõe SARLET (2012, p. 227):

Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma “herança liberal”,<sup>725</sup> no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia

quase absoluta dos “direitos subjetivos” em detrimento dos “deveres”.<sup>726</sup> Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais.<sup>727</sup>

Independentemente das justificativas a ensejar o desprezo quanto ao tema, fato é que os deveres fundamentais são reconhecidamente, salvo algumas exceções, “esquecidos” pela doutrina e jurisprudência constitucional contemporânea, sejam as brasileiras, sejam as internacionais, não dispondo de um regime constitucional equivalente ou, ao menos, similar ao destinado aos direitos fundamentais.

Dispõe GOUVEIA (2013, não paginado) que o tema de direitos e deveres humanos, mais tarde entendidos como fundamentais, se consolidou nos ordenamentos jurídicos ocidentais a partir de Hobbes e Locke na Inglaterra, Tomas Paine, na América, Kant na Prússia, e dos iluministas franceses, especialmente Jean-Jacques Rousseau. Concebidos de início, como Direitos Individuais, com fim na proteção do indivíduo contra a atuação abusiva do Estado, se expandiram para a esfera social, salvaguardando o cidadão, ou uma determinada parcela da sociedade contra a atuação de outra, culminando, por fim, na emergência da terceira dimensão dos direitos individuais, quais seriam os direitos que protegem a coletividade como um todo contra abusos de indivíduos, governos ou conglomerados econômicos.

A Constituição de Weimar de 1919, temos o marco da positivação dos direitos fundamentais sociais, foi quem consolidou a terminologia Direitos e Deveres Fundamentais, diferenciando-se do usual Direitos e Deveres Humanos, num óbvio sentido de estabelecer não apenas garantias, mas também obrigações do cidadão para com o estado e para com outros indivíduos. Tal opção terminológica foi adotada em Constituições posteriores de regimes capitalistas com sensibilidade social democratas,

a exemplo da Portuguesa de 1976, da Indiana de 1976, da Espanhola de 1981 e da Brasileira de 1988 (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 341).

Para conceituar deveres fundamentais, numa perspectiva de teoria da constituição, antevendo distinção entre deveres constitucionais e deveres fundamentais, DIMOULIS e MATINS (2011, 327-338) trabalham com diversas categorias de deveres constitucionais, examinando suas características, a partir da disposição dos mesmos no Capítulo I do Título I da Constituição de 1988, concluindo que os deveres fundamentais são deveres de ação ou omissão, proclamados pela Constituição, cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou que possam ser deduzidos mediante interpretação.

Os referidos autores (DIMOULIS e MATINS, 2011, 327-335), classificam os deveres constitucionais distinguindo, inclusive, os estatais dos particulares, da forma que se segue:

1) deveres estatais implícitos e não autônomos, que seriam deduzidos do respectivo direito ou garantia fundamental e que dependem de legislação ordinária, a exemplo da efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em geral, por meio de políticas públicas e abstenção de condutas que possam inviabilizar os direitos de resistência e direitos políticos;

2) deveres estatais explícitos e não autônomos, que também nessas hipóteses se tratariam de reflexos dos direitos fundamentais, o que se vê no art. 5º, LXXV, o qual prevê que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário;

3) deveres não autônomos dos particulares, categoria que tem sua pertinência questionada pelos autores, haja vista que, a partir do entendimento de assimetria entre direitos e deveres fundamentais, consideram que o texto constitucional não impõe diretamente deveres aos particulares que correspondam a direitos fundamentais;

4) deveres autônomos dos particulares, os quais obrigam os particulares a uma atuação positiva, a exemplo do art. 205 da CF;

5) deveres de criminalização, endereçados ao Estado, estabelecem deveres normativos do Poder Legislativo, que deve tipificar e punir determinadas condutas;

6) deveres de tutela, que consta no dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão provenientes, principalmente, de particulares, o qual se cumpre, primordialmente, pela atuação do Legislativo;

7) direitos fundamentais acompanhados de deveres do titular, que seriam direitos fundamentais apresentam como contrapartida um dever do titular de exercer seu direito de forma solidária, a exemplo direito de propriedade, que deve ser exercido conforme sua “função social” (art. 5º, XXIII, CF), que trataremos com maior acuidade em tópico específico.

SARLET (2012, p.228-229), de forma mais objetiva, não tomando a noção de deveres em sentido amplo, ou seja, sem abarcar distinção entre os deveres de proteção estatais e os deveres fundamentais dos cidadãos, tipifica os deveres fundamentais em deveres conexos ou correlatos (aos direitos) ou deveres autônomos, deveres defensivos (ou negativos) ou deveres prestacionais (ou positivos) e em deveres expressos e deveres implícitos.

O referido autor dispõe que a distinção entre deveres conexos ou correlatos e deveres autônomos reside no fato de que os primeiros tomam forma a partir do direito fundamental a que estão atrelados materialmente, ao passo que os últimos não. Quanto aos deveres defensivos e prestacionais dispõe que, assim como os direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo, apesar de existirem deveres fundamentais que

não possam ser classificados exclusivamente em uma ou em outra classificação. Por último, a diferenciação entre deveres expressos e deveres implícitos, distinção que também é utilizada para os direitos fundamentais, as quais as denominações indicam estarão previstos na constituição de forma expressão ou não, sendo no caso dos deveres fundamentais, poucas as hipóteses de deveres que tenham sido expressamente estabelecidos no texto constitucional.

Em termos de conteúdo, o regime jurídico dos deveres fundamentais guarda equivalência com o dos direitos fundamentais, atentando-se para as devidas distinções entre as diferentes dimensões, bem como natureza defensiva ou prestacional (SARLET, 2011, p. 23).

Quanto ao tema, dispõe SARMENTO (2011, p. 331-335) que os direitos fundamentais teriam eficácia e aplicabilidade imediatas, inclusive, sobre as relações particulares, mesmo quando no tocante aos direitos sociais, mesmo em sua dimensão prestacional, mediante aplicação da técnica de ponderação de interesses ao caso concreto. Isto porque, em verdade, contemporaneamente, existem diversas justificativas que levam à conclusão de que, ao lado do dever primário do Estado de garantir direitos sociais, é possível, também, vislumbrar um dever secundário da sociedade em assegurá-los, muito disso, em decorrência do princípio da solidariedade.

Afirma SARLET (2011, p.231) que os deveres fundamentais podem ter eficácia e aplicabilidade imediatas, assim como os direitos fundamentais, a depender do caráter da norma jurídico-constitucional que os fundamenta, advertindo, contudo, que tais características, no plano dos deveres, devem, a depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais.

A discussão quanto à utilização social da propriedade é tão antiga quanto o desenvolvimento do conceito de propriedade e ela está correlacionada temática voltada à concepção da função social da propriedade. Os direitos individuais são relativizados pela função social, relativização esta busca promover o bem-estar coletivo através da

extrapolação da responsabilidade da sociedade para incluir também o indivíduo. Os direitos individuais passam a constituir instrumentos para a realização do coletivo.

Concebida de forma absoluta, exclusiva e perpétua, o conceito de propriedade desenvolvido no século XVIII relaciona-se ao conjunto de poderes de usar, gozar e dispor reconhecido ao titular de um bem. Com a transformação dos ordenamentos jurídicos no tratamento da noção de propriedade, busca-se a fuga da postura absolutista que caracterizou sua conceituação, fortalecendo-se, assim, o embasamento jurídico-científico para reconhecer ao Estado o poder de delinear os contornos do direito de propriedade sob um aspecto diferenciado.

Contemporaneamente, a propriedade é recepcionada diferentemente pelos civilistas clássicos e constitucionalistas. Para os primeiros, o direito de propriedade se restringe a um direito subjetivo clássico, enquanto que para os segundos, reflete mais que um direito subjetivo, mas, sim, uma instituição de garantia constitucional (BORGES, 1999, p. 64).

Partindo de uma perspectiva civilista, a propriedade é conceituada por FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 168-169) como relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas. Direito complexo porque se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao titular o exercício de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto, conforme se depreende do art. 1228 do Código Civil.

Por ser um direito real, o direito de propriedade teria como escopo a apropriação de riquezas, constituiria direito patrimonial oponível *erga omnes*, resultando daí seu caráter absoluto, frente à oponibilidade contra todos.

Contudo, apesar das normas privatistas atribuírem plenitude ao direito de propriedade no que se refere à sua oponibilidade, necessário o respeito a delimitações e



condicionamentos constitucionais pertinentes. Consubstancia-se em direito subjetivo limitado e limitável (BORGES, 1999, p. 67).

O referido instituto se distingue do domínio, o qual está intrinsecamente ligado à relação de material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício das faculdades de uso, gozo e disposição. Propriedade e domínio são noções autônomas, mas complementares, que por muito são confundidos, até mesmo em nosso ordenamento jurídico, como acontece, por exemplo, no Código Civil de 2002.

Somente podemos cogitar do princípio da função social da propriedade se entendermos a propriedade como relação jurídica, ao contrário do conceito clássico oriundo da escola positivista que a tratava como domínio e poder sobre coisas.

O desenvolvimento do conceito de propriedade, sem dúvidas, promoveu reflexões acerca da necessidade do distanciamento da ideia de propriedade exclusivamente individual para acrescer a este o aspecto social e, enfim, solidário, o que ocorreu, principalmente, com a emergência do Princípio da Função Social da Propriedade. Com o advento desse princípio constitucional, parte-se de uma reserva interna da propriedade ao titular da coisa para sua repercussão também vinculada às necessidades coletivas.

O idealizador do termo “Função Social da Propriedade”, o jurista francês, especialista em direito público, Léon Duguit, foi muito criticado na época por, no início do século XX, difundir tal termo como sendo a antítese do direito subjetivo de propriedade.

A concepção de propriedade como direito subjetivo absoluto foi rejeitada por DUGUIT (1923, p. 62), que a substituiu pela concepção de propriedade-função, não tendo por objetivo negar a existência da propriedade privada, mas para centrar-se em sua natureza de direito-função, e nem de elevar tal concepção ao *status* de poder incondicionado, mas de poder jurídico que tem razão de ser específica de satisfazer

necessidades individuais e coletivas<sup>18</sup>. Numerosas críticas foram opostas à teoria do referido autor acerca da propriedade-função e da negação do direito subjetivo, não tendo sido, contudo, suficientes para evitar a positivação nos ordenamentos jurídicos, progressivamente, da função social da propriedade.

A teoria de Duguit não teve por fundamento normas jurídicas, mas a análise sociológica, que parte da concepção do Direito como resultado constante e espontâneo dos fatos e não como mera construção legislativa. Sob a perspectiva de que seria necessária a superação das concepções individualistas do direito privado foi consagrada a noção de função social da propriedade. Influenciado pela filosofia positivista de Augusto Comte, Léon Duguit entendeu que a propriedade não tem caráter absoluto e que nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade. Tais fundamentos constituiriam a regra de Direito que impõe deveres a todos, inclusive ao Estado (JELINEK, 2011, p. 10).

Sobre teoria do estudioso francês e sua importância na construção da concepção de função social da propriedade dispõe BORGES (1999, p. 73):

A teoria da função social da propriedade tem origem em *Leon Duguit*, constitucionalista e administrativista francês. *Duguit* procurou explicar o direito através de teorias sociológicas. Ele atacou, na sua análise, a existência dos chamados direitos subjetivos e propôs substituí-los pela noção de situação jurídica.

O direito subjetivo, pela teoria da época, era um poder jurídico exercido como faculdade pelo seu titular para atender aos seus interesses individuais.

*Duguit* entendia que a sociedade confere, pela lei, um poder jurídico a um indivíduo que esteja numa determinada situação social quando, para bem exercer uma função, em benefício da sociedade ele necessita desse poder jurídico.

Assim, enquanto que no direito subjetivo o sujeito recebe o poder jurídico para atender a seus interesses particulares, na situação jurídica o sujeito receberia poder jurídico para atender aos interesses da sociedade.

O publicista francês aplicou sua teoria a um dos mais importantes direitos dos ordenamentos jurídicos de ordem capitalista, o direito de propriedade, reconduzindo-o a situação jurídica. Para ele a propriedade não é um direito, mas uma função social.

---

<sup>18</sup> DUGUIT, 1923, p.84: “Je crois, en effet, que je defends bien plus utilement la puissance de l'État en disant qu'elle n'est pas un droit, mais une fonction et un devoir, qu'on ne lui doit obéissance que s'il exerce cette fonction et remplit ce devoir, bien mieux, dis-je, qu'en proclamant solennellement le prétendu principe d'autorité, vide de sens et de contenu. Il en est de la puissance politique comme de la propriété”.

Dessa maneira, *Duguit* propunha o fim dos direitos subjetivos e a sua substituição por direitos-deveres. Ele entendia que a concepção de direito de propriedade estabelecida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no código civil francês não respondia mais ao estágio de evolução da sociedade e do direito da época. Ele afirmava que a propriedade não era mais aquele direito subjetivo que o código civil definia como sendo o direito de dispor das coisas da maneira mais absoluta.

O conceito *jurídico* de função social sustado por Duguit deu nova orientação para a compreensão de valores como a liberdade e a propriedade. A liberdade deixa de ser concebida como o direito de fazer tudo aquilo que não traga prejuízo a outrem, dentro disso o direito de não fazer nada, para ser concebida como o dever de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, intelectual e moral, para com isso cumprir sua função social. Aplicando tal compreensão ao campo patrimonial, depreende-se que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível, tendo o proprietário o dever de cumprir uma função social (DUGUIT, 1923, p. 84)<sup>19</sup>.

O teórico parte da premissa de que a propriedade constitui uma instituição jurídica que, como qualquer outra, surge para responder a uma necessidade econômica, a qual constitui necessidade social, conferindo, desta forma, à propriedade uma função social, de maneira que a propriedade evolui de acordo com as modificações destas necessidades econômicas<sup>20</sup>.

JELINEK (2011, p. 11), que toma por fundamento a teoria de León Duguit para trabalhar o Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil, dispõe que:

De acordo com Duguit, um dos grandes defeitos da concepção individualista e civilista da propriedade residiria na ausência de preocupação com o exame da legitimidade das apropriações existentes de fato e com a determinação de seu

<sup>19</sup> DUGUIT, 1923, p. 84: “Je crois, en effet, que je défends bien plus utilement la puissance de l'État en disant qu'elle n'est pas un droit, mais une fonction et un devoir, qu'on ne lui doit obéissance que s'il exerce cette fonction et remplit ce devoir, bien mieux, dis-je, qu'en proclamant solennellement le prétendu principe d'autorité, vide de sens et de contenu. Il en est de la puissance politique comme de la propriété”.

<sup>20</sup> “A propriedade é protegida pelo direito, mas ela não é um direito, é uma coisa. Uma realidade econômica e não uma realidade jurídica.” (DUGUIT, León. *Traité Du Droit Constitutionnel*. Paris, 1923, I/250. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 184.)

fundamento. As situações existentes foram colhidas sem nenhum questionamento, sendo declaradas intangíveis. Os códigos fundados no princípio individualista limitaram-se a fixar a afetação da riqueza a um fim individual, estabelecendo um relação entre liberdade e propriedade: concedendo ao possuidor um direito subjetivo absoluto sobre o bem, poder-se-ia garantir a plenitude de sua autonomia individual. Esta concepção de propriedade-direito trazia ínsito o direito absoluto de estabelecer uma destinação ao bem, o direito absoluto com relação ao Poder Público, e o direito absoluto em relação ao tempo, justificando a sucessão de bens. Assim, podia o proprietário usar, gozar e dispor do bem da melhor forma que lhe apossasse, inclusive deixando as terras sem cultivo, imóveis urbanos desocupados ou não construídos. Contra esta posição do proprietário, o Poder Público nada poderia fazer senão estabelecer algumas restrições fundadas no poder de polícia ou, excepcionalmente, expropriar o bem mediante indenização.

As conseqüências da adoção de teorias individualistas, porém, já ao tempo de Duguit vinham sendo rechaçadas, indicando a decadência desse sistema. O sistema civilista entrava em declínio por privilegiar exclusivamente a afetação individual da riqueza numa época em que a sociedade já tomava consciência da interdependência social que liga todos e de que o homem, em sociedade, não é um fim em si, mas um meio. (*sic*)

A gênese constitucional da função social da propriedade data de 1917, Constituição do México (COMPARATO, 2001, não paginado). Tem-se que, à época, aboliu-se a propriedade privada, com a transferência do domínio de todos os bens para o Estado. O direito subjetivo aos bens imóveis estaria adstrito à sua utilização direta, sob forma de desdobramento de uma propriedade estatal, conforme disposto em seu Capítulo II, *in verbis*:

1º - A fim de se realizar a socialização da terra, é abolida a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser propriedade nacional e são entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de indenização, na base de uma repartição igualitária em usufruto.

2º As florestas, o subsolo e as águas que tenham importância nacional, todo o gado e todas as alfaías, assim como todos os domínios e todas as empresas agrícolas-modelos passam a ser propriedade nacional.

Nesta Carta, o direito de propriedade também foi compreendido como poder ilimitado e sagrado. Intentou a Constituição Mexicana promover a ideia de socialização da propriedade, condicionada ao interesse de toda a sociedade. O fim original seria a reforma agrária, mas na prática o referido instituto pode ser considerado a origem normativa da compreensão de função social da propriedade.

Contudo, a função social da propriedade foi primeiramente reconhecida como dever fundamental pela Constituição de Weimar (1919). Diferentemente da Constituição Mexicana de 1917, esta consolidou a orientação de que “a propriedade obriga”. A ideia de bem comum como condição para manutenção da propriedade era descrita de forma taxativa, cujo objeto estaria de uma “obrigação” definida ao proprietário como resultado do próprio direito subjetivo. Leciona FRANCO (2004, não paginado):

Veja-se, que sob a influência do Princípio da Solidariedade Social, introduzido com a Constituição de Weimar de 1919, a idéia de função social correspondia ao dever de empregar os meios de produção no modo mais útil à coletividade. Este ‘modo mais útil’ significava a função de concorrer para uma melhor distribuição da renda; prover a mais ampla assistência possível às classes menos favorecidas e promover a composição entre os interesses dos detentores do poder econômico e aqueles da classe dos trabalhadores.

Assevera COMPARATO (2001, não paginado) que a declaração universal dos direitos humanos, de 1948, estabeleceu a necessidade de cada cidadão ter acesso à propriedade, e que dela não seria privado de forma arbitrária. Surge, por um lado, a preocupação com o acesso à propriedade, na qualidade de acesso a moradia e, por outro, é sustentada a concepção de que a propriedade obriga, sem definição exata de reflexos, no que tange ao acesso.

Da análise do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, de 1966, considera o mencionado autor que evidente a ausência de definição quanto à função social da propriedade. Isto porque no referido instrumento internacional a função social da propriedade poderia tanto representar o próprio acesso ao bem, como o fundamento para regulamentação de exercício do direito de propriedade.

A Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos publica, em 1976, ato normativo internacional, no sentido de que a função social da propriedade estaria balisada na ideia de acesso ao bem e de fundamento para a regulamentação do exercício do direito de propriedade. Primordialmente, seria a regulamentação de uso, cujo objeto estaria, também, no acesso à propriedade como resultado da regulamentação, dispondo o documento o seguinte:

Princípio Geral nº 10: A terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos. Todo Estado tem direito a tomar as medidas necessárias para manter sob fiscalização pública o uso, a propriedade a disposição e a reserva de terras. Todo o Estado tem direito a planejar e administrar a utilização do solo, que é um dos seus recursos mais importantes, de maneira que o crescimento dos centros populacionais, tanto urbanos como rurais, se baseiam num plano amplo de utilização do solo. Essas medidas devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica para cada nação, de conformidade com o seu sistema e suas leis de propriedade terra.

A supracitada disposição estabeleceu dois fundamentos da função social da propriedade. O primeiro estaria na concepção de planejamento, por meio de regulamentação do exercício do direito de propriedade; o segundo trata de reforma social, ou de tornar a propriedade mais acessível. A pretensão revolucionária é observada como consequência da regulamentação anterior. Observe-se que, em contexto semelhante ao art. 170, *caput*, da Constituição Federal, há a identificação da função social como política favorável à necessidade humana, baseada no acesso à propriedade.

A vinculação do direito subjetivo de propriedade à noção de função social, marco da constituição alemão de 1919, embora também tenha sido apresentado na constituição mexicana de 1917, foi adotado na Constituição Federal da República de 1988. Pouco restou do conteúdo de direito de propriedade como definido e consolidado nas constituições liberais, ou seja, a concepção clássica de propriedade, segundo a qual ao proprietário era conferido o poder de usar, gozar e dispor do seu bem imóvel de maneira absoluta decaiu (BORGES, 1999, p. 69).

Na atual Carta Magna buscou-se a conciliação de princípios do liberalismo econômico com os princípios sociais, significando a consagração do princípio da função social da propriedade uma busca pela mescla entre ordem liberal pura e ordem socializante, objetivando a introdução de ingredientes e elementos da segunda na primeira. Lecionam FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 199):

A função social da propriedade é um princípio inerente a todo direito subjetivo. No receituário liberal definia-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Ou seja, a realização de qualquer atividade econômica apenas encontrava limites em uma conduta culposa que eventualmente causasse danos a terceiros. Afora tais situações extremas, exalta-se conduta egoística de contratantes e proprietários, pois a sociedade era mera ficção, já que a felicidade coletiva dependeria da concessão de ampla liberdade a qualquer cidadão para a consecução de seus projetos pessoais.

O positivismo reduziu o direito a processos biológicos e mecânicos na linha da causalidade, esquecendo de seu conteúdo, da finalidade que a ele é inerente. Como bem coloca OLIVEIRA ASCENSÃO, o direito é uma realidade finalística, racionalmente ordenada a fins. A ordem jurídica não é casual, mas é normativamente ordenada para finalidades, sendo que o fim do direito é o bem comum. A ausência de finalidade provoca a perda da base da legitimidade substantiva do ordenamento.

Com precarização do pressuposto ideológico do liberalismo econômico há uma alteração na concepção do direito de propriedade. Estabelece-se legalmente, concomitantemente com os poderes jurídicos que formam o conteúdo deste instituto, um dever jurídico de como exercer tais poderes.

O direito à propriedade, elevado ao nível dos direitos e garantias fundamentais, direitos e deveres individuais e coletivos, é preliminarmente contemplado no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No mesmo art. 5º, o inciso XXII garante o direito constitucional de propriedade e o inciso XXIII determina o atendimento de sua correspondente função social, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

O direito de propriedade é assegurado pela mencionada disposição legal, mas deve atender a uma função social, diante da realidade econômica e social estampada no século XX. Contudo, a Carta Magna é silente quanto à conceituação do mencionado

princípio, limitando-se a estabelecer, em seu art. 182, suas diretrizes fundamentais, quais sejam:

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

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

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

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

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.

Ao cogitar da função social, o conhecimento elementar de que arcabouço jurídico somente facultará merecimento à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios sociais a que com ele se relacionam é introduzido no conceito de direito subjetivo. Assim não o sendo, o direito de propriedade desaprovado estará em sua legitimidade, pois o poder na ordem privada é submetido à satisfação de determinados poderes perante o corpo social (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 199).

Fazendo referência às previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro concernentes à função social da propriedade, dispõe CARVALHO (2008, p. 956):

A Constituição da República garante, em cláusula pétrea, o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e, em seguida, impõe o atendimento da função social da propriedade (art. 5º, XXIII). Outrossim, a função social é consagrada como um dos princípios basilares da ordem econômica que têm por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social” (art. 170, *caput* e III). No tocante à



propriedade urbana, surge inovação significativa no artigo 182, § 4º, com a exigência constitucional de aproveitamento adequado, sendo que os incisos I a III do referido dispositivo impõe penas sucessivas que culminam na desapropriação para fins de reforma urbana. Em relação à propriedade rural, o artigo 186 da CR estabelece em seus incisos os requisitos de atendimento da função social e o artigo 184 prevê a desapropriação para fins de reforma agrária para “o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”.

Os mencionados dispositivos evidenciam que constitui dever do proprietário o cumprimento da exigência social de uso adequado do bem, até mesmo pelo fato da Constituição suprimir a garantia da propriedade nas hipóteses em que caberia a desapropriação-sanção. Discute-se na doutrina contemporaneamente, dentre as controvertidas correntes doutrinárias sobre o tema, quanto à classificação da função social como limitação ou como função e não direito ou dever fundamental.

Veja-se que, a autonomia privada, nesse contexto atrelada ao exercício do direito de propriedade, concebida como a capacidade do sujeito de determinar seu comportamento individual, em seu sentido amplo, deve sofrer limitações em decorrência da possibilidade do desvirtuamento da liberdade individual, quando em tensão com a soberania popular, sendo o principal limite a dignidade humana. Deve haver uma conciliação entre a autonomia privada e o direito de outras pessoas e valores essenciais do estado democrático de direito. Dessa forma, ao passo em que intervenções estatais reconciliam-se com a ideia ampla de liberdade, há dimensões da autonomia privada da pessoa humana que precisam ser protegidas (SARMENTO, 2006, p. 188-193)

Entretanto, afirma SARLET (2011, p. 231) que os deveres fundamentais não devem ser confundidos com os limites e as restrições aos direitos fundamentais. Embora tais restrições possam ser justificadas a partir dos deveres fundamentais, designadamente em prol do interesse comunitário prevalente, desde que preservado o núcleo essencial dos direitos. Isto porque a dimensão normativa dos deveres fundamentais determina tanto a limitação de direitos subjetivos como também a redefinição do conteúdo desses. Sustenta o autor ainda o seguinte:

O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Com efeito, as limitações aos direitos fundamentais não se encontram unicamente fundamentadas na ordem subjetiva das liberdades ou direitos dos outros particulares (como propõe a teoria liberal burguesa ou clássica dos direitos fundamentais), mas também por razões de ordem objetiva, representadas pelas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem numa sociedade democrática. Foi o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos que, já no âmbito do Estado Social, acabou levando a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais, além de caracterizar o direito à igual repartição dos encargos comunitários demandados pela existência e pelo funcionamento da comunidade estatal. (SARLET, 2011, p. 227)

A função social não deve simbolizar um conjunto de limites. É, na verdade, a razão da atribuição do direito de propriedade, visto que em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, conforme disposto no art. 2º da Constituição Federal, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional. Nesse sentido, a disciplina de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico, o que não se restringe à imposição de limites pela função social. (PERLINGIERI, 2002, p. 226)

CARVALHO (2008, p. 952) fortalece o entendimento de Perlingieri ao asseverar que a função social da propriedade constitui elemento definidor do direito de propriedade, posto que os titulares de bens podem, ao deles usufruírem, satisfazer apenas seus propósitos individuais, tendo em vista a própria orientação social na exploração do bem, a fim de que a sua utilidade atenda também as necessidades e interesses comuns.

Dispõem FARIAS e ROSELVALD (2010, p. 199-200) quanto ao entendimento de Norberto Bobbio, no concernente ao particular, que o mesmo enfrentava a função social pelo viés da passagem do direito repressivo para o direito promocional, posto que, ao

passo que o direito repressivo objetivava reprimir de maneira negativa os que realizassem conduta contrária aos interesses da coletividade, o Estado promocional busca incentivar condutas coletivamente úteis, através da imposição de sanções positivas, capazes de encorajar uma obrigação de fazer.

A propriedade não se limita a uma obrigação de função social, mas se qualifica substancialmente e se concretiza quando cumpre uma função social, pois ela constitui um poder-dever positivo do proprietário, que é dar à propriedade um destino determinado. Manifestou posicionamento simétrico o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau (NEIVA, 2009, não paginado) que, em atitude administrativa em relação à propriedade que não cumpre a função social, proferiu:

Logo – sigo pelo caminho de raciocínio, coerentemente – não há, na hipótese de propriedade que não cumpre sua função social, “propriedade” desapropriável. Pois é evidente que só se pode desapropriar a propriedade; onde ela não existe, não há o que desapropriar. Em consequência – prossigo – se, em caso de tal, Estado “desapropria” essa “propriedade” (que não cumpre sua função social, repita-se), indenizando o “proprietário”, o pagamento dessa indenização consubstancia pagamento indevido, ao qual corresponderá o enriquecimento sem causa do “proprietário”.

Sustenta COMPARATO (2011, p. 6-7) que a propriedade como direito tem que obedecer a sua função social, e destaca que a Constituição Federal de 1988, baseia-se numa propriedade que em seu caráter de direito fundamental é considerada também como fonte de deveres fundamentais e justifica aludindo o art. 5º(XXIII) no que o legislador inseriu que ela, propriedade, atenderá a sua função social, dispondo no mesmo sentido as Constituição Italiana (art. 42, segunda alínea) e a Constituição Espanhola (art. 33, 2) E é com base na crença dos deveres fundamentais que ele aponta onde eles estão presentes no texto constitucional ao afirmar que:

A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade. O art. 182, § 2º dispõe que a *propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor*, sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário de terreno não-edificado, subutilizado ou não-utilizado,

incluído em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação sucessiva de três sanções (§ 4º). No art. 187, dispõe-se que *a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.* (COMPARATO, 2011, p. 7)

SARLET (2011, 231) fazendo referência à função social da propriedade como dever fundamental acentua que:

(...) os deveres fundamentais, mesmo aqueles aparentemente associados ou conexos a direitos, constituem, na maioria dos casos, uma realidade autônoma e exterior ao direito subjetivo, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral. A partir da conformação dos deveres e dos valores comunitários correspondentes, estaria justificada uma interpretação restritiva do próprio direito fundamental, o que interfere diretamente no seu conteúdo, (...) não podendo, é claro, em nenhuma hipótese a limitação ser total, já que o núcleo essencial do direito fundamental (“limite dos limites”) restará sempre preservado. De modo ilustrativo, parece pertinente a relação entre direito fundamental à propriedade e função social da propriedade, ambos com residência no catálogo dos direitos fundamentais, na forma de um poder-dever ou direito-dever.

Corroborando com o entendimento Dimitri Dimoulis, apesar de ser confrontado por Leonardo Martins em texto intitulado “Deveres Fundamentais” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 334), obra conjunta, dispondo o primeiro que alguns direitos fundamentais são acompanhados de deveres fundamentais, constando do dever do titular de exercer seu direito de forma solidária, levando em consideração interesses da sociedade, sendo este o caso da propriedade que deve ser exercido conforme sua função social, o que se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Trata COMPARATO (2011, p. 7-8) da eficácia da função social que, concebida como dever fundamental, não prescinde da intervenção legislativa afim de regular o cumprimento do dever fundamental em dar uma função social à propriedade vez que:

(...) quando a constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa: vale dizer a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa.

Defende, assim, o autor a posição de que a propriedade é um direito fundamental e constitucionalmente reconhecido, que gera, nesta senda, ao protegido deveres de mesma ordem fundamentais, que podem ser exigidos de forma imediata, de acordo com o que preceitua nossa própria constituição, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

## 2.2 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE COM DIRETRIZ: A (IN)EFETIVIDADE DOS INSTRUMENTOS DE ALCANCE

Tecidas considerações iniciais acerca função social da propriedade inserida num contexto de lutas e consideráveis conquistas pela concretização do direito à moradia, especialmente a nível legislativo, no tocante ao institucional, passamos a abordar os principais instrumentos de regularização fundiária urbana em uma discussão quanto à efetividade dos mesmos. Os instrumentos a que se faz referência estão previstos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e, contemporaneamente pela Lei 13.465/2017, que alterou a Lei 11.977/2009, além dos previstos na Constituição Federal de 1988.

Com fito na discussão quanto à efetividade dos instrumentos de regularização fundiária para a concretização do direitos social fundamental à moradia, os instrumentos de regularização fundiária que serão trabalhados são a usucapião especial para fins de moradia, em especial a usucapião coletiva, a concessão de uso especial para fins de moradia e a legitimação de posse, os quais foram normatizados pelo Estatuto da Cidade e pela a Lei 11.977/2009, alterada e revogada em parte pela Lei 13.465/2017.

A seleção de tais instrumentos levou em consideração a densidade e robusteza dos estudos elaborados acerca de sua efetividade para a concretização do direito à moradia, que são inexistentes no tocante aos instrumentos instituídos pelo novo marco legal regulatório. Não deixaremos, entretanto, de tecer considerações sobre outros instrumentos, se pertinente.

Inserido um capítulo específico relativo à Política Urbana na Constituição Federal de 1988 como resultado, em especial, das lutas dos movimentos sociais por moradia, restou estabelecido no artigo 182 da referida norma que a política de desenvolvimento urbano será executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

Após onze anos de negociação, aprovado o Estatuto da Cidade, lei que regulamenta os arts. 182 e 183 da CF e que institui conjunto inovador de instrumentos de intervenção sobre os territórios das cidades, restando nela disposta uma nova concepção de planejamento e gestão urbanos. As inovações contidas na referida legislação se situam em três campos: um conjunto de novos instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir as formas de uso e ocupação do solo; uma nova estratégia de gestão que incorpora a ideia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino das cidades; e a ampliação de possibilidades de regularização das posses urbanas.

No primeiro campo, ou seja, com os novos instrumentos urbanísticos, busca-se enfrentar a integração entre a regulação urbana e a lógica de formação dos preços no mercado imobiliário através de dispositivos que procuram coibir a retenção especulativa da terra e, ainda, promover a distinção entre o direito de propriedade e o potencial construtivo dos terrenos atribuído pela legislação urbana.

A importância do Estatuto da Cidade, para além da regulamentação de um conjunto de instrumentos voltados para induzir as formas de uso e ocupação do solo, reside no fato

de que, pela primeira vez na história brasileira, temos uma regulamentação federal para a política urbana nacional, definindo uma concepção de intervenção no território que oportuniza a participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos econômicos e sociais durante os processos de elaboração, votação, implementação e gestão das decisões do Plano Diretor, o que significa uma pretensa ampliação do espaço da cidadania no processo de tomada de decisões sobre o destino urbanístico da cidade.

É o direito à cidade, enquanto expressão da dignidade humana (MATTOS, 2002, p. 86), que garante aos indivíduos a participação nas decisões referentes à produção e ordenação do espaço, possibilitando-lhes a apropriação do território, numa dimensão simbólica, o que implica, necessariamente, na acessibilidade aos bens, à infraestrutura, aos serviços públicos e às condições sociais. Dentro disso, o direito à moradia, enquanto expressão de uma das funções sociais da cidade, pode ser efetivado mediante variadas formas de exercício, por exemplo, a partir do domínio e da posse, considerando suas distinções e peculiaridades.

No terceiro campo das inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade está o conjunto de instrumentos que trata da regularização fundiária em áreas ocupadas e não tituladas da cidade. É sobre parte desse conjunto de instrumentos e sua pretensa efetividade que buscamos nos debruçar, além dos instrumentos previstos constitucionalmente e dos introduzidos pela Lei 13.465/17, com suas devidas alterações sobre a Lei 10.257/01.

O Estatuto da Cidades, considerada legislação inovadora, vem propor possibilidades para o desenvolvimento de uma política urbana com a aplicação de instrumentos de reforma urbana voltados a promover a inclusão social e territorial nas cidades brasileiras, considerando seus aspectos urbanos, sociais e políticos, por meio de diretrizes e princípios.

O Estatuto da Cidade ao regulamentar o capítulo constitucional sobre a política urbana ratifica o Direito Urbanístico como ramo autônomo do Direito Público brasileiro,

consolidando um marco conceitual que, devidamente assimilado, constitui referência central para a adequada compreensão e interpretação das diversas e complexas questões jurídicas intrínsecas ao processo de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, além de dar fundamento jurídico pertinente às práticas de gestão urbana. A avaliação crítica da dimensão jurídica do processo de desenvolvimento urbana prescinde de uma mudança de paradigma na forma que se reflete sobre Direito Urbanístico, gestão urbana e propriedade imobiliária, devendo esta última deixar de refletir o âmbito individualista do Direito Civil e ser o tratamento jurídico da gestão urbana deslocado do âmbito do Direito Administrativo, de forma que seja possível a materialização e efetivação do direito coletivo ao planejamento das cidades (MATTOS, 2002, p. 33-34).

Em matéria de Direito Urbanístico, a competência legislativa é concorrente, exigindo-se a cooperação entre os entes federados, de forma que a política urbana deve ser desenvolvida pelos Municípios, conforme atribuição da Constituição Federal, cabendo aos Estados legislar sobre a criação e regulamentação de regiões metropolitanas e à União, a instituição das normas gerais para o desenvolvimento urbano.

Sem interferir na autonomia dos outros entes federativos, em atendimento à competência disposta em art. 21, inciso XX, da CF, a União dispôs no art. 2º do Estatuto das Cidades as diretrizes gerais da política urbana que devem ser seguidas pelos Municípios, as quais buscam corporificar os novos parâmetros que devem orientar a política urbana a fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade. Tais diretrizes, as quais devem ser compreendidas e aplicadas de forma conjunta e complementar, podem ser dispostas em eixos, quais sejam, garantia do direito à cidades sustentáveis, planejamento e gestão democrática, cooperação entre a iniciativa pública e a privada, justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e regularização fundiária (GORDILHO SOUZA e LIMA, 2004, p. 5).



A regularização fundiária pode ser concebida, em termos gerais, como o processo que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, com a finalidade de integrar assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social fundamental à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A regularização fundiária é, também, instrumento para promoção da cidadania, devendo ser articulada com outras políticas públicas.

São dois os tipos de irregularidade fundiária que os assentamentos geralmente apresentam, quais sejam dominial, quando o possuidor ocupa terra pública ou privada, sem qualquer título que juridicamente lhe garanta a posse, e, a urbanística e ambiental, quando o parcelamento não está em conformidade com a legislação urbanística e ambiental e não foi devidamente licenciado. O enfrentamento dessas questões é imprescindível à efetiva integração à cidade, por isso, prescinde da conjugação de diversas medidas, sendo necessárias, inclusive, medidas sociais, quando os assentamentos são promovidos por população de baixa renda (BRASIL, 2010, p. 11).

A Lei nº 11.977/2009, alterada pela Lei 13.465/2017, foi integralmente revogada no que tocava à matéria de regularização fundiária, qual seja, o seu Capítulo III, tendo sido mantida, em certa medida, conteúdo que informa que a regularização envolve o levantamento da situação fundiária dos imóveis ocupados; a negociação entre os proprietários, os ocupantes e o poder público; a elaboração e aprovação de um projeto urbanístico; e o registro do projeto e dos títulos atribuídos a cada ocupante.

Duas dimensões essenciais são abrangidas pela regularização fundiária: a criação de unidades imobiliárias compatíveis com o urbanismo municipal, a qual se dá pela aprovação pelo município de um projeto urbanístico e pelo seu subsequente registro no cartório de registro de imóveis; e a constituição de direitos reais em favor dos seus ocupantes (art. 10, II), promovida pelo reconhecimento de alguma modalidade de aquisição originária da propriedade ou pela transmissão de direitos reais por parte do proprietário.

Por meio do requerimento de algum dos legitimados, quais sejam, os entes da Federação, os ocupantes, os proprietários ou empreendedores, a Defensoria Pública ou o Ministério Público, a Reurb tem início. Com a abertura do procedimento, promove-se levantamento e consulta aos proprietários e confrontantes da área ocupada quanto à sua regularização, que, quedando-se silentes, ou seja, não havendo oposição, elabora-se o projeto urbanístico. Em havendo oposição, passa-se à etapa de negociação, que, se não resultar em acordo, a Reurb é inviabilizada.

A elaboração do projeto de regularização e a execução das obras e medidas previstas na Reurb serão de responsabilidade do município, se a regularização for de interesse social (Reurb-S), e dos proprietários e beneficiários, se for de interesse específico (Reurb-E). Para os bens públicos a dinâmica é distinta, pois a lei estabelece regimes distintos para cada modalidade de Reurb. No caso da Reurb-E, a alienação de direitos reais será feita pelo valor de mercado, sendo descontados os valores de benfeitorias promovidas pelo ocupante e da valorização delas decorrente. Já para a Reurb-S, a constituição de direitos reais é gratuita e promovida diretamente pelo ente público perante o registro de imóveis.

A Lei 13.465/2017 traz inovações e controvérsias, sendo algumas delas mencionadas oportunamente.

Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dedicou um capítulo inteiro à Política Urbana, defendendo a função social da propriedade urbana como forma de desenvolvimento das cidades e criando normas e institutos próprios à titulação da terra urbana e à segurança da posse urbana; do Estatuto da Cidade, onde se contemplou a usucapião especial urbana coletiva, que abarca situações de comunidades nas quais são móveis e difíceis de precisão os limites entre as moradias; da Medida Provisória n. 2.220/2001, que instituiu a concessão de uso especial para fins de moradia de imóveis públicos de até 250 metros quadrados ocupados mansa e pacificamente por cinco anos; após a Emenda Constitucional n. 64/2010, que incluiu o

direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais; e do advento da Lei Federal n. 11.977/2009, *Programa Minha Casa, Minha Vida* (PMCMV), expressamente revogada pela Lei 13.465/2017 no tocante à matéria atinente à regularização fundiária, a irregularidade quanto ao registro de imóveis localizados em assentamentos precários ainda constitui tema central, gerando insegurança jurídica para seus ocupantes e alta vulnerabilidade frente à requalificação urbana imposta pelos Poderes Públicos.

Como já mencionado, o direito à moradia, previsto como direito fundamental social no artigo 6º, caput, da Constituição é dotado de eficácia direta e imediata, tendo concebido a Lei Maior, dois institutos jurídico-urbanísticos de garantia da proteção à função social da posse e da propriedade urbana daqueles que as utilizam como moradia, quais sejam a usucapião especial urbana de imóveis particulares para fins de moradia, artigo 183, caput, CF, regulamentada pelo Estatuto da Cidade em suas modalidades individual e coletiva (artigos 9º a 14 da Lei 10.257/2001); e a concessão de uso especial para fins de moradia, artigo 183, §1º, da CF, de imóveis que, porque públicos, seriam insuscetíveis de aquisição pela usucapião (artigo 183, §3º, da CF), disciplinada pela Medida Provisória nº 2200/2001 e, posteriormente, pela Lei 13.465/2017.

A usucapião especial para fins de moradia, primeiro instituto com o qual trabalharemos, deve ser interpretada a partir dos princípios constitucionais que exercem uma função sistêmica, quais sejam o da propriedade e sua função social e do direito à moradia, haja vista que, constitui um dos institutos que revela uma proteção, em última instância, aos desfavorecidos pelo sistema capitalista que não puderem adquirir o bem por meio do mercado imobiliário formal (SHÄFER, 2004, p. 111-112). Necessário, então, o rompimento de antigos paradigmas com o fim no cumprimento da exigência de interpretação conforme a Constituição.

A usucapião, em termos gerais, é modo de aquisição originária da propriedade, ou outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado, de coisas que estão no comércio por meio do exercício da posse continuada no tempo e condições estipuladas em lei. Os requisitos legalmente exigidos para a usucapião especial para fins de

moradia são de que o possuidor exerça a posse prolongada no tempo de imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup>, para fins de moradia, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, não tendo este outro imóvel, urbano ou rural, e não tendo sido ainda beneficiado pelo instrumento (art. 183, CF, e art 9º da Lei 10.257/2001).

Preenchidos os requisitos legais, o possuidor torna-se proprietário, por meio de um processo judicial de usucapião ou de um procedimento extrajudicial específico, instituído anteriormente pela Lei nº 11.977 de 7 de julho de 2009, normativa expressamente revogada pela Lei 13.465/2017 em toda parte que tratava da regularização fundiária, estando contidas agora a usucapião extrajudicial e a legitimação de posse no instituto da regularização fundiária urbana (REURB), com a legitimação fundiária.

Para que seja declarada a aquisição originária por prescrição de propriedade por meio de procedimento extrajudicial, ou seja, para a usucapião administrativa, prevista originalmente no Estatuto da Cidade, o qual prescindiria de definição dos limites de toda a gleba, por meio de um instrumento denominado demarcação urbanística e pelo reconhecimento da posse do indivíduo, após a individualização de seu lote e por meio de outro instrumento, a legitimação da posse, ao qual se fará referência em seguida.

O art. 9, § 3º, do Estatuto da Cidade dispõem sobre a possibilidade de junção de posses, ao estabelecer que a posse do *de cujus* é transferida ao herdeiro com todos os seus vícios e qualidade, desde que já resida no imóvel quando da abertura da sucessão. Para o caso, diferentemente do regulado pelo Código Civil, a regra especial considera a finalidade da moradia, o que faz com que o direito não se transfira ao conjunto de herdeiro, mas somente àquele que estiver residindo no imóvel quando não tenha sido completado o lapso temporal de posse necessário à usucapião.

O artigo 10 do Estatuto da Cidade possibilitada o reconhecimento do direito à usucapião urbana coletivamente, mediante sentença judicial que servirá de título para o registro no Cartório de Imóveis. Em sentença será atribuída fração ideal de terreno para

cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe (§ 2º do artigo 10). Por meio dessa modalidade de usucapião, poderá ser constituído, pela própria sentença, condomínio especial indivisível, o qual não seria passível de extinção salvo deliberação favorável tomada por no mínimo dois terços dos condôminos no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (§ 3º do artigo 10). No caso de condomínio especial poderão ser estabelecidas frações ideais diferenciadas mediante acordo escrito entre os condôminos.

Importa aqui a referência a alteração do caput do art. 10 do Estatuto da Cidade pela Lei 13.645/2017, onde não mais consta a previsão expressa de que as áreas urbanas passíveis de usucapião coletiva deveriam ser ocupadas por população de baixa renda para a sua moradia. Desta forma, o instrumento deixa de ser vocacionado a parcela mais empobrecida da sociedade, sendo aplicável aos indivíduos de média e alta renda. Veja-se, ainda, que surge a exigência expressa de que a área total ocupada pelo número de possuidores seja inferior a 250 m<sup>2</sup> por possuidor. O novo marco legal de regularização fundiária altera, assim, critérios objetivos da área usucapienda.

Quando da gênese da usucapião coletiva com o Estatuto da Cidades, o instrumento foi tido como inovação que acrescentou à aquisição de propriedade a possibilidade de urbanização dos núcleos habitacionais degradados, o que seria objetivo da regularização fundiária plena, mediante o estabelecimento de relevância jurídica a determinadas situações de fato (LOURERO, 2004, p. 93). A dificuldade na operacionalização da usucapião coletiva estaria correlacionada com uma resistência em se admitir a legalização da “cidade informal”(BRASIL, 2016, p.43).

Aos possuidores em estado de composses e/ou a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída com personalidade jurídica, é reconhecido o direito de promover ação coletiva de usucapião urbano, conforme o art. 12 da referida normativa federal.

Pesquisa elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, publicada em 2016, traz reflexões importantes acerca da não efetivação do direito à moradia no Brasil por meio dos instrumentos de regularização fundiária. Infere-se, por exemplo, que, da análise jurisprudencial da usucapião coletiva, tem-se um baixo índice de judicialização das demandas, especialmente nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, não por ausência de assentamentos precários em seus limites geográficos, mas em decorrência de dificuldades de acesso à justiça e/ou por desconhecimento quanto aos próprios direitos (BRASIL, 2016, p. 53).

Verificou-se, ainda, que as poucas decisões judiciais proferidas se encontravam em total descompasso com a melhor doutrina, evidenciado o despreparo e desconhecimento dos julgadores para tratar de demandas que envolvem temas de Direito Urbanístico, de forma a apresentar resistência à análise do instituto da usucapião coletiva com fundamento nos princípios constitucionais urbanísticos.

O reconhecimento do direito à usucapião coletiva por qualquer decisão judicial, ou seja, a efetividade do instrumento nas decisões judiciais, apresentou-se em números significativamente baixos, observando-se, entretanto, um grau alto de reversão das decisões de improcedência em segunda instância, o que leva a crer que a segunda instância apresenta maior intimidade com a matéria urbanística, sem apresentar, contudo, qualquer perspectiva mais “humanista” (BRASIL, 2016, p.54-59).

Outro instituto de regularização fundiária, previsto na Lei 13.465/2017, artigos 25 a 27, é a legitimação de posse, que pode ser concebida como instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária que constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, por meio, inclusive, da usucapião administrativa.

A legitimação de posse poderá ser transferida por *causa mortis* ou por ato *inter vivos* e não se aplica aos imóveis urbanos situados em área de titularidade do poder público. Expedido título de legitimação de posse, sem prejuízo dos direitos decorrentes do exercício da posse mansa e pacífica no tempo, e decorrido o prazo de cinco anos de seu registro, haverá conversão automática em título de propriedade, desde que atendidos os termos e as condições do art. 183 da Constituição, independentemente de prévia provocação ou prática de ato registral. Nos casos não contemplados pela norma constitucional, o título de legitimação de posse poderá ser convertido em título de propriedade se satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado, perante o registro de imóveis competente.

A legitimação de posse, após convertida em propriedade, constitui forma originária de aquisição de direito real, de modo que a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada restará livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio beneficiário. O título de legitimação de posse poderá ser cancelado pelo poder público emitente quando constatado que as condições estipuladas em lei deixaram de ser satisfeitas, sem que seja devida qualquer indenização àquele que irregularmente se beneficiou do instrumento.

Importa aqui a referência ao fato de que na Medida Provisória n° 759, convertida na Lei 13.465, houve a supressão da demarcação urbanística apesar de mantida a legitimação da posse, o que daria ensejo à aplicação do instrumento ao arbítrio da Administração, em evidente prejuízo ao aspecto garantista do instituto. Entretanto, como resultado das lutas e tensionamentos promovidos pela sociedade civil e pelas instituições que lidam com a questão fundiária, foram procedidas alterações textuais no decorrer do processo legislativo que garantiram a previsão da demarcação do urbanística em termos semelhantes ao anteriormente disposto na Lei 11.977/2009 (RIBEIRO, 2017, p. 4).

A legitimação de posse, enquanto medida que antecede o reconhecimento de propriedade, não é tida como novidade, havendo no Brasil o precedente histórico da Lei

nº 601 de 1850, legislação que dispunha sobre as terras devolutas, da Lei Federal n. 4.504/64, adotada para a legitimação de terras públicas federais com vistas à implementação da reforma agrária. Nas referidas normativas, a legitimação da posse resultava em uma forma de acesso à propriedade da terra devoluta por meio da atribuição de produtividade ou finalidade de moradia. Antes da Lei 11.977/2009, a matéria havia sido discutida para os imóveis urbanos a partir do Projeto de Lei nº 1.092/2007 (BRASIL, 2016, p. 84).

Não havendo ainda lastro jurisprudencial para a legitimação de posse, seja porque a demarcação urbanística, que lhe é prévia, se trata de um procedimento a ser executado pelo Poder Público, seja porque a legislação é recente, seja pelo desconhecimento quanto seu teor, , fato é que os institutos — tanto do procedimento administrativo da demarcação urbanística, que lhe é prejudicial, quanto do ato administrativo da legitimação de posse, com o qual se o completa — serão analisados também, neste momento, sob o aspecto quantitativo, por capital da Amostra-Brasil 1 e por órgão envolvido: Executivos Municipais, Órgãos de Gestão Patrimonial Estadual e Federal, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Cartórios dos Registros de Imóveis e representantes da Sociedade Civil.

Em uma análise quantitativa quanto à experiência do Poder Público com o instrumento, o IPEA constatou que metade das capitais utilizadas como amostra sequer experimentou uma única vez a aplicação do procedimento de demarcação urbanística entre os anos de 2009 e 2013, quando da vigência da Lei 11.977/2009. Dos que apresentam, as experiências apontadas pelos órgãos entrevistados são por vezes singulares, destacando-se apenas as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo e, mesmo assim, com quantidades entre 15 e 11 procedimentos durante todo o período pesquisado (BRASIL, 2016, p. 88).

Da demarcação urbanística à concessão dos títulos de legitimação de posse ainda medeia um significativo espaço de tempo, pelo menos de acordo com o estudo de caso que será descrito no item 4.3.6. Com efeito, o quadro abaixo reflete um quantitativo



ainda menos alentador ainda com as legitimações de posse, levando-se em conta que os Cartórios de Registros de Imóveis responderam por número de títulos registrados e não por experiências conhecidas, como constava do questionário.

Com relação especificamente à concessão dos títulos de legitimação de posse, que é subsequente à demarcação urbanística e demanda significativo lapso temporal para sua concretização, o IPEA refere o seguinte:

Note-se que foram 5 experiências na Região Norte, pelo menos 5 no Nordeste e 7 no Sudeste, sendo que nenhuma no Centro-Oeste e no Sul. Destas experiências, teriam resultado o registro de 600 títulos de legitimação de posse na Bahia e 976, no Rio de Janeiro. Considerando-se o déficit habitacional já apontado, verifica-se que a regularização urbanística por essas vias ainda não é a escolha prioritária da Administração Pública brasileira. (BRASIL, 2016, p. 89)

Tem-se, assim, que insignificantes os números de experiência administrativas com o instituto diante do universo brasileiro de pretensos beneficiários.

A concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), instrumento de regularização fundiária da política urbana que apresenta fundamento constitucional no art. 183, caput e § 1º, tem por finalidade a consagração do direito à moradia nas cidades brasileiras, assim como a usucapião especial para fins de moradia, havendo uma clara vinculação da finalidade do instituto com o direito à moradia.

Não havendo distinção entre imóveis públicos e privados no caput do art. 183 da CF, tem-se que os instrumentos de política urbana previstos no referido dispositivo constitucional não atingem apenas imóveis privados, mas também os públicos, reflexão que se faz por meio de uma interpretação integrada da norma com os fundamentos da República (art. 1º, CF), em especial a cidadania e a dignidade, e seus objetivos (art. 2º c/c arts. 5º e 6º da CF), com destaques para a erradicação da pobreza, da marginalidade e de qualquer forma de discriminação.

Desta forma, tanto para os casos de usucapião de usucapião constitucional quanto para os de concessão de uso, preenchidos os requisitos constitucionais há o dever do

reconhecimento do direito à moradia àqueles que ocupam área de até 250 m<sup>2</sup>, por 5 anos ininterruptos e sem oposição, com fins de moradia para si ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, consagrados os institutos, então, como de direito subjetivo da população de baixa renda, o que já regulamentado e pacificado pelo Estatuto da Cidade/Medida Provisória nº 2.220/2001, alterada pela Lei 13.465/2017.

Coaduna com o entendimento (CARDOSO P., 2010, p. 177), que infere:

A concessão de uso constitucional é um direito subjetivo da população de baixa renda moradora em favelas situadas em áreas urbanas públicas, e que atendem os requisitos constitucionais de posse previstos no artigo 183 da Constituição.

Note-se que o instituto da concessão de uso para fins de moradia decorre do direito à moradia, expressamente consagrado na Constituição Federal como direito social constitucionalmente previsto no capítulo da política urbana por intermédio do art. 183 e seus parágrafos. Assim, o Estatuto da Cidade, legislação complementar a Constituição Federal que é apenas regulamentou o direito previsto, cabendo aos entes federativos, União, Estados e Municípios, cada qual no âmbito de sua competência, a sua aplicação, para o fim de atribuir consecução prática à Carta Magna.

Diferentemente da concessão do direito real de uso prevista no Decreto-Lei nº 271/1967, cuja outorga para os fins estabelecidos em seu art. 7, depende da discricionariedade da Administração Pública, a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia ao morador de área pública urbana que atenda aos requisitos da Medida Provisória nº 2.220/01, não é uma faculdade do Poder Público - é um ato vinculado. Não resta, portanto, alternativa ao Poder Público senão praticar os atos necessários ao reconhecimento do direito em conformidade com a legislação pertinente.

Do exposto, verifica-se que não há margem para a interpretação de que a atuação do poder público proprietário seria discricionária, face à imperatividade do reconhecimento direito fundamental a moradia, o que não afasta a possibilidade de seu reconhecimento e exercício em local diverso, conforme arts. 4º e 5º da MP 2.220/2001. A discricionariedade da Administração Pública titular do domínio da área pública urbana ocupada surge apenas quanto à escolha do melhor instrumento a aplicado no âmbito de programas públicos de regularização fundiária ou na definição de critérios para o exercício do direito em outro local, para os casos previstos nos casos dos arts. 4º e 5º da MP 2.220/2001.

Com a vigência da Lei 13.465/2017, que altera a MP 2.220/2001, o instrumento de regularização fundiária em propriedades públicas passou a apresentar novas qualidades quanto a parte de seus requisitos, a exemplo de data limite para a aquisição do direito, que passou a ser 22 de dezembro de 2016, data da publicação da MP 759/2016, convertida posteriormente em lei. Saliente-se, ainda, que, da leitura dos alterados arts. 1º 2º da MP 2.220/2001 a CUEM deixa de ser um instituto exclusivamente urbano, haja vista que houve substituição da expressão “imóvel público situado em área urbana” por “imóvel público situado em área com características e finalidades urbanas”, evidenciando o objetivo do novo marco legal em promover a regularização fundiária por meio de instrumentos originariamente pensados especificamente para a realidade urbana.

Vale, ainda, a referência à alteração de requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia na modalidade coletiva em moldes similares às alterações procedidas quanto à usucapião coletiva, ressalvada a manutenção da referência expressa à destinação do instrumento para população de baixa renda, que é mantida no art. 2º da MP 2.220/2001.

A despeito da garantia constitucional atribuída para a concretização do direito social à moradia e da função social da propriedade, inclusive a pública, por meio da previsão da concessão de uso, evidentes as dificuldades para o alcance práticos dos resultados almejados, especialmente para garantir que a terra pública urbanizada permaneça vinculada à função social de moradia para atendimento das famílias de baixa renda.

A baixa efetividade da judicialização do referido instrumento para a regularização fundiária urbana foi apontada pelo IPEA, que, assim como no caso da usucapião coletiva, procedeu uma análise das decisões judiciais entre 04 de setembro de 2001 e 31 de dezembro de 2013, nesse caso perante os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Assim como no caso da usucapião coletiva, as decisões proferidas se concentraram nas regiões Sudeste e Sul, mas, distintamente, em mais significativo,

sendo encontradas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, o que faz presumir a utilização de imóveis públicos federais como objetos da CUEM.

Questão pontuada pelo referido estudo, e que se deve atentar aqui, foi a reflexão quanto a uma possível justificativa para a inexistência de decisões judiciais no Estado da Bahia que tenham como objeto da CUEM, o que poderia ser atribuído ao alto número de concessões administrativas do instrumento por deliberação própria, evidenciando que a vontade política e a discricionariedade do administrador público é o que impulsiona a aplicação do instrumento, e não a judicialização da matéria. Sobre essa peculiaridade da regularização fundiária no Estado da Bahia, teceremos considerações em tópico específico exemplificando a realidade de Salvador.

A utilização da CUEM como argumento principal ou incidental em ações são pouco promissoras como estratégia, o que se justifica novamente pela falta de familiaridade dos julgadores com o direito urbanístico e os princípios que o informam, apesar de haver chances de reversão de uma decisão de improcedência pelo segundo grau. O principal óbice à efetividade nas decisões jurisprudenciais na “desqualificação da posse”, o que significar dizer que a posse sobre bem público é desqualificada por ser considerada mera detenção ou injusta, o que impede o reconhecimento da função social da propriedade pública para fins de concessão de uso para fins de moradia (BRASIL, 2016, p. 72).

Dentre os diversos óbices elencados pelo IPEA para a efetividade da judicialização da CUEM, chama atenção a alegação de falta de prévio pedido administrativo como fundamento nas decisões, o que pode significar uma leitura legalista do instituto pelo Judiciário, estabelecendo uma barreira desnecessária à demanda, haja vista o princípio da jurisdição uma, ou a interpretação de que à Administração Pública cabe gerir os bens públicos como melhor lhe interessar, o que indicado, de uma forma ou de outra, a prevalece a tese da “discricionariedade do Administrador” no que tange à concessão da CUEM e não de um direito subjetivo do concessionário que preencheu os requisitos legais de tipificação do instituto.

Outra questão que chama atenção é o tempo de duração dos processos, que levam em média 3,05 anos para a prolação da sentença e 1,6 anos para a do acórdão, sendo esse tempo médio estimado muito próximo ao tempo dispensado para a usucapião administrativa, contando do registro da legitimação da posse à possibilidade de conversão em propriedade. Não é um processo tão longo quanto as ações de usucapião judicial, equivalendo ao tempo investido no procedimento que vai entre a demarcação urbanística e a concessão de títulos de legitimação de posse, que também apresentou média de 5 anos de tramitação. Todo o processo administrativo da usucapião levaria, assim, cerca de 10 anos para a titulação (BRASIL, 2016, p. 78).

### 2.3 POLÍTICA MUNICIPAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA PARA HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL EM SALVADOR/BA

Como vimos, o processo histórico de desenvolvimento das cidades brasileiras evidencia um quadro de extrema desigualdade social e de concentração de renda, que leva à composição de um cenário de fortes contrastes no ambiente construído, que se traduz de forma visível no espaço urbano dual. De um lado a ocupação formal, do outro, a ocupação informal, sendo que nesta última se concentra a maioria da população de baixa renda, a qual se consolida no tempo e continua a se desenvolver sob a égide da inefetividade das políticas habitacionais de interesse social, com especial destaque à regularização fundiária.

Salvador, como as demais capitais brasileiras, apresenta este padrão de urbanização, marcado pelos problemas e desigualdades sociais, incapacidade de absorção da população trabalhadora, crises dos espaços públicos, carências nos serviços públicos, produção desigual do espaço, segregação socioespacial, atribuindo-se ao poder público municipal o desafio de controlar o ordenamento do uso e ocupação do solo e de assegurar a prestação de serviços públicos gratuitos ou subsidiados a um conjunto considerável de seus habitantes mais pobres.

Em uma breve análise histórica da regularização fundiária em Salvador, pode-se inferir que as primeiras ações em áreas de habitação popular no município remontam à década de 1980, por meio da publicação da Lei Municipal nº. 3293/1983, a qual estabeleceu sinteticamente normas relativas ao uso e alienação de bens imóveis municipais - venda, permuta, doação, concessão, cessão, permissão e autorização de uso.

Esta legislação introduziu o instituto da Concessão de Direito Real de Uso (CDRU), instrumento foi instituído e disciplinado pelo Decreto Lei Federal nº. 271/1967, como um direito resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social, e que passou a ser outorgado preferentemente a outras modalidades de uso e alienação. Aplicação do instrumento na regularização fundiária em áreas de ocupação informal no município resultou inicialmente em algumas ações pontuais, mediante leis autorizativas específicas para cada pedido de concessão de direito real de uso, com respaldo na Lei Municipal nº. 3293/1983 e na Lei Federal nº. 8666/1993 com a nova redação dada pela Lei nº. 8883/1994.

Segundo GORDILHO SOUZA (2007, p. 2), o primeiro programa municipal de regularização fundiária foi proposto pela Coordenadoria de Desenvolvimento Social (CDS) e englobava 4.000 lotes, destes apenas 780 lotes foram legalizados, até 1985. O universo a ser atendido veio a ser ampliado com a criação da Secretaria Municipal de Terra e Habitação (SETHA), em 1988, com atuação direta nos loteamentos municipais destinados a famílias desabrigadas das chuvas, remanejadas de outras áreas e moradores de rua, havendo previsão de titulação de 20.000 moradias, número não alcançado, tendo sido concluídas apenas 5 das 18 áreas previstas até 1989.

Extinta a SETHA em 1997, foi criada a Coordenadoria de Promoção Habitacional, órgão vinculado à Secretaria de Infraestrutura Urbana (SEMIN), atual Secretaria de Transportes e Infraestrutura Urbana (SETIN), tendo o órgão concentrado a atuação da Prefeitura Municipal do Salvador voltada para habitação de interesse social até 2001,

quando foi criada a Secretaria Municipal da Habitação (SEHAB). O período entre 1980 e 2001 concentrou as iniciativas pioneiras para a regularização fundiária de habitação de interesse social em Salvador, com emissão de títulos de regularização fundiária através de CDRU, a qual, entretanto, se efetivou de forma lenta, somando um total aproximado de 7.000 títulos emitidos em vinte anos.

As ações de regularização fundiária foram retomadas pela SEHAB entre 2001 e 2004, período em que dois novos marcos legais surgem, Estatuto da Cidade, em âmbito federal, e a Lei nº 6099/2002, em âmbito municipal, o que resultou na implementação do Programa de Regularização Fundiária de Salvador, fundado na utilização da CUEM, tendo por objetivo a promoção do acesso legal ao uso da terra por meio da Escritura de Legalização. Os novos instrumentos viabilizaram aumento de celeridade ao processo de regularização fundiária, em decorrência da autonomia legal conferida ao gestor na emissão do título para legalização das áreas de propriedade municipal ocupadas para moradia, de forma que nesse período a Prefeitura chegou a atuar em 57 áreas municipais, totalizando 45.693 escrituras entregues (GORDILHO SOUZA, 2007. p. 3).

Com a criação do Ministério das Cidades, em 2003, passou-se à implementação do Programa de Regularização Fundiária Sustentável, com fim na regularização urbanística e ambiental combinada com a regularização jurídica, partindo-se do pressuposto da necessidade de articulação deste programa com as políticas fundiária, urbana, habitacional, ambiental, tributária e orçamentária do Município. Em 2004, com o estabelecimento do Plano de Desenvolvimento Urbanos (PDDU), a continuidade dos trabalhos se deu através da Secretaria Municipal de Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente (SEPLAM).

Importa referir, ainda, que entre os anos de 2001 e 2004, foi elaborada a Política Municipal de Habitação de Interesse Social, a qual apresentava como objetivo a implementação de uma ação pública contínua com atuação para além da regularização jurídica do lote, compreendendo a regularização urbanística e ambiental, e a implantação de Planos de Bairro. No entanto, somente foram elaborados os Planos de

Bairro para 4 localidades. Entre os anos de 2005 e 2008 o programa foi mantido, totalizando 13.038 títulos entregues a ocupantes de áreas municipais. No quadriênio entre 2009 e 2012, houve a continuidade do programa, porém com descontinuidade da gestão da secretaria, o que importou na falta de acesso a informações quanto aos dados sobre a quantidade de escrituras emitidas (FERNANDES et al, 2017, não paginado).

O programa ganha nova roupagem, entre os anos de 2012 e 2016, utilizando da mesma metodologia e sistemática do programa criado em 2002, passando a ser conhecido com o título de “Programa Casa Legal”, no âmbito da Coordenadoria de Regularização Fundiária (CRF), órgão da Secretaria de Infraestrutura, Habitação e Defesa Civil (SINDEC). O objetivo do programa consiste em contemplar as ocupações habitacionais consolidadas há mais de cinco anos, em áreas públicas municipais consideradas de interesse social, por meio da emissão de Escritura de Legalização para o registro da posse do uso da terra.

Partindo desse breve relato histórico da regularização fundiária em Salvador, depreende-se que o programa promovido pelo município objetivou priorizar a titulação individual em larga escala, sem necessariamente regularizar o parcelamento como um todo, ou seja, através da regularização urbanística e ambiental, o que resulta na ausência de melhorias urbanas à comunidade.

Contemporaneamente, a legislação municipal vigente é o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU), Lei nº 9.069/2016. Neles foram previstas 5 categorias de Zonas Especiais de Interesse Social, que contam de áreas destinadas à regularização fundiária, urbanística e jurídico-legal, e à produção, manutenção ou qualificação da Habitação de Interesse Social (HIS) e Habitação de Mercado Popular (HMP).

As ZEIS propostas no PDDU de 2016 podem ser diferenciadas pela tipologia, pelos processos de parcelamento, uso e ocupação do solo e modo de viver de seus



habitantes, entre outras características. Propõem-se, assim, mudanças na regularização fundiária dessas áreas, que devem ser orientadas pelos princípios da transparência, prestação de contas e participação popular, devendo ser inseridas nas estratégias socioeconômicas e político-institucionais do Município, devendo conter no Plano de Regularização Fundiária deve conter o Plano de Massas da Urbanização, o Plano de Regularização Jurídico-Legal e Plano de Ação Social e Reassentamento.

Vale esclarecer que as ZEIS foram institucionalizadas como instrumentos urbanísticos em âmbito federal pelo Estatuto da Cidade, mas já vinham sendo aplicadas por algumas administrações municipais a partir da década de 1980, tendo sido considerado instrumento inovador por reconhecer a posse do espaço urbano conquistado e, simultaneamente, condiciona-lhe reconhecimento a um planejamento participativo formulado entre comunidade e poder público.

Em Salvador, esse instrumento foi previsto inicialmente como Área de Proteção Sócio-Ecológica (APSE), na Lei de Ordenamento do Uso e Ocupação do Solo (LOUOS/1984) e institucionalizado pela Lei Municipal n. 3.592/1985. O PDDU de 2004, Lei n. 6586/2004, previu as Áreas de Especial Interesse Social (AEIS), e, mais recentemente, em 2008, tem-se a institucionalização de 116 ZEIS no PDDU/2008 (ARAÚJO e TEIXEIRA, 2015, p. 2-3).

Pontuados os avanços das legislações, é de se considerar que a instituição das ZEIS prescinde de um longo caminho a ser percorrido com o fim na concretização do direito social à moradia, sendo de extrema importância o reconhecimento das diferenças entre as certas áreas da cidade. Entretanto, no cenário atual ainda não restou instituída regulação urbana específica ou um processo de urbanização que contribuísse de forma significativa para inclusão das ocupações informais no cenário da cidade formal e para a garantia do direito à cidade por meio da instituição da ZEIS.

Importa ressaltar que a titulação individual em massa pode resultar apenas numa aparente segurança individual sem, contudo, garantir a permanência da população originária nem melhoria ao ambiente construído. O tratamento da questão da

regularização fundiária através de políticas setoriais isoladas é ineficaz, devendo estas, em verdade, serem inseridas em um processo de planejamento que tenha como pressupostos atender à coletividade, à melhoria do ambiente de moradia e à sua inserção na cidade.

### **3. MORADIA COMO FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA**

#### **3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA**

A Constituição Federal internalizou a proteção dos Direitos Humanos, criando um sistema regional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais. De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Capítulo II Dos Direitos Sociais está inserido no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, facilitando a compreensão de que os Direitos Sociais do art. 6º da Carta Magna possuem natureza de Direitos Fundamentais.

Os direitos sociais são auto-aplicáveis, na medida em que fazem parte daqueles direitos necessários para a garantia de uma vida digna, isto é, de uma vida com qualidade, em que se busque o bem-estar social. Para esses direitos, o caráter fundamental está no primado da sociedade sobre o Estado e o indivíduo, o que reveste sua característica social, tornando-os pressuposto para o combate à exclusão e desigualdades sociais, à pobreza e marginalização, sendo imprescindíveis para a efetivação do princípio da dignidade humana, estabelecido como um dos fundamentos da República, conforme art. 1º, III da CF/88.

Apesar de ter o direito fundamental à moradia sido incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pela EC nº 26, no ano de 2000, já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos constitucionais, quando, por exemplo, dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico em seu art. 24, inc. IX, ou quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional dos institutos relativos à usucapião especial urbana e rural, arts. 183 e 191, respectivamente, ambos condicionando a declaração de domínio à utilização do imóvel

para moradia, apontam para a previsão, ao menos implícita, de um direito fundamental à moradia.

Importante salientar que, mesmo em não havendo disposições normativas específicas tratando sobre a moradia, o reconhecimento desse direito ainda assim impor-se-ia inexoravelmente, pois se relaciona de forma direta com o princípio da dignidade humana, conforme leciona SARLET (2009/2010b, p. 12):

...sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial. Neste contexto, vale sempre lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.

O direito à moradia é complexo e ultrapassa o simplório direito de possuir um imóvel próprio (direito de propriedade e direito à propriedade), embora este seja um complemento indispensável para a efetivação desse direito. Em verdade, entrelaça-se diretamente com o conceito de qualidade de vida, estando vinculado, igualmente, ao atendimento de condições adequadas de higiene, conforto e preservação da intimidade pessoal e a privacidade familiar. Dentro disto, indivíduo algum pode ser privado do direito à moradia, cabendo ao Estado promover tanto a defesa desse direito quanto a sua garantia e efetivação.

Para FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 52-53), na busca de concretizar o direito fundamental à moradia, em caso de tensão entre a posse e a propriedade, deve-se privilegiar situação fática que esteja em consonância com o princípio da função social da propriedade, de forma a se priorizar a efetivação do princípio da dignidade humana, *in verbis*:

Quando houver divergência entre os anseios do proprietário que deseja a posse, mas nunca lhe deu a função social, e, de outro lado, o possuidor que mantém ingerência econômica sobre o bem, concedendo função social à posse, será necessário priorizar a interpretação que mais sentidos possa conferir à dignidade da pessoa humana. Optar cegamente pela defesa da situação proprietária, em detrimento da situação do possuidor, implica na validação do abuso do direito de propriedade como negação de sua própria função social, importando mesmo ratificação de ato ilícito, na dicção do art. 187 do Código Civil. (...)

Daí a necessidade de alcançarmos a posse como um fato social indissociado de uma função própria e autônoma ao direito de propriedade. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva, ao propiciar o direito fundamental social de moradia (art. 6º da CF). (...)

O direito à moradia traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Atua com eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais. É muito mais do que simplesmente o “direito à casa própria”, pois, como direito fundamental de segunda geração (ou dimensão), envolve a necessidade do Estado de cumprir obrigações de fazer, centrada na prática de políticas públicas capazes de garantir um abrigo adequado, decente e apropriado a quem necessita de um mínimo vital.

A noção de mínimo existencial está intimamente ligada à concepção de dignidade humana, porque se estabelece um diálogo de complementação entre esses dois conceitos, já que sem o mínimo existencial, não é possível se efetivar a dignidade humana. Salienta ASSIS (2000, p. 180):

O direito de cada indivíduo de viver em condições favoráveis à dignidade humana está expresso no texto constitucional, prevalecendo sobre outros princípios inseridos no ordenamento, inclusive o do direito de propriedade.

É a matriz, juntamente com o direito à isonomia, de todos os direitos fundamentais do ser humano. Não se pode conceber o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à família, à justiça, à paz, senão com o efetivo respeito ao direito à dignidade.

Estes outros direitos requerem um mínimo de meios de subsistência, dentre os quais o direito à moradia, incumbindo ao poder público implementar as medidas necessárias para a sua efetivação.

Destaque-se que a dignidade humana é inspiração do fenômeno jurídico chamado de repersonalização do Direito Civil e como resultado dos novos estudos dos movimentos jurídicos em defesa do existencialismo, decorrente da referida “despatrimonialização” ou “constitucionalização” do direito privado, pelejando FACHIN (2001, p. 287)<sup>21</sup> em

---

<sup>21</sup> Luiz Edson Fachin defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna, do qual, em hipótese alguma, pode ser tomada, e cuja proteção está acima do interesse dos credores. A tese tem por

favor de um “patrimônio mínimo” da pessoa, o que promove a conexão com princípio da dignidade humana. A defesa do patrimônio mínimo se trata de subprincípio que informa a necessidade de se não assegurar um patamar patrimonial que propicie um livre desenvolvimento de capacidades individuais, para além de apenas se assegurar um mínimo existencial, o que poderia se confundir com uma espécie de “caridade pública”, ela própria, não raro, atentatória a dignidade.

Por meio deste mandamento constitucional, qual seja a garantia dos direitos fundamentais, o Estado deve proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos, através da implementação de políticas públicas viáveis e eficazes para a redução das desigualdades sociais. A partir da materialização dos direitos sociais, privilegia-se a igualdade e a liberdade material por meio da garantia de uma existência com dignidade (SARLET, 2004a, p. 90).

A moderna conceituação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro se apresenta sob uma perspectiva essencialmente social. A noção de propriedade passa a ter como fundamento o estatuto jurídico do Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição Social e, desta forma, a ser orientada pelos princípios constitucionais da dignidade humana, solidariedade social, da igualdade e da função social da propriedade. Princípios estes que ocupam o topo da pirâmide normativa e dão sustentáculo aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988.

Quanto à revisão do tratamento dado à propriedade pelo ordenamento jurídico brasileiro assevera CARDOSO P. (2010, p. 100) que:

A ampliação da esfera pública de forma a contemplar as relações complexas entre Direito, política e urbanização implica em novas estratégias de gestão pública que combinem representação política e participação direta no processo político, o reconhecimento dos direitos coletivos e do caráter coletivo das formas de organização social, além da ampliação do acesso ao Poder Judiciário para o reconhecimento e defesa dos direitos coletivos em matérias urbanísticas e ambientais.

---

fundamento o princípio da dignidade humana e uma hermenêutica crítica e construtiva da codificação civil. Tem por finalidade, assim, demonstrar a legitimidade da garantia do próprio patrimônio mínimo resultante da intervenção estatal na autonomia privada do indivíduo com a finalidade a um fim maior, qual seja, a proteção à dignidade humana.

Ao rever o tratamento jurídico da propriedade no Brasil, observa-se que a impessoalização e despatrimonialização do poder, permitindo divisar o patrimônio público do privado, o espaço da política, tomado como público, ainda são tarefas inacabadas. A apropriação do público por interesses privatistas deve ser coibida, assim como, a “publicização” a partir do interesse da coletividade deva ser perseguida.

A compreensão da propriedade pública como “patrimônio da todos” deve ser fortalecida frente à colonização do Estado e da propriedade pública por interesses contrários a utilidades, em favor da coletividade que nada tem a ver com a erradicação da pobreza e desigualdades sociais e regionais.

Ainda que não seja prevista de maneira expressa em normas positivadas, a função social da posse apresenta fundamento no próprio sistema constitucional, sendo ela imposta pela própria função social da propriedade. A função social da posse confere concretude ao princípio da dignidade humana, pilar do ordenamento jurídico que visa privilegiar situações existenciais em detrimento das de cunho meramente patrimonial.

Como já oportunamente mencionado, tendo sido o capítulo da Constituição Federal de 1988 que versa sobre a política urbana regulamentado pelo Estatuto da Cidade, marco legal que reafirmou o Direito Urbanístico como ramo autônomo do Direito Público, este, como marco conceitual, constitui novo paradigma gestão urbana e propriedade imobiliária, de forma a se deslocar do âmbito do Direito Administrativo e do Direito Civil para uma efetiva materialização do direito coletivo ao planejamento das cidades.

Esse deslocamento traz a exigência de se compreender que o princípio da função social da propriedade não pode ser reduzido a meras restrições administrativas externas ao exercício do direito de propriedade, haja vista que o princípio constitucional é essencial para a própria caracterização e conformação do direito de propriedade, pois o qualifica nas formas de uso, gozo e disposição dos bens imobiliários, de forma que tal direito deixe de ter conteúdo econômico predeterminado e passe a apresentar conteúdo econômico a ser determinado interesses sociais, ambientais e culturais quanto á utilização de solo e dos bens imobiliários.

Dentro disso, há de se reconhecer a fundamental importância do Estatuto da Cidade no que diz respeito aos instrumentos jurídicos reconhecidos para a promoção de

programas de regularização fundiária dos assentamentos informais pelos municípios, dentro de uma proposta mais ampla de que cabe às políticas públicas municipais promover a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia (MATTOS, 2002, p. 47).

Conforme DIAS (2005, p.227), a partir da nova concepção de propriedade, não só a propriedade privada sofre uma ressignificação, mas também, a propriedade pública:

As limitações impostas à propriedade determinam os ideais de sociabilidade e funcionalidade dos bens particulares e públicos, por traçarem as metas de configuração do próprio direito de propriedade. O que faz notar que a propriedade se caracteriza, na atualidade, não mais pelo seu liame de titularidade, mas sim por sua destinação-funcionalização.

Há que se diferenciar a função social que deve ter a propriedade (que compõe e se agrega ao próprio direito) do sistema de limitação da propriedade, pois este ataca o exercício do direito, enquanto aquele, ao contrário, 'se manifesta na própria configuração do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens'. A função social, desta maneira, determina a configuração do direito de propriedade, definindo sua escoreta caracterização e as falhas de sua estruturação. Uma tal estrutura funcional tem seu anteparo na busca da justiça social, que nos remete à definição de bem comum, pois, em última análise, são estas 'expressões sinônimas, significando tanto intersubjetividade como intercomunicabilidade...

Partindo da concepção de que os bens públicos são por natureza vocacionados ao atendimento das necessidades da sociedade e da coletividade, questiona-se sobre se a natureza jurídica dos bens públicos conferiria a estes características compatíveis à aplicação da função social. Imprescindível, assim, inicialmente, a reflexão quanto à referida natureza jurídica dos bens públicos.

Em sentido amplo, os bens públicos podem ser conceituados com sendo todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais. CARVALHO FILHO (2002, p. 863) discorre sobre os bens públicos os definindo como sendo:



...todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas de direito público, sejam elas federativas como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias e as fundações de direito público.

O art. 99 do Código Civil de 2002 classifica os bens públicos em bens de uso comum de uso do povo, bens de uso especial e bens dominicais, dispondo este:

**Art. 99.** São bens públicos:

**I** - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

**II** - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

**III** - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Os bens de uso comum do povo são aqueles que têm sua destinação relacionada à utilização geral pelos indivíduos. Podem ser federais, estaduais e municipais. O sentido técnico de propriedade não se configura nessa categoria de bens, pois prevalece a destinação pública no sentido de seu uso efetivo pelos membros da coletividade. Ao Poder Público cabe regulamentar essa utilização.

São conhecidos como bens de uso especial os que objetivam a execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. Constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Desta forma, seu uso cabe primordialmente ao Poder Público, podendo os indivíduos utilizá-los quando necessário, em situações específicas, estando presentes nas repartições estatais.

Entende-se por bens dominiais os que não são nem de uso comum do povo e nem de uso especial. São eles as terras sem destinação pública específica, os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa.

Tal classificação é feita usando-se o critério de avaliação destinação ou afetação dos bens. Entretanto, classificando-se os bens públicos de acordo com seu aspecto jurídico, existem apenas duas modalidades, quais sejam: os de domínio público do estado, os quais abrangem os de uso comum do povo e os de uso especial; e os de domínio privado do Estado, abrangendo somente os bens dominicais.

É pertinente atentar para o fato de que tal tema, no direito estrangeiro, é tratado em capítulos apartados, dos bens do domínio público e dos bens do domínio privado, o que ocorre pela diversidade de regimes jurídicos que os caracteriza. Preocupação esta que não é sempre levada em consideração no direito brasileiro. Vários institutos são tratados com equivalência para várias modalidades, quando são, em verdade, estritamente diferentes, principalmente quando se trata da transferência de uso de bens públicos a particulares (DI PIETRO, 2002, p. 541).

Os bens públicos também podem ser classificados de acordo com sua natureza, sendo ela patrimonial ou não. Consta no Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, aprovado pelo Decreto nº 15.783 a distinção entre os bens patrimoniais indisponíveis, os quais seriam os de uso comum do povo e os de uso especial, e os patrimoniais disponíveis, que seriam os bens dominiais.

De acordo com CRETELLA JÚNIOR (*apud* DI PIETRO, 2002, p. 543), os bens de domínio público do Estado são “o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer a uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico do direito público derogatório e exorbitante do direito comum”.

Constituem, assim, bens de domínio público os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Em razão de sua destinação a fins públicos, estão eles fora do comércio de direito jurídico privado. São caracterizados por sua inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração. Já os bens dominiais, por não serem afetados a uma destinação de interesse geral, estão dentro do comércio jurídico privado, comportando função patrimonial ou financeira e estando submetidos a um regime jurídico de direito privado.

MACIEL e ALMEIDA (2009, p. 12) discorrem sobre a inalienabilidade dos bens públicos, salientando eles que:

... mediante as normas expressas no Código Civil vigente, todos os bens da União são inalienáveis a princípio, em razão de lei, quando houver sua afetação a fins públicos, caso diversamente duvidável é o dos não afetados. Chama-se à atenção, no entanto, que nos termos do seu art. 101 poder-se-ia dar o entendimento de que possíveis exceções se encontrariam nos bens dominicais, se seus preceitos pudessem se arvorar nos dos arrolados no art. 189 da Constituição Federal: distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária. Duvidosa posição por conta do subsequente art. 102 do mesmo código, de taxativa proibição à usucapião de bens públicos.

A doutrina diverge quanto à aplicação da norma da função social da propriedade quando se trata de bens imóveis de titularidade pública. A corrente que entende pela inaplicabilidade da função social à propriedade pública, negando-lhe, assim eficácia, toma por fundamento os fins próprios dos referidos bens, sustentando que os bens públicos já estariam voltados a atender à coletividade por sua própria natureza, não havendo em se falar em função social desses bens. Asseveram que a função social do modo como está cunhada na Constituição aplicar-se-ia tão somente aos bens privados.

A vertente contrária, concebe ser possível a aplicação da função social à propriedade de titularidade pública, mesmo que não de maneira irrestrita e para todo e qualquer caso, pois o fato do poder público afetar seus bens a fins ligados ao interesse coletivo o exime da aplicação da função social da propriedade. Poderiam ser submetidos à função social inclusive os bens públicos de uso especial e de uso comum do povo, pertencentes à categoria do domínio público do Estado, afetados ao uso da administração e ao uso coletivo, com fim na maior aplicabilidade possível aos direitos fundamentais, caso não haja prejuízo para a afetação a que se destinam primordialmente.

Especificamente aos bens dominicais, pertencentes ao domínio privado do Estado, em decorrência das suas características peculiares, cristalina a possibilidade de aplicação da função social da propriedade, haja vista que a proximidade que os bens dominiais têm com o regime dispensado aos bens particulares, por não possuírem afetação, incidindo, assim, a função social sobre estes de forma semelhante ao que ocorre aos bens particulares.

O posicionamento que melhor se amolda à questão da aplicabilidade da função social à propriedade imóvel de titularidade pública é indicado pelas escolhas feitas pelo Estado Democrático Brasileiro, consubstanciadas na Constituição Federal de 1988, ao passo em que, na medida do possível, para os bens de uso especial e de uso comum, devido à sua afetação e na maior medida possível aos bens dominicais. Tem-se, assim, que a eficácia da função social em relação às propriedades públicas resta patente, pois, por se tratar de norma de direito fundamental inserta no art. 5º da Carta Magna, deve ser aplicada na maior amplitude possível, inclusive quando se tratar de bens públicos (FREITAS FILHO e PEREIRA, 2016, p. 54-55).

Desta forma, independentemente das categorias jurídicas dos bens públicos, o que se deve fitar é o exame de quais são as utilidades empregadas aos imóveis públicos pela sociedade, inclusive àquelas consolidadas à margem da atuação estatal, como o caso do uso de imóveis públicos para fins de moradia por quem não possui outro lugar para morar, haja vista ter a Constituição de 1988 proposto os fundamentos básicos para a criação de uma ampla esfera pública que não seja reduzida à ação estatal.

Essa ampliação da esfera pública passa a abarcar relações complexas entre direito, política e urbanização, o que implica na proposição de novas estratégias de gestão pública, passíveis de conjugar representação política e participação direta no processo político ao reconhecimento dos direitos coletivos e do caráter coletivo das formas de organização social, levando-se em consideração, ainda, a ampliação do acesso ao Poder Judiciário no que tange às demandas em defesa de direitos coletivos na seara urbanística e ambiental.

A despessoalização e despatrimonialização do poder, que permite a distinção o patrimônio público do privado ainda precisa continuar a perpetuar seus efeitos, haja vista que a apropriação do público por interesses privados deve ser coibida, da mesma forma que a “publicização” a partir do interesse da coletividade deve ser perseguida. A percepção da propriedade pública como “patrimônio de todos” precisa ser fortalecida

frente à submissão do Estado e da propriedade pública aos interesses em favor da coletividade.

A regularização fundiária disposta como diretriz geral da política de desenvolvimento urbano incita a da legislação urbana e da ação urbanística promovida pelo Estado por ampliar o acesso à terra urbana pelos grupos mais vulneráveis da sociedade. Em decorrência da omissão do Estado, a moradia produzida socialmente passou a ser protegida, inaugurando uma nova ordem jurídico-urbanística democrática, o qual implica na revisão das políticas públicas, do planejamento e da forma de gestão das cidades. É preciso repensar a propriedade pública, sendo necessário para tanto a revisão das noções tradicionais de “serviço público”, “administração pública”, “interesse público” e, ainda, a dicotomia entre interesse público e interesse privado, conforme proposto por SARMENTO (2007, p. 23-116).

O princípio da função social da propriedade é norteador quando se trata de propriedade urbana, sendo condição tanto para o exercício da propriedade urbana privada quanto para a pública, haja vista que os bens do Estado devem atender aos objetivos fundamentais da República, o que obriga ao Estado, além dos particulares, à observância do referido princípio constitucional. Neste sentido, propriedade pública tem uma função social, sendo necessária a compatibilização entre interesse público e interesse social para a efetivação da função social da propriedade, haja vista que a propriedade pública é, por definição, voltado ao interesse público e deve intentar se voltar ao interesse. Somente a partir da verificação da conformidade entre esses dois interesses que é que se reconhece a função social da propriedade pública (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005, p. 112)

Do conflito entre diferentes interesses públicos (sociais, econômicos, ambientais e culturais) surgem os desafios à implementação das políticas públicas, majoritariamente setoriais, que, por não serem integradas, potencializam o risco de que conflitos entre interesses públicos exasperarem problemas sociais. Dentre os interesses públicos se

destacam os interesses sociais, privilegiados pelo texto constitucional, elucidando os autores supramencionados que:

O controle de conformidade entre o *público* e o *social* torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, também a propriedade pública, estatal, deve cumprir sua função social, sendo empregada não apenas no atendimento do interesse do Poder Público, mas no atendimento dos interesses sociais privilegiados pelo texto constitucional. Sob este aspecto, contudo, a experiência jurisprudencial não revela a necessária vigilância. A função social vem correntemente invocada como forma de legitimar a atuação restritiva da Administração Pública sobre a propriedade privada, mas não é normalmente invocada como forma de controle do exercício que a própria Administração Pública faz da sua propriedade. (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005, p. 112)

A natureza da propriedade pública por si só não garante o cumprimento da função social, que está vinculada à finalidade da utilização dos imóveis públicos, dispendo FORTINI (2004, não paginado) que:

A Constituição da República não isenta os bens públicos do dever de cumprir função social. Portanto, qualquer interpretação que se distancie do propósito da norma constitucional não encontra guarida. Não bastasse a clareza do texto constitucional, seria insustentável conceber que apenas os bens privados devam se dedicar ao interesse social, desonerando-se os bens públicos de tal mister. Aos bens públicos, com maior razão de ser, impõe-se o dever inexorável de atender à função social.

Em verdade, a propriedade pública dissociada de uma função social se apresenta destituída de fundamento constitucional e, conseqüentemente, de legitimidade. A função social da propriedade pública coloca esses bens à serviço dos direitos sociais, a exemplo do direito à moradia, não se tratando de desvio de finalidade a utilização dos bens públicos para privilegiar interesses particulares quando da afetação desses bens aos interesses da coletividade.

Avança CARDOSO P. (2017, p. 104) na discussão ao propor que:

É fundamental distinguir a utilização dos imóveis públicos de forma gratuita para a garantia de direitos fundamentais (direito à moradia, à cidade, à identidade e à dignidade) de situações em que há a

discricionariade do poder públicos outorgar ou não o uso de imóveis públicos mediante contrapartida onerosa.

Neste cenário, é que a utilização dos imóveis públicos pela coletividade como forma de efetivar interesse geral (no qual se inclui o uso privativo por particular quando este concretiza um interesse social) deve ser reconhecida, promovida e fomentada no âmbito das políticas públicas, ao mesmo tempo em que, os privilégios e crimes contra o patrimônio público devem ser coibidos, como a apropriação indevida das terras públicas com fins especulativos e a grilagem de terras (enriquecimento ilícito mediante a venda fraudulenta do patrimônio público).

A resolução da problemática que envolve o direito à moradia e a ocupação em terras de titularidade pública fica sob a responsabilidade maior do Poder Executivo, sendo que as soluções jurídicas apresentadas pelos entes estatais para a questão específica da falta de acesso à moradia são, de regra, precárias, temporárias ou demandam ação estatal dependente da discricionariade política.

A gestão do exercício da propriedade do bem público engloba tanto a sua utilização quanto a sua eventual não utilização. Tem-se, assim, que o princípio constitucional da função socioambiental da propriedade pública se apresenta como marco definidor de um novo paradigma da gestão das terras públicas, que impulsiona a ressignificação das noções tradicionais do Direito Administrativo em relação ao patrimônio público, de que maneira que sejam aplicados instrumentos de gestão democrática urbano ambiental da propriedade e da cidade previstos no Estatuto da Cidade, com a manutenção do domínio público sempre que houver interesse público que justifique.

O que se nota, entretanto, é que a garantia do direito à moradia por intermédio da posse, em especial nas áreas mais empobrecidas, fica à mercê de um complexo processo de legalização das ocupações dependente de decisão política que demanda ações positivas da administração pública. Em razão das reiteradas omissões, se não ações em prol do capital especulativo, o Estado incorre em procrastinação do problema, sem que se assegure o direito à moradia

### 3.2 O DOGMA DA IMPRESCRITIBILIDADE DO BEM PÚBLICO: A USUCAPIÃO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA DE BENS PÚBLICOS COMO PROPOSTA DE INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A vedação à prescrição aquisitiva de bens públicos, teoricamente, é inerente à sua natureza. Sob essa fundamentação, a Constituição Federal do Brasil dispõe em seu artigo 183, § 3º que: “*Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião*”. A primeira vez em que a usucapião foi expressamente proibida foi no Decreto nº 22.785, de 1933, seguindo-se por norma semelhante disposta no Decreto nº 710 de 1938 e, posteriormente, pelo Decreto-lei nº 9.760 de 1946. Em 1963 o Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 340 consagrou o entendimento de que “*desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*”.

Apesar disso, havia exceções, como foi o caso da usucapião *pro labore*, prevista nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. É possível concluir, e imprescindível salientar, que o entendimento sobre a impossibilidade de aplicação da usucapião a bens públicos foi formulado antes da vigência da Constituição de 1988. A concepção foi engessada, não sendo adaptada à evolução das relações sociais e não estando, principalmente, de acordo a função social da propriedade, princípio este elevado à categoria de fundamental pela Constituição Cidadã. A imprescritibilidade dos bens imóveis públicos se apresenta a partir de então como um dogma, como ponto fundamental da doutrina, certo e indiscutível.

Observe-se que o legislador utiliza critério formal para distinguir o bem público do bem particular, posto que o Código Civil de 2002, em seu art. 98, atribuiu a condição de bens públicos aos que compõe o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, definindo que os bens formadores do arcabouço patrimonial das pessoas jurídicas de direito privado não são merecedores do título.



Esse critério de distinção imposto pelo legislador, não se apresenta em consonância com a realidade político-social de um Estado Democrático de Direito, pois valoriza rótulos e promove divisão hermética entre as categorias de bens a partir do regime jurídico a que se submetem as pessoas jurídicas da Administração Pública, sem contemplar a realidade. Em verdade, homenageiam-se indistintamente os bens das pessoas jurídicas de direito público, independentemente de estarem dedicados ou não para o alcance do interesse público<sup>22</sup> (FORTINI, 2004, não paginado).

Frente a isto, apesar da doutrina e da jurisprudência majoritárias tenderem ao entendimento de que todos os bens públicos são imprescritíveis<sup>23</sup>, ou seja, não podem ser adquiridos por usucapião, doutrina minoritária, vê distinção entre os bens públicos. Para esta, os bens públicos se distinguem em material e formalmente públicos, sendo que os primeiros são aqueles que possuem destinação público-social específica e os últimos podem até possuir destinação, mas podem estar a descumpri-la, situação em que passariam a ser usucapíveis, em respeito ao princípio da função social da propriedade (COUTINHO, 2009, p. 2).

Essa diferenciação, que busca validar a conformação do bem através de sua titularidade, também é defendida por Celso Ribeiro Bastos (BASTOS *apud* DIAS, 2005, p. 231-232), *in verbis*:

Os bens públicos são aqueles que pertencem ao domínio das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, nem todos esses bens estão sujeitos a um regime também de direito público. Pertencem ao domínio

---

<sup>22</sup> FORTINI (2007, não paginado) ainda exemplifica: Há bens que, embora integrem a estrutura patrimonial de autarquias (por exemplo), não guardam qualquer relação com o serviço público por elas oferecido. A geladeira que guarnece a sala de determinado dirigente de autarquia não pode ser considerada bem público (salvo pelo critério formal) por inexistir qualquer relação entre esta e a atividade fim desempenhada pela autarquia. A ausência de geladeira poderá trazer desconforto, mas jamais impedirá a prestação da atividade pública, razão pela qual não se lhe pode atribuir o tratamento que recairá sobre bens sem os quais é inviável o desenvolvimento da atividade estatal”.

<sup>23</sup> A exemplo do entendimento jurisprudencial consolidado quanto à imprescritibilidade de bem imóvel público, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (COUTINHO, 2009, p. 5): CIVIL – USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO – PROVA PERICIAL – BEM PÚBLICO PERTENCENTE AO ESTADO DE MINAS GERAIS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – EXTINÇÃO MANTIDA. Sendo o BEM objeto da pretensão integrante do patrimônio PÚBLICO, o pedido de declaração de USUCAPIÃO é juricamente impossível. (TJMG – Número do processo: 1.0024.98.018620-9/001(1) – Relator: MAURÍCIO BARROS – Data do Julgamento:08/07/2008 – Data da Publicação: 25/07/2008)

público sem que, contudo, se sujeitem às regras jurídicas a que estão normalmente submetidos os bens públicos na plena acepção da palavra. Estes são públicos pela destinação e não somente pela titularidade.

Para CHAVES e ROSENVALD (2010, p. 279-280), partindo-se de uma análise civil-constitucional, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos seria equivocada, constituindo ofensa ao valor da função social da posse e ao princípio da proporcionalidade. Também para estes autores, os bens públicos se dividem em materialmente públicos, que seriam os registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, mas excluídos de qualquer forma de ocupação, e formalmente públicos, aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, pois dotados de função social<sup>24</sup>. A partir da classificação dos bens públicos conforme sua destinação e atendimento à função social, poderiam os bens formalmente públicos ser passíveis de usucapião, satisfeitos os demais requisitos, sendo obstada a usucapião somente sobre os bens materialmente públicos, pois, enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Ao Estado Democrático de Direito não é permitido se furtar do respeito às próprias normas. Da própria denominação do “bem público” se extrai a necessária consonância ao princípio da função social da propriedade. A problemática é, em verdade, prática, pois vários dos ditos bens públicos não possuem afetação, estando, desta forma, em descumprimento com a função social da propriedade. Esse descumprimento, assim, como no caso dos bens privados, pois o conceito de propriedade é único, gera a possibilidade de aquisição do bem por usucapião.

Sobre a possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos, leciona FORTINI (2004, não paginado):

A Constituição da República, ao afastar a possibilidade de usucapião de bens públicos, pretendeu acautelar os bens materialmente públicos, ou

---

<sup>24</sup> Os autores observam que, apesar da peculiaridade a que se deveria atentar quanto à destinação dos bens públicos, a Constituição Federal se absteve “de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto.” A assertiva quanto à aplicabilidade da usucapião sobre bens públicos é lançada pelos autores, mas a proposta não é desenvolvida com profundidade no manual referenciado.

seja, aqueles que, pela função a que se destinam, exijam proteção, sob pena de sacrificar o interesse público.

Interpretação diversa se distancia da correta exegese da Constituição da República porque implica a mitigação da exigência constitucional de que a propriedade pública e a privada cumpram função social.

Logo, presentes os pressupostos ensejadores do pedido de reconhecimento de prescrição aquisitiva, obstáculo não pode haver para que a usucapião seja reconhecida mesmo que os bens alcançados sejam de titularidade das entidades da Administração Pública.

A impossibilidade jurídica de se usucapir bens públicos é reflexo da imposição da inalienabilidade, com fito em se evitar a sua destinação a interesses exclusivamente privados ou desvio de poder em desprestígio do interesse social. Contudo, deve ser repensada a relativização desta impossibilidade de se usucapir bens públicos frente ao processo de mudança socioeconômica que ocorre por contada do estabelecimento de um novo paradigma civil-constitucional da República Democrática de Direito, a qual tem por finalidade o interesse social para todos seus integrantes (MACIEL e ALMEIDA, p. 14)<sup>25</sup>.

Salienta, ainda, DIAS (2005, p. 228) que o título de propriedade não deve ser privilegiado frente a direitos e garantias contemplados constitucionalmente:

(...) Deve a propriedade, antes de estabelecer título, *status* ou poder, caracterizar-se como instrumento de felicidade e bem-estar social, alcançando, deste modo, seu lugar no alpendre constitucional. Determinando-se como fator de realizabilidade e racionalidade de uma coletividade, ficando seu relevo e utilidade social como parâmetros de caracterização e especificação dos direitos e garantias que a venham cercar, tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional. Nesse sentido, com a vertente social do Código Civil de 2002, caracterizada pelo vetor basal da sociabilidade, erigida em princípio ou base teórica, corroborada restou a opinião de que não se é proprietário pelo mero registro ou no registro, mas sim mediante a aceitação de um *munus*, um dever de ser útil ao meio, de não relegar sua propriedade do ócil patrimonial, deitando-lhe aos pícios sociais, humano-solidários.

---

<sup>25</sup> Complementam, ainda, os autores (MACIEL e ALMEIDA, p. 14) :”Os bens públicos dominicais que se encontram sob contratos de enfiteuse, devido à diferenciação quanto a esta natureza, de direito real sobre coisa alheia pública e o de direito dominial de titularidade proprietária, pública, pertencente a todos e a nenhum em particular, tornariam assim a exploração de seu domínio útil como condicionante jurídico-constitucional de tal viabilidade, embora dissente doutrina quanto à impossibilidade da prescrição aquisitiva, razão dada por sua natureza, frizada. A matéria pode gerar esforços controversos se trouxer comparação entre o fato já normal das prescrições aquisitivas sobre tais enfiteuses e o talvez possível fato de prescrição aquisitiva sobre os próprios bens gravados.”

E para além disso, o interesse público não deve se sobrepujar sobre o interesse particular quando este último está interligado à concretização de direitos fundamentais. Conforme disposto por SARMENTO (2007, p. 50), o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não constitui critério adequado para solver conflitos advindos de colisões desses interesses. Isto porque, o referido princípio é fruto de uma concepção autoritária do Direito Administrativo, empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade. O princípio em pauta vem, assim, tendo questionada sua existência, com fito em sua reformulação, de forma que se torne mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito.

Perfilhando com esse entendimento, dispõem FARIAS e ROSENVALD (2013, p. 75):

(...) a aplicação concreta dos direitos fundamentais é pedra de toque não apenas das relações privadas, mas, necessariamente e por coerência lógica, a toda e qualquer situação jurídica. Com isso, é fácil inferir a impossibilidade de invocar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado quando implicar na negativa ou afastamento de direitos fundamentais. Afasta-se, inclusive, a tese consagrada pela expressão reserva do possível (que pretendia assegurar ao Poder Público a possibilidade de negar efetividade a direitos e garantias individuais e sociais sob a alegação de falta de verbas públicas). Com essa inspiração, DANIEL SARMENTO chega mesmo a afirmar que na atual fase do constitucionalismo democrático, consagrado pela Carta de 1988, o cidadão 'não é súdito do Estado', mas 'partícipe de formação da vontade coletiva' e 'titular de uma esfera de direitos invioláveis' (aqui, os direitos fundamentais). Enfim, o cidadão é 'sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos'. Sobreleva, assim, afastar a assertiva clássica de que o interesse público sobrepujaria, sempre, o interesse privado. Não é razoável, efetivamente, permitir que o interesse estatal implique em sacrifícios de direitos e garantias fundamentais, impondo-se, dessa maneira, uma readequação dos limites da supremacia do interesse público (estatal) sobre o privado. É que a fundamentalidade dos direitos e garantias individuais vincula não apenas as relações privadas, mas o tecido normativo infraconstitucional como um todo, alcançando, até mesmo, as relações com o Poder Público, sob pena de violação frontal à proporcionalidade.

Elidindo a possibilidade da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, nos moldes em que ainda se apresenta ainda hoje, tem-se que a técnica a ser utilizada para a resolução de conflito entre os valores constitucionais apresentado neste trabalho, qual seja o choque entre o princípio da função social da propriedade, que está entrelaçado à concretização do direito fundamental à moradia e à dignidade humana, e a vedação constitucional da usucapião de bem público, seria a ponderação de interesses<sup>26</sup>.

Sobre a colisão entre princípios e, conseqüentemente, sobre a técnica de sopesamento dispõe ALEXY (2015, p. 93-94) que se dois princípios colidem, um deles terá que “ceder”, o que não importa na sua declaração de invalidade nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, mas que um princípio tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Desta forma, no caso concreto, diferentes princípios teriam diferentes pesos e o princípio com maior peso apresenta precedência.

Essa técnica é utilizada para dirimir tensões estabelecidas em razão do entrelaçamento de diferentes valores constitucionais em casos concretos. Por meio desta, há uma preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, sendo que as variáveis fáticas constantes no problema enfrentado são importantes para a atribuição do “peso” específico a cada valor constitucional em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação. Em suma, “a ponderação dos interesses é técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana”. (CHAVES e ROSENVALD, 2013, p. 85-89).

O princípio da proporcionalidade é o instrumento através do qual se operacionaliza o método da ponderação de interesses. O sopesamento dos interesses em disputa deve

---

<sup>26</sup> Humberto Ávila concebe que as normas-regra podem ser sopesadas, por não se a ponderação método privativo de aplicação dos princípios, podendo estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática – caso das regras (GOMIERO, 2005).

ser procedido mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A partir disto, o julgador deve buscar o equilíbrio entre os normas constitucionais conflituosas, observando se a restrição a cada uma delas é idônea para garantir a sobrevivência da outra norma; se tal restrição está sendo a menor possível para a proteção do interesse antagônico e, por fim, se o benefício logrado com a restrição a um interesse compensa o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto<sup>27</sup>.

Na colisão a vedação da usucapião sobre imóveis públicos disposta no art. 183, § 3º, da CF e o princípio da função social da propriedade, tendo como plano de fundo a concretização do direito fundamental à moradia e da dignidade da humana quando da usucapião especial para fins de moradia, resta evidente a primazia deste último. Isto porque a norma-princípio confere maior concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade humana (CF, art. 1º, III) quando em conflito com a norma-regra de proibição regulatória dos bens públicos.

A constitucionalização, apesar de repercutir sobre os diferentes poderes estatais, constitui obra precípua da jurisdição constitucional, podendo ser no Brasil exercida difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal, realizando concretamente a supremacia formal e axiológica da Constituição por meio da aplicação de diferentes técnicas e possibilidades interpretativas (BARROSO, 2005, p. 28).

Dentro de uma conjuntura de fatores que envolve não só a constitucionalização do direito, mas o aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário, verifica-se no Brasil expressiva judicialização de questões políticas e sociais, com especial destaque para as políticas urbanas, passando-se a se buscar nos tribunais

---

<sup>27</sup> LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11242&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

instância decisória final para o deslinde de conflitos, em evidente politização da justiça<sup>28</sup>.

De maneira ilustrativa, cabe fazer referência a julgado que, divergindo da jurisprudência majoritária, que entende pela impossibilidade da usucapião sobre bens públicos, decidiu por manter sentença que reconheceu domínio de particulares em demanda que litigavam contra o Município (TJMG *apud* COUTINHO, 2009, p. 5), tendo os julgadores levado em consideração a finalidade pública com critério de classificação do bem como público, vejamos:

AÇÃO DE USUCAPIÃO. CONTESTAÇÃO PELO MUNICÍPIO. APONTAMENTO DE ÁREA UTILIZADA, EM TEMPOS ANTIGOS, COMO VIA DE TRÂNSITO, ATUALMENTE DESATIVADA. LOTEAMENTO CONSTITUÍDO SOBRE O LOCAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO EM NOME DO MUNICÍPIO. FINALIDADE PÚBLICA NÃO COMPROVADA. DOMÍNIO PÚBLICO INEXISTENTE. POSSE 'AD USUCAPIONEM' FARTAMENTE DEMONSTRADA. Inexistindo comprovação efetiva de que a via de trânsito integrou o domínio público, não há cogitar da aplicação do artigo 183, §3º, da Carta Maior. Loteamento registrado sobre a área antigamente ocupada pela via, sem qualquer oposição da municipalidade. Ausência de registro em nome da pessoa jurídica de direito público. Inexistência de prova acerca da antiga destinação pública. Âmbito local indicado pela prova. Posse vintenária e 'animus domini' inequívocos. Ação procedente. Primeiro apelo provido. Segundo e reexame necessário prejudicados. (Apelação e Reexame Necessário nº 70.002.094.753, 2ª Câmara Especial Cível, Relator Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 23/04/02)

TARTUCE e SIMÃO (2011, p. 195) fazem alusão a uma flexibilização, em certo sentido, dos nossos Tribunais, os quais têm entendido pela possibilidade de usucapir bens

---

<sup>28</sup> Sobre a questão dispõe CUNHA JÚNIOR (2015, não paginado): “É dado da realidade, outrossim, que a considerável transformação do Estado no contexto social conduz inevitavelmente à superação de sua tradicional função de ‘proteção’ e ‘repressão’, reduzida à solução dos chamados conflitos privados (civis ou penais), de modo que ele não pode mais ser concebido como um simples *gendarme* ou *night watchman*. O novo Estado – o *État providence* dos franceses ou o *Welfare State* – assume importante papel no contexto da sociedade contemporânea, de natureza essencialmente *promocional*, assumindo relevantes responsabilidades na órbita da realização dos direitos sociais, por imperativo da justiça social, que é a base de legitimação desse novo Estado. E é óbvio que, como acentua CAPPELLETTI, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, o Judiciário, como órgão desse novo Estado Social e Democrático de Direito, tem destacado e importantíssimo papel de fazer atuar os preceitos constitucionais, controlando e exigindo do Estado o cumprimento de seu dever de intervir ativamente na esfera social, ‘um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar’”.

pertencentes às sociedades de economia mista, que, apesar de possuírem natureza privada, envolvem interesses públicos. Nesse sentido<sup>29</sup>:

Usucapião – Sociedade de Economia Mista – CEB – O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião – Precedente – Recurso conhecido e provido (STJ, Acórdão, REsp 120702/DF Rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001, p. 468. Veja: STJ – Resp 37906-ES (RSTJ 105/313)).

Decisão mais atual que vem esquentando as discussões acerca da possibilidade da usucapião sobre bens públicos foi proferida no processo nº 194.10.011238-3, pelo juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, que indeferiu o pedido desocupação de área pública estadual formulado pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG) formulado em Ação Reivindicatória. A área em litígio soma 36 mil metros quadrados e está situada no Km 280 da BR-381, próximo ao trevo de Antônio Dias, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER- MG, instalados no local desde a construção da rodovia - cerca de 30 anos<sup>30</sup>.

O juízo de primeiro grau decidiu por declarar o domínio das famílias sobre a área ocupada, pedido contraposto formulado pelos réus, seguindo parecer do Ministério Público, por meio do promotor de Justiça Aníbal Tamaoki, curador do Patrimônio Público da Comarca de Coronel Fabriciano, que opinou pela improcedência do pedido

---

<sup>29</sup> Ainda no sentido de flexibilização jurisprudência, o STJ entendeu que os terrenos de marinha objeto de enfiteuse são passíveis de usucapião (TARTUCE e SIMÃO, 2011, p. 195): “Usucapião – Impossibilidade jurídica – Julgamento *extra* ou *ultra petita* – Inocorrência – Não comprovação de que o terreno já fosse foreiro – Ausência de prequestinamento tocante á alegação de julgamento *extra* ou *ultra petita*. Matéria, porém, suscetível de apreciação de ofício pelo Tribunal *a quo* (art. 267, §3º, do CPC) – Não comprovação de que o terreno que o terreno já fosse foreiro. Segundo a jurisprudência dessa corte, ‘admissível o usucapião quando o imóvel já era foreiro e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, como nua-proprietária’ (REsp 154.123-PE). Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 149445/PE (199700669920), 404604, Decisão: 07.06.2001, Órgão julgador: 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24.09.2001, p. 307 – RJADCOAS 4/59)).”

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. São Paulo, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014/08/sentenca-de-minas-gerais-reconhece.html>>. Acesso em: 11 de set.. 2014.



do DER-MG, sendo favorável à declaração do domínio do imóvel ocupado. Conforme postagem publicada pelo professor Flávio Tartuce em seu Blog, o promotor afirma que:

Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade.

Como era de se esperar, o DER-MG recorreu da decisão desfavorável, tendo o TJMG se pronunciado sobre o caso em 08/05/2014 no acórdão proferido na Apelação Cível nº 1.0194.10.011238-3/001. O Órgão Colegiado decidiu por negar provimento ao recurso, conforme disposto em ementa que segue:

APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DETENÇÃO – INOCORRÊNCIA – POSSE COM “ANIMUS DOMINI” – COMPROVAÇÃO – REQUISITOS DEMONSTRADOS – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EVIDÊNCIA – POSSIBILIDADE – EVIDÊNCIA – PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição. (TJMG, Acórdão, AC n. 1.0194.10.011238-3/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, DJ 08/05/2014)

Em meio a declaração de entusiastas sobre a temática e críticos ferrenhos à hipótese de aplicabilidade da usucapião dos bens públicos, importa uma análise apurada da decisão. No recurso, o DER-MG alega ser proprietário do imóvel em litígio, o qual serviu de acampamento para os servidores da autarquia quando da construção das rodovias estaduais, e que, diante do contexto, os servidores sempre tiveram ciência de que o imóvel era de titularidade do DER-MG, configurando a sua tolerância na utilização do bem mera detenção consentida, não induzindo posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Em seu voto, o Desembargador Relator Barros Levenhagen considerou que os requisitos para a usucapião restaram configurados, dando especial destaque à distinção entre detenção e posse, concluindo que os apelados exerciam posse sobre o bem objeto da lide, e que, apesar dos bens públicos não serem passíveis de aquisição por prescrição aquisitiva, o imóvel usucapiendo não estaria incluído em área de domínio público.

A decisão pode ser considerada inovadora, de maneira suficiente a impulsionar o fortalecimento da tese advogada por parte minoritária da doutrina, pelo fato de tomar por fundamento estritamente o preenchimento dos requisitos para a usucapião por parte dos particulares e a não inclusão do imóvel em área de domínio público. Observe-se que o STJ já vem decidindo pela possibilidade da usucapião sobre imóveis onde não se comprova a titularidade pública do bem e sua inclusão em área de domínio público – o que se caracteriza essencialmente pela afetação a uma função pública. Entretanto, o acórdão não discuti a titularidade do bem, se comprovada ou não, se restringindo a dispor sobre a inserção ou não do imóvel em área de domínio público, além do preenchimento dos requisitos da usucapião pelos particulares, senão vejamos:

(...) Constata-se ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel objeto da presente demanda, sendo mister o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião, ao contrário do que defende o apelante.

Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, § 3º, da CF; art. 102, do Código Civil) o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público, tanto que, conforme corretamente decidiu o Magistrado “a quo”: “Importa salientar que, no caso concreto dos autos, a viabilidade de se declarar a prescrição aquisitiva se encontra ainda mais evidente, porque já existe uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis em comento ao Município de Antônio Dias, justamente para que este lhes dê uma destinação social, promovendo o assentamento das famílias que estão no local, conforme se verifica às fls. 264/266.

O trecho da sentença destacado no acórdão referido acima explicita que a (des)afetação do imóvel a uma função pública se revelou preponderante da

determinação da possibilidade da aplicabilidade da usucapião. Veja-se que a referência à existência de autorização expressa do DER para que fosse procedida doação do imóvel em litígio ao Município de Antônio Dias, de maneira que este último desse destinação social, nos leva à conclusão de que o bem, de fato, estava desafetado de função pública e que não havia interesse do DER em lhe conferir tal destinação, fomentando a máxima de que toda a propriedade deve atender a uma função social.

O precedente revigora a militância em favor da tese da usucapião sobre bens públicos por colocar em xeque a validade do requisito da titularidade do bem como critério preponderante para sua classificação como público.

Deve-se, aqui, fazer, contudo, ponderação sobre inflexão concernente a questão que recentemente vem despertando interesse da doutrina brasileira, qual seja a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade de políticas públicas. O papel do Poder Judiciário na interpretação e efetivação da Constituição fomenta debates na teoria/filosofia constitucional contemporânea, a qual toma rumos variados e assume formas diversas - ativismo judicial *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial (BARROSO, 2005, p. 48).

A redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos quanto aos próprios direitos, além do fato do texto constitucional ter reconhecido novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para a tutela de interesses fez com que houvesse um aumento significativo da demanda por justiça na sociedade brasileira, o que vem exigindo uma nova roupagem do Judiciário com fito na busca pela concretização do bem-estar social, dentro da conjuntura de um Estado Social e Democrático.

É de se reconhecer que, de fato, todo papel interpretativo do magistrado se apresenta embebido em critérios político valorativos, restando evidente, conseqüentemente, a

necessidade de exigência do Poder Judiciário o exercício de papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade, ou seja, de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades, e não com suas próprias opiniões e convicções.

Há de se atentar para o perigo que pode ser ocasionado pela desatenção à realidade, que “muitas vezes, tornará jurídica situação que não o seria, e justa uma realidade injusta”, que é o que impera na nossa realidade, resultando no fato de que, na grande maioria dos casos, as decisões judiciais se mostram ainda mais perniciosas, já que acobertam a injustiça sob a proteção da lei, muitas vezes mal interpretada ou mal aplicada (ARENHART, 2005, p. 5-7).

O que se faz necessário é que tanto juristas, quanto planejadores e administradores urbanos compreendam que há relação direta entre legalidade urbana e natureza da ordem jurídica em vigor. A manutenção da estrutura fundiária altamente concentrada no país se funda na subsistência dogmática do legalismo no que concerne à propriedade da terra, o que deve ser reconhecido antes mesmo da implementação de qualquer programa de legalização da posse. Sem o questionamento acerca das implicações da ordem jurídica no processo de urbanização e dos beneficiários da manutenção desse sistema não é possível se vislumbrar efetividade e concretização ao direito à moradia e à cidade.

Saliente-se que um dos pressupostos mais marcantes da usucapião é a inércia, descompromisso do proprietário com seu patrimônio, que são devidamente punidos, por via oblíqua, com o reconhecimento de que novo é o titular do bem, configurados os requisitos da usucapião, além da aplicação de outras penas, hoje devidamente delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a Administração Pública possa negar a vocação dos bens que formam seu patrimônio, deixando de lhes atribuir a destinação consentânea com o clamor social (FORTINI, 2004, não paginado). Ademais, a usucapião que se vislumbra possível é a que se destina a reduzir o problema do déficit habitacional, ou seja, a usucapião especial para fins de moradia,

pela possibilidade de ser aplicada sobre bem público que não atende à função social e em que essa função social foi atribuída por particular para fins de moradia, atendendo, assim, ao princípio da função social da propriedade, ao direito fundamental à moradia e à dignidade humana.

Dispõe DIAS (2005, p. 226) que:

A própria Constituição Federal, em seu art. 1º, III, estabelece como fundamento de nosso Estado a busca pela dignidade humana, reconhecendo, deste modo, a extrema necessidade de se ter, nos planos estatal e social, indivíduos dignos e honrados, seres ativos e capazes de se determinar enquanto objetividade real e construtiva, homens firmes e constantes em seu papel, necessários à construção de um país. Por tal fato é que se não deve aceitar a idéia de bem comum como um meio absoluto e supremo frente ao valor individual, dando-se àquele a capacidade de suprir a relevância do indivíduo ou interpretando o bem comum como sendo o objeto de qualquer ato vinculado ao ente estatal, dado que os entes públicos podem apresentar setores desvirtuados que não respeitam ou buscam constantemente o bem-estar geral, assim, 'a noção de bem comum é relativa. O equívoco dos que dissociam a idéia de bem comum da idéia de justiça está em considerar em aquela uma 'totalidade' e nesta uma proporção. Entendemos que em ambas as noções são relativas. Conceber o bem comum como uma totalidade seria anular as tendências e os atributos individuais, negar os inevitáveis conflitos que existam na sociedade, destruir os valores do indivíduo em relação aos da comunidade" e, como se viu, a idéia de justiça está atrelada ao de pessoa determinando que o bem comum deve ter por supedâneo o respeito à configuração individual dos sujeitos. (sic)

Tanto a usucapião especial individual quanto a coletiva, resguardadas suas peculiaridades, têm por finalidade a regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas, e, conseqüentemente, atuam como proteção e legitimação da posse, voltadas para atender à demanda do direito à moradia. São institutos que foram criados para solucionar um dos mais graves problemas sociais dos municípios, a ocupação desordenada das áreas urbanas.

Sobre a importância da usucapião especial urbana na regularização fundiária dispõe SAULE JR (1999b, p. 87):

O instituto do usucapião tem como finalidade reconhecer o direito à moradia das pessoas e famílias que vivem nos assentamentos em condições precárias de habitabilidade e de segurança jurídica, tais como favelas, loteamentos clandestinos e irregulares nos bairros periféricos, conjuntos habitacionais abandonados, em habitações coletivas (cortiços), na chamada cidade clandestina ou informal. O usucapião urbano é um instrumento e regularização fundiária destinado a assegurar o direito à moradia desses segmentos sociais.

Dois são os importantes efeitos da usucapião, quais sejam a garantia de segurança jurídica para as pessoas e famílias, comunidades que estão vivendo em assentamentos em condições precárias de habitabilidade, mediante a posse de área urbana para fins de moradia; e o direito à moradia constituir requisito obrigatório para verificar se a propriedade urbana está cumprindo ou não sua função social.

Importa esclarecer que o que se propõe neste trabalho não é, de certo, uma alternativa para o êxito do capitalismo fora dos países considerados desenvolvidos por meio da constituição de capitais ativos<sup>31</sup>. O microfinanciamento habitacional nas favelas como marca da expansão do capital na direção de sua última fronteira urbana denuncia o ápice de uma longa estratégia de desconstrução da moradia como direito e de sua transmutação em ativo financeiro, em nome de um suposto combate à pobreza (MARICATO, 2015, 129-140).

O que se intenta é apresentar uma alternativa para o enfrentamento da questão habitacional nos casos em que pessoas em situações de vulnerabilidade, que se submetem a ocupar propriedade de titularidade pública para suprir sua necessidade de moradia e que conferem a esta propriedade função social, tenham garantido seu direito constitucional à moradia e do mínimo existencial para uma vida digna e, ainda, propor o enfrentamento à discussão quanto à propriedade ou improriedade da previsão de

---

<sup>31</sup> Em alusão ao proposto por Hernando de Soto no livro “O mistério do Capital”, que apresenta como principal tese a ideia de que o processo de representação da riqueza ou do capital, denominado de efeito propriedade, é deficiente ou inexistente nos países considerados em desenvolvimento, o que, conseqüentemente, torna boa parte dos seus ativos capital morto, sendo apresentado este como o mistério do capital, propondo, assim, a “superação da pobreza” por meio do estímulo à constituição de capitais ativos de certas comunidades. Para tanto, seria necessário o fortalecimento ou o desenvolvimento de um sistema de regularização da propriedade que possibilite a valorização da posse para a criação de capital pelos pobres (SOTO, 2001).

imprescritibilidade geral e irrestrita da propriedade de titularidade pública inserido em um contexto especificamente delimitado.

A usucapião especial para fins de moradia de terrenos públicos, além dos privados, foi uma proposta da Emenda Popular da Reforma Urbana, art. 11 da Emenda Popular n° 63 de 1987, proposta segundo a qual todo o cidadão que detivesse a posse não contestada por três anos de terras públicas ou privadas com metragem de até o 300 m<sup>2</sup>, utilizando-a para sua moradia e não sendo ele proprietário urbano, adquiriria o domínio, independente de justo título de boa fé.

Parcialmente aprovada, a Emenda Popular da Reforma Urbana desagradou tanto Fórum Nacional pela Reforma Urbana (FNRU), insatisfeito pela submissão da função social da propriedade ao Plano Diretor, quanto a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), que manifestou publicamente que a usucapião urbana deveria ser eliminada no segundo turno de deliberação da Assembleia Nacional Constituinte. O texto constitucional promulgado não discriminava entre os de domínio privado ou de domínio público os imóveis passíveis da aplicação da usucapião especial, até que, pouco mais de um mês após a promulgação, o deputado Francisco Carneiro, do PMDB do Distrito Federal, apresentou emenda com proposta de exclusão dos imóveis públicos dessa possibilidade.

Dispõe CARDOSO P. (2010, p. 169) que:

A emenda foi aprovada, perpetuando a vedação da usucapião de áreas públicas ocupadas para fins de moradia, de costume das Constituições anteriores, urbanas (art.183, § 3º) ou rurais (art. 191, § 2º). No entanto, cabe frisar que, diferentemente do capítulo da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, também objeto de Emenda Popular, o artigo que reconhece o direito à moradia e à segurança da posse do ocupante de área urbana fez menção expressa à concessão de uso. Merece atenção o fato de que o *caput* do artigo não se refere à propriedade pública ou privada. Como se pode constatar na análise do processo político-legislativo constituinte, a manutenção da tradicional vedação a usucapião de imóveis públicos foi feita por emenda posterior, com a inclusão de novo parágrafo, fazendo exceção ao *caput* do art. 183, e não o alterando. O texto do *caput*, em todo o processo político-legislativo e por sua vez promulgado, não se preocupou em distinguir o

domínio – público ou particular – da “área urbana ocupada” para fins de moradia. As conseqüências do texto ao final promulgado e sua interpretação conforme o conjunto da Constituição Cidadã, aprovada em outubro de 1988, serão analisadas em capítulo específico, que se propõe a investigar os contornos do direito constitucional à concessão de uso urbana inaugurado com a inclusão deste artigo. (*sic*)

De todo o exposto, depreende-se que a importância da aplicação da usucapião especial para fins de moradia sobre bens públicos não se limita a promover restrições sobre a propriedade pública e pressionar a Administração para que esta encontre meios hábeis e ágeis para efetivar o direito fundamental à moradia<sup>32</sup>.

É, em verdade, a partir do reconhecimento de que a propriedade, como gênero, possui nova concepção - com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que elevam o *status* da função social da propriedade - e de que os bens de titularidade da Administração Pública devem estar afetos a uma destinação pública para serem protegidos pela imprescritibilidade, respeitar o princípio da dignidade humana, por meio da efetividade do direito fundamental à moradia, o que é interesse de toda a sociedade.

---

<sup>32</sup> Assim entende COUTINHO (2009, p. 10): “Assim, o ideal seria “incomodar” o poder público com a possibilidade mesmo que potencial, de “perder” seus bens dominicais caso não lhes dê a devida destinação público-social, ou os “pseudo-uso” comum ou especial, quer dizer, aqueles desafetados na prática.”



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foram elaboradas premissas para se verificar em que medida a função social da propriedade pública vem sendo observada com fim na concretização do direito à moradia e do direito à cidade por meio da garantia da posse dos moradores em condições vulneráveis, à margem da legalidade fundiária e urbanística, considerando a regularização fundiária como meio.

A compreensão quanto ao processo de urbanização das cidades brasileiras evidencia suas características peculiares advindas de resultados contraditórios sobre a dinâmica da estrutura ocupacional urbana, de forma que estas se mostram marcadas por problemas e desigualdades sociais que desvelam incapacidade de absorção da população trabalhadora ao mercado, crises dos espaços públicos, carências nos serviços públicos, produção desigual do espaço, segregação socioespacial, quadro típico do padrão de desenvolvimento excludente dos países da América Latina.

A cidade, como principal local onde se dá a reprodução da força de trabalho e de produção e exploração de lucros, juros e rendas, se apresenta como um espaço de disputa entre os que buscam melhores condições de vida e os que objetivam extrair ganhos. Fruto de uma construção histórica marcada pela desigualdade social e pela conformação de um Estado patrimonialista que reproduz a política do clientelismo, as cidades brasileiras não absorvem a força de trabalho por meio de seu mercado residencial privado especulativo. Inseridos numa realidade precária de superexploração na atividade produtiva e de espoliação urbana, os trabalhadores encontram na autoconstrução a solução para a subsistência. Submetidos a essas condições, a desigualdades sociais se reproduzem.

O alastramento de formas de ocupação tidas como ilegais nas cidades, especialmente considerando o significativo contexto da informalidade da economia, constitui uma das maiores consequências do processo de exclusão social e segregação espacial que tem qualificado o crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento.

Essa sistemática importa no que se refere aos processos socioeconômicos e culturais de acesso ao solo e produção da moradia, haja vista que exponencialmente mais pessoas são impelidas a descumprir a lei para ter um lugar nas cidades, elididas da segurança jurídica da posse, submetidas a condições precárias ou mesmo insalubres e perigosas, por vezes em áreas periféricas ou em áreas centrais desprovidas de infraestrutura urbana adequada.

Desta forma, o déficit habitacional e os índices de moradia precária em áreas consideradas de risco revelam a exclusão social, o desnível de renda entre as famílias brasileiras e a “ausência” do Estado no planejamento da ocupação urbana, a quem cabe a antecipação em decorrência dos altos índices de pobreza.

A política de tolerância do Estado, que intenta o alinhamento e a manutenção das especificidades na forma de acumulação capitalista no Brasil, permite que o capitalismo monopolista agrave a diferenciação quanto à dotação de recursos, uma vez que parcelas cada vez maiores da receita pública se dirigem à cidade formal, à cidade econômica, à cidade consumível, em detrimento da informal, cidade social, da cidade para se viver. A lei da escassez se reafirma cada vez mais forte, sendo ampliadas as diferenças já existentes entre lugares urbanos. E é aí que a especulação é programada.

Esse meio de contraposição de interesses fomenta a elaboração de uma plataforma de mudanças e bandeiras de luta por uma classe trabalhadora submetida à superexploração e alijada do acesso a direitos humanos e sociais básicos, em um processo de crítica teórica e prática à dominação capitalista que busca possibilidades de alteração da realidade.

Os movimentos sociais de luta por moradia nas cidades colocam em xeque a problemática do acesso à terra, que reflete diretamente na questão da habitação e se caracteriza pela competição entre necessidades de habitação de amplas camadas populares e os interesses da especulação financeira e imobiliária.

Constituindo variável importante na efetivação dos direitos humanos, em especial do direito à moradia, a regulação do acesso à terra urbana se impõe e é uma das principais bandeiras na luta pela moradia no Brasil, articulando os movimentos em torno do direito à cidade, que partem do pressuposto de que ações coletivas constituem forma legítima e eficaz de garantia de direitos a partir da democratização do acesso à terra.

Dentre as principais conquistas dos movimentos sociais, há que se dar destaque às de caráter jurídico e institucional, a exemplo da Constituição Federal de 1988 e o capítulo sobre política urbana, a inclusão do direito à moradia dentre os direitos sociais, a aprovação do Estatuto da Cidade, a criação do Ministério das Cidades, a institucionalização do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e do Fundo Nacional da Habitação de Interesse Social, a criação de mecanismos de regularização fundiária em imóveis públicos e o acesso de cooperativas e associações de moradores a recursos públicos para a construção de moradias.

O Estatuto da Cidade, primeira regulamentação federal para a política urbana nacional da história brasileira, tem fundamental importância no fato de ter possibilitado a ampliação o espaço da cidadania no processo de tomada de decisões sobre o destino urbanístico da cidade, para o exercício do direito à cidade, enquanto expressão da dignidade humana.

A referida lei federal se propôs a regulamentar os instrumentos urbanísticos instituídos pela Constituição de 1988 e a criar novos, além de instituir diretrizes e princípios, instrumentos a serem utilizados pelos municípios de forma combinada, com fim na regulação normativa dos processos de uso, desenvolvimento e ocupação do solo urbano, e, especialmente, na indução dos rumos de tais processos, de forma a se interferir diretamente no padrão e na dinâmica dos mercados imobiliários produtivos formais, informais e sobretudo especulativos.

O que se tem visto nas grandes metrópoles brasileiras é a apresentação de programas de regularização fundiária e de urbanização de assentamentos precários à título de instrumentos de políticas públicas, vinculados à habitação popular, o que é de extrema importância para a luta dos movimentos e associações de moradores na busca de integração socioeconômica.

Entretanto, como resultado da implementação de políticas de regularização fundiária que supostamente tomam por fundamento diretrizes instituídas pelo Estatuto da Cidade, vê-se a prevalência, nas últimas décadas, de ações improvisadas na produção de moradias nas grandes cidades que, por vezes, suprimem de maneira imediata parte das demandas por novas habitações, mas criam problemas diversos relacionados à qualidade do meio urbano.

A exemplificação da questão da habitação no Brasil por meio da realidade de Salvador/BA e Região Metropolitana revela o afastamento de uma concepção mais abrangente de regularização fundiária para a implementação de uma política de habitação social, o que se pode explicar pela sua restrição ao seu componente jurídico. E mesmo dentro da atuação na qualidade que os projetos se propuseram, o que se vê são resultados pífios pelo não enfrentamento de outras dimensões da regularização, posto que o número de títulos pode ser considerado ínfimo à amplitude da ilegalidade urbana.

Mesmo sendo cediço que a aplicação das leis urbanísticas e ambientais implica em materializar a função social da propriedade, que é sem dúvida o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental, na prática, o referido princípio ainda é, em grande medida, uma figura de retórica na atuação estatal para a promoção do desenvolvimento urbano e gestão de cidades, posto que a atuação do Poder Público, assim como a dos setores privados, se pauta na noção do direito de propriedade individual irrestrito, em evidente desinteresse pela habitação enquanto questão social.

A função social, razão da atribuição do direito de propriedade, não deve simbolizar mero conjunto de limites, tendo em vista que a disciplina de propriedade e as suas interpretações deveriam ser instrumentalizadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. A função social ganhou novos contornos e delineamentos, alcançando definitivamente o patamar de cláusula geral, mudança paradigmática que influenciou na nova conceituação da propriedade, que hoje depende do atendimento da função social como elemento para sua constituição.

Constata-se, contudo, que o Poder Judiciário, seguindo a tradição civilista e dogmática sob a qual foi formado, percebe a cidade a partir da perspectiva privatista, não vislumbrando nada além dos interesses individuais dos proprietários, sendo, desta forma, pouco sensível à problemática da habitação como questão social.

É preciso um comprometimento maior do Judiciário com a função social da moradia de forma a se romper com o ideário absolutista da propriedade, o que seria possível por meio da interpretação dos instrumentos à luz da “Constituição Urbanística”, de forma a se conferir conteúdo autônomo à função social da posse, inclusive sobre a propriedade de titularidade pública.

Há que se ter em conta, também, a necessidade de desconstrução da prevalência do interesse público sobre o privado no campo do direito constitucional, administrativo e, especificamente, do direito à cidade, percebido pelo Judiciário em uma dimensão secundária, de interesse do Estado e não dos cidadãos, esta, sim, uma dimensão primária. O processo de regularização fundiária deve ser concebido por todos os atores nele envolvidos que conta de procedimento para concretização de política pública e não opção discricionária da Administração, de forma a ser concebida a regularização urbanística dentro de um contexto de construção de um novo modelo de cidade.

Traduzindo os princípios constitucionais os valores superiores e essenciais de um Estado, há que se ter em mente que estes orientam a produção legislativa infraconstitucional, podendo também servir de garantia direta e imediata aos cidadãos,

funcionando, ainda, como critério de interpretação e integração do Constituição e do sistema. Na condição de princípio constitucional, deve a função social da propriedade constituir elemento caracterizador tanto da propriedade privada quanto da pública.

A discussão sobre a ilegalidade urbana deve ser proposta dentro de um contexto mais amplo de reflexão sobre o papel central que o Direito, compreendido não só pelo arcabouço legal existente, mas, para além disso, pelos princípios jurídicos, decisões judiciais e a dinâmica mais ampla da ordem jurídica, que tem atuado na determinação do padrão do processo de crescimento urbano nos países em desenvolvimento.

Tomado o princípio da função social da propriedade como consectário do princípio da dignidade humana e, diante de sua estrita vinculação com o direito fundamental de acesso à moradia como mínimo existencial, é possível advogar a tese de que entre a norma-princípio da função social e a norma-regra de vedação de usucapião de bens públicos existe hierarquia axiológica, devendo, assim, em caso de conflito, prevalecer a primeira, orientando, desta forma, que os bens públicos cumpram função social, constituindo mais uma proposta de instrumento para a regularização fundiária com fins na concretização do direito à moradia e do direito à cidade.

Evidente, entretanto, que a aplicabilidade da usucapião especial para fins de moradia sobre bens públicos desafetados aos casos em que restem caracterizados os requisitos legais do instrumento constitucional regulamentado pelo Estatuto da Cidade, os quais são específicos, restritos e direcionados a beneficiar parcela singular da população, não constitui proposta por si só suficientemente capaz de responder à toda demanda envolta na problemática habitacional do país. É preciso avançar sobre a propriedade privada.

Importante, ainda, atentar para o fato de que, assim como todos os instrumentos de regularização fundiária, sua aplicação em desconexão com outros instrumentos urbanísticos que visem a implementação de condições e infraestrutura que promovam o

acesso à cidade sustentável, em seus aspectos ambiental, urbanístico e social, não é capaz por si só de concretizar o direito à moradia e o direito à cidade.

Há que se estabelecer um diálogo entre dimensões jurídica e urbanística, inserta no próprio conceito de regularização fundiária, mediante o reconhecimento da diversidade de formas de ocupação do espaço e as suas normas, da leitura do território e interpretação das lógicas que estão postas e que fogem à racionalidade jurídica como requisito da própria intervenção, o que se torna essencial para a instituição do justo nas cidades, por tornarem possível a construção de cidades mais democráticas, nas quais o gozo do patrimônio público se faça em prol da vida urbana.

## Referências

ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais. In: *A teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015. 2.a ed.

ARAGÃO, José Wellington de. Movimento popular de luta pela terra: Salvador, 1979-1988. *Cadernos do CEAS*, n. 149. Salvador: CEAS, jan./fev. 1994. p. 61-76.

ARAÚJO, Cristina Filgueiras; TEIXEIRA, Aparecida neto. Dinâmica Sócio-Espacial em Salvador: marcas na ocupação contemporânea da cidade. 2015. Apresentação de Trabalho/Comunicação.

ARENHART, Sérgio Crus. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005.

ASSIS, Washington Luís Lincoln de. Função Social da Propriedade Urbana e exclusão social. *Temas de Direito Urbanístico*, v. 2, p. 171-186, São Paulo, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. Brasília: UnB, 1988.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANDÃO, Maria Azevedo. O último dia da criação: mercado, propriedade e uso do solo em Salvador. In: VALLADARES, Lícia do Prado. (org.). *Habitação em questão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 125-142.

BRASIL. Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação; Ministério da Justiça. ROMÃO, José Eduardo Elias (Org.). *Manual de Entidade Sociais do Ministério da Justiça*. 1. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Não tinha teto, Não tinha nada: porque os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o direito à moradia no Brasil. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em:<[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD\\_60\\_Aricia\\_web-3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD_60_Aricia_web-3.pdf)>. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

BRASIL. Ministérios das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal n° 11.927/2009. Brasília, 2010.



BRASIL. Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República. Por uma cultura de Direitos Humanos: Direito à moradia adequada. 2013. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>. Acesso em: 21 de abril de 2016.

BRASIL. Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (Sead), do Ministério das Cidades e da Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Portal Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/conheca-o-novo-plano-de-regularizacao-fundiaria>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRAVERMAN, Harry. Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

BONDUKI, Nabil; ROLNIK, Raquel. Periferia da grande São Paulo: reprodução do espaço como expediente de reprodução da força de trabalho. In: Produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial. São Paulo: Alfa – Omega, 1979. p. 117 – 154.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.

BOURNAZOU, Eftychia. La segregación social del espacio y la dimension territorial en lose studios de pobreza urbana. In: Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI. México: UNAM, 2008. p. 394 – 414.

CARDOSO, Adalberto Moreira. A lenta transição para o trabalho livre. In: A construção da sociedade do trabalho no Brasil: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 55 – 83.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária. 2010. 260 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Acesso em: 28 de nov. 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/9122/1/Patricia%20de%20Menezes%20Cardoso.pdf>>.

CARVALHO, Inaia Maria Moreira de; PEREIRA, Gilberto Corso. Condições de ocupação, pobreza e desigualdades. In: Como Anda Salvador. 2. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório de Metrôpoles, 2009.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; PEREIRA, Gilberto Corso. Segregação Socioespacial e Dinâmica Metropolitana. In: Como Anda Salvador. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório de Metrôpoles, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Intervenção do Estado na Propriedade*. In: Curso de Direito Administrativo. Parte geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração Pública. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

CASTEL, Robert. Uma política sem Estado. In: As metamorfoses da questão social: uma crônica ao salário. 5 ed. Petropolis: Vozes, 2005. p. 281 – 344.

CASTEL, Robert. Propriedade social. In: As metamorfoses da questão social: uma crônica ao salário. 5 ed. Petropolis: Vozes, 2005. p. 345 - 413.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Brasil: 2011. Disponível em: <[mhttp://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-e-deveres-fundamentais-em-mat%C3%A9ria-de-propriedade](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-e-deveres-fundamentais-em-mat%C3%A9ria-de-propriedade)>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

COUTINHO, Eldér Luis dos Santos. *Da possibilidade de usucapião de bens formalmente públicos*. VI CONVIBRA – Congresso Virtual Brasileiro de Administração. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: 02 de jun de 2016.

DAVIS, Mike. A generalização das favelas. In: Planeta Favela. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 31 – 58.

DAVIS, Mike. Chega de chiclete: texto de Mike Davis sobre o movimento Occupy Wall Street. Blog Boitempo, 2011. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2011/10/21/chega-de-chiclete-mike-davis-sobre-occupy-wall-street/>>. Acesso em: 02 junho 2017.

DE SOTO, Hernando. O mistério do capital: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DIAS, Wagner Inácio Freitas. Da possibilidade (constitucional) de usucapião sobre bens - a revisão de um pensamento em face do código civil de 2002. *Revista Forense*, n. 377, pg. 223-234, JAN.-FEV./2005 .

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Bens Públicos. In.: *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, Salvador, abr./maio/jun. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em: 13 de agos. 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. In: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Juspodvm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Direito das coisas. In.: *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 4v. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUGUIT, Léon. *Traité Du Droit Constitutionnel*. Paris, 1923, 2 ed., II, Deuxième Édition, Tome Deuxième.

FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Vilmar E. Cinquenta anos de urbanização no Brasil: tendências e perspectivas. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 29, São Paulo, Edições CEBRAP, 1991, p. 98-119.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Feral e Lindb*. 1v. 11 ed. Salvador: JusPodvum, 2013.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-23.

FERNANDES, Rosali Braga; CALDAS, Juliana Souza; SIMÕES, Renata Batista dos Santos. *Gestão e ordenamento territorial no município de Salvador (Bahia-Brasil): regularização fundiária e zonas especiais de interesses social – o caso do Calabar*. In: XVI Encontro de Geógrafos de América Latina, 2017, La Paz. XVI Egal – Geografía viva desde el corazón de América Latina. La Paz: Plural editores, 2017.

FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, abr. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34656>>. Acesso em: 30 abril 2012.

FRANCO, Wanildo José Nobre. Da usucapião: cláusulas impeditivas e aspectos polêmicos. *Boletim Jurídico*, Uberaba, Nov., 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=403>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

FREITAS FILHO e PEREIRA. A eficácia da função social na propriedade pública. *Brasília, Universitas JUS*, v.27, n. 2, p. 43-56, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/4309/3268>. Acesso em: 12 agos 2017.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatísticas e Informações. *Déficit habitacional no Brasil 2013-2014*. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br>. Acesso em: 04 de agos. 2017.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos Sociais. In: Ante Ivo. Dicionário temático desenvolvimento e questão social: 81 problemáticas contemporâneas. (IVO, Anete Brito Leal. Coord.). São Paulo: Annablume; Brasília: CNPq; Salvador: Fapesb, 2013. p. 309-318.

GORDILHO SOUZA, Angela. MetrÓpole e gestão urbana corporativa: o que muda na produção recente das cidades brasileiras? Impactos e tensões na Região Metropolitana de Salvador. In: Transformações Metropolitanas no Sécuro XXI: Bahia, Brasil e América Latina. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 233 – 280

GORDILHO SOUZA, Ângela. Regularização fundiária na nova política municipal de habitação de interesse social em Salvador. Revista VeraCidade, v. 2, n. 2, jul./2007. Disponível em: <[http://www.veracidade.salvador.ba.gov.br/v2/images/veracidade/pdf/Artigo\\_Regularizacao\\_Fundiaria.pdf](http://www.veracidade.salvador.ba.gov.br/v2/images/veracidade/pdf/Artigo_Regularizacao_Fundiaria.pdf)>. Acesso em 10 out. 2017.

GORDILHO SOUZA, Ângela; LIMA, Adriana Nogueira Vieira. Regularização fundiária em áreas de ocupação informal: titulação coletiva e individual. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, 2004. Disponível em: <<http://ibdu.org.br/eficiente/repositorio/Projetos-de-Pesquisa/congressos-e-seminarios/recife-2004/182.pdf>>. Acesso em: 10 agos. 2017.

GORDILHO SOUZA, Ângela; LIMA, Adriana Nogueira Vieira. Regularização fundiária em Salvador (2002-2012): avanços e retrocessos. Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: Direito Urbanístico e Justiça Urbana: cidade, democracia e inclusão social São Paulo, 2016, v.1, p. 547 – 566. Disponível em: <[file:///C:/Users/Dell/Downloads/anais\\_do\\_7o\\_congresso\\_brasileiro\\_de\\_direito\\_urbanistico\\_o\\_direito\\_urbanistico\\_e\\_justica\\_urbana\\_cidade\\_democracia\\_e\\_inclusao\\_social\\_\\_nelson\\_saule\\_junior\\_e\\_henrique\\_botelho\\_frota\\_organizadores.pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/anais_do_7o_congresso_brasileiro_de_direito_urbanistico_o_direito_urbanistico_e_justica_urbana_cidade_democracia_e_inclusao_social__nelson_saule_junior_e_henrique_botelho_frota_organizadores.pdf)>. Acesso em 10 agos. 2017.

GOUVEIA, Homero Chiaraba. Breves considerações filosóficas sobre a ideia de deveres fundamentais no pensamento jurídico ocidental. Salvador: Revista Unifacs, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2878/2090>>. Acesso em: 02 de jun. de 2016.

GUIMARÃES, Karine de Carvalho. A função social da propriedade e a vedação de usucapião sobre bens públicos: uma interpretação à luz da unidade Constitucional. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, m. 1691, 17 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10948>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

GUIMARÃES, *Maria Clariça Ribeiro* Os movimentos sociais e a luta pelo direito à cidade no Brasil contemporâneo. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 721-745, out./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n124/0101-6628-sssoc-124-0721.pdf>>. Acesso em: 10/08/2017.

HARVEY, David. *Cidades Rebeldes: do Direito à Cidade à Revolução Urbana*. São Paulo; Martins Fontes, 2014. p. 26 – 66.

HARVEY, David. Os rebeldes na rua: o Partido de Wall Street encontra um adversário. Blog Boitempo, 2012. Disponível em:< <https://blogdaboitempo.com.br/2012/04/02/os-rebeldes-na-rua-o-partido-de-wall-street-encontra-um-adversario-artigo-de-david-harvey/>>. Acesso em: 02 junho 2017.

HARVEY, David. *Para entender o Capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

HOBBSAWM, Eric. A Falência da democracia. Folha de São Paulo, 09 de setembro de 2001. (Caderno Mais!). Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200105.htm>. Acesso em 12 de março de 2016.

JELINEK, Rochelle. *O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 13 agos. 2011.

KOWARICK, Lúcio. *A espoliação urbana*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1979.

KURZ, Robert. Perdedores Globais. In: *Os últimos combates*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 135-141.

LESSA, Carlos; DAIN, Sulamis. Capitalismo associado: algumas referências para o tema Estado e Desenvolvimento. In: *Desenvolvimento capitalista no Brasil: ensaios sobre a crise*. São Paulo: Brasiliense, 1981, v.1, p. 214-228.

LOPES, José Reinado de Lima. O mundo antigo, Grécia e Roma. In: *O Direito na história: lições introdutórias*. Editora Max Limonad, 2002. 2. ed.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11242&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9)>. Acesso em: 19 nov. 2014.

MACIEL, Neuri José; ALMEIDA, Patrícia Silva de. *Usucapião de Bens Públicos: da Civilística a Publicização*. BDJur, Brasília, DF. 12 fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16400>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

MARICATO, Erminia. É a questão urbana, estúpido! In: *Cidades Rebeldes: Passe livre e manifestações que tomaram as ruas no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Boitempo/Carta Maior; 2013. p. 19 – 26.

MARICATO, Erminia. O Estatuto da Cidade Periférica. In: *O Estatuto da Cidade: comentado*. São Paulo: Aliança das Cidades, 2010. Disponível em:<

[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoComentado\\_Portugues.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/EstatutoComentado_Portugues.pdf)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2017. p. 05-22.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 7 ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Direito fundamental de propriedade. Atendimento à função social. Requisitos para desapropriação para fins de reforma agrária. Vícios formais e materiais do processo administrativo. Cabimento de mandando de segurança. *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 859, São Paulo, maio 2007. p. 127-859.

MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da Cidade Comentado: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MELLO, Érico Marques de. *A propriedade rural e sua função social*. São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.fadisp.com.br/download/turma\\_m4/erico\\_marques\\_de\\_mello.pdf](http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/erico_marques_de_mello.pdf)>. Acesso em: 11 mar 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 860, São Paulo, jun. 2007. p. 91-133

MORAES, Lucia Maria; VIVAS, Marcelo Dayrell. O direito à moradia, o acesso à terra e o papel dos movimentos sociais no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 141-160.

NEIVA, Gerivaldo Alves. *Texto 6: A idéia de função social*. VII Seminário Interdisciplinar da Universidade do Estado da Bahia. Salvador, 2009.

OFFE, Clauss. A economia política do mercado de trabalho. In: *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989. p. 19-69

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Gilberto Corso. Condições de moradia e infra-estrutura urbana. In: *Como Anda Salvador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório de Metrôpoles, 2009.

PIOVESAN, Flávia. O Poder Judiciário e o Papel de suas Instituições na Construção do Estado Democrático Brasileiro. In: ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza;

PISANESCHI, Tatiane Crenn. *Direitos Reprodutivos e o Sistema Judiciários Brasileiro*. São Paulo: Oficina Editorial, 2010. p. 9-34. Disponível em: [http://www.ccr.org.br/uploads/ciclododebates/volume\\_1\\_Direitos\\_reprodutivos\\_e\\_o\\_sistema\\_judiciario\\_brasileiro.pdf](http://www.ccr.org.br/uploads/ciclododebates/volume_1_Direitos_reprodutivos_e_o_sistema_judiciario_brasileiro.pdf). Acesso em: 28 agos 2016

POLANYI, Karl. O Mercado auto-regulável e as mercadorias fictícias: trabalho, terra e dinheiro. In: *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Guimaraes & Cia. Editores, 2000. p. 89-98.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. O Direito Fundamental à moradia como mínimo existencial e sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.6, n.12, p.57-78, jul.-dez. de 2009.

ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: instrumentos para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. In: SAULE JR., Nelson; ROLNIK, Raquel. *Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana*. São Paulo: Caderno Pólis 4, 2001.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

SADER, Eder. "Ideias e questões". In: *Quando novos personagens entraram em cena. Experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo: 1970-1980*. Ed Paz e Terra (2ª ed), 1991, p. 25-60.

SANTOS. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 261-292.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. de 2009/2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SAULE JR., Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

SAULE JR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. *Direito à cidade: Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 63-126.

SCHIAVONE, José Guilherme Perroni; NOVAES, Elizabete David. A cidade e o direito à moradia: o instituto do usucapião como alternativa de regularização jurídica de habitações precárias em favelas. *Revista Jurídica UNICOC*, Ribeirão Preto, n. 6, out. 2009.

SINGER, Paul. *Economia política do trabalho*. São Paulo: Editora Hucitec, 1977.

SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1996.

SILVA, Luciana da Luz. Breve relato histórico da luta por moradia em Salvador: o caso da ocupação Quilombo de Escada. *Antíteses*, vol. 1, n. 1, jan.- jun. de 2008, pp. 118-150. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/1429>>. Acesso em: 02/12/2017.

SPLINGER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de pós-graduação em Direito, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. Sentença de Minas Gerais reconhece usucapião de bem público. São Paulo, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014/08/sentenca-de-minas-gerais-reconhece.html>>. Acesso em: 11 de set.. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Coisas*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 6, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30793-33014-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2017.



VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: Cidades Rebeldes: Passe livre e manifestações que tomaram as ruas no Brasil. 1. ed. São Paulo: Boitempo/Carta Maior; 2013. p. 35 - 40.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direitos Reais. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>>. Acesso em 08/03/2016

## **ANEXOS**



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Número do** 1.0194.10.011238-3/001 **Númeraço** 0112383-  
**Relator:** Des.(a) Carlos Levenhagen  
**Relator do Acordão:** Des.(a) Carlos Levenhagen  
**Data do Julgamento:** 08/05/2014  
**Data da Publicação:** 15/05/2014

**EMENTA:** APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO.

- "A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.10.011238-3/001 - COMARCA DE CORONEL FABRICIANO - APELANTE(S): DER MG DEPARTAMENTO DE ESTRADAS RODAGEM ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CLAUDIO APARECIDO GONÇALVES TITO, DORACI SANTOS MELO TITO, FATIMA MARIA LOPES TITO, EXPEDITO CASSIMIRO ROSA, JOSÉ CASSIMIRO DE OLIVEIRA, ROSILENE CARVALHO DE OLIVEIRA, JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA RAMOS, MARCO AURÉLIO GONÇALVES TITO E OUTRO(A)(S), MARIA DAS DORES SILVA ROSA, MARIA FERREIRA DAS GRAÇAS OLIVEIRA, MARIA MARGARIDA DE OLIVEIRA, FERNANDO INÁCIO DE OLIVEIRA, IVONETE APARECIDA GONÇALVES TITO E OUTRO(A)(S)

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do



## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. BARROS LEVENHAGEN

RELATOR.

DES. BARROS LEVENHAGEN (RELATOR)

V O T O

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS (DER/MG), contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Marcelo Pereira da Silva às fls. 291/295v, que, nos autos da AÇÃO REIVINDICATÓRIA movida em face de MARCO AURÉLIO GONÇALVES TITO E OUTROS, julgou improcedente o pedido inicial e procedente o pedido contraposto pelos réus, para "declarar o domínio dos requeridos sobre os imóveis descritos na exordial, devendo a presente sentença servir de título para registro, oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis."

Em razão da sucumbência, condenou o autor no pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00.

Nas razões de fls. 297/301, o DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGENS DE MINAS GERAIS-DER/MG, alega que "é proprietário do imóvel, o qual serviu de acampamento para os servidores da autarquia à época da construção das rodovias estaduais", e, neste contexto, os servidores sempre souberam que o imóvel era da autarquia, e que sua tolerância na utilização do bem configura mera detenção consentida. Aduz que não induz posse os atos de mera permissão ou tolerância, pelo que pugna pela reforma da sentença.

Apresentadas contrarrazões às fls. 303/306 e 307/310, pugnando pelo desprovimento do recurso.



## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público no feito (fls. 315 - TJ).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

'Data venia', sem razão o Apelante.

Inicialmente se faz necessário distinguir a detenção, tese encampada pelo autor, ora apelante, da posse, requisito necessário à usucapião.

O Código Civil, em seu artigo 1.198, definiu o instituto da detenção como sendo:

"Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas."

A doutrina se refere ao detentor como servidor da posse. Neste sentido a lição de Maria Helena Diniz:

"(...) é aquele que em razão de sua situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação em relação a uma outra pessoa (proprietário), exerce sobre o bem não uma posse própria, mas a posse desta última e em nome desta, em obediência a uma ordem ou instrução. É o que ocorre com empregados em geral, caseiros, almoxarifes, administradores, bibliotecários, diretores de empresa, que são considerados detentores de bens sobre os quais não exercem posse própria." (Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. 11ª Ed.





## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Lado outro, a posse "ad usucapionem" leva ao reconhecimento do domínio, gerando o direito de propriedade, possuindo requisitos próprios.

Destarte, o "animus domini" constitui requisito da prescrição aquisitiva, devendo ser demonstrado no exercício da posse. Assim, o possuidor deve se comportar como se dono fosse, exteriorizando convicção de que aquele bem lhe pertence, para isso, há de comprovar a prática de atos de proprietário, conforme lição de Antônio Moura Borges, pois, se o proprietário perdeu a propriedade por haver abandonado-a, deixando de praticar atos inerentes ao domínio, justo o possuidor adquirir essa propriedade desde que demonstrado esta manifestação.

Necessário, também, que a posse "ad usucapionem" seja ininterrupta e contínua, sem oposição ou incontestada.

Neste sentido, os ensinamentos Benedito Silvério Ribeiro:

"A posse ininterrupta ou contínua é que perdura durante o tempo determinado em lei, sem sofrer interrupção ou descontinuidade. (...) A posse em oposição deverá ser conforme o direito, isto é, justa (justa causa possessionis), sem os vícios da violência, clandestinidade e precariedade." (Tratado de Usucapião. Benedito Ribeiro Silvério. 4ª Ed)

Portanto, a detenção simples da coisa, sem o animus de tê-la como sua, não tem consequência para a aquisição da propriedade, constituindo-se mero fato, ou seja, mera detenção, o que não é o caso dos autos, conforme demonstram as provas carreadas aos autos, principalmente, a perícia técnica de fls. 182/218:

"O que acontece neste caso, é que os moradores (ex-funcionários do DER/MG), pouco a pouco foram edificando suas casas no local do acampamento. Com o tempo, as famílias foram crescendo, criando-se vínculo com a propriedade e desde então se passaram aproximadamente 30 anos. Hoje, uma pequena vila, dotada de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena



## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

igreja. Esta área ocupada pelos moradores, corresponde aproximadamente a 26% do imóvel. O restante encontra-se livre."

Assim, aquele que por mais de trinta anos, como no presente caso, tem como seu o imóvel, tratando-o ou cultivando-o, tornando-o útil, não pode ser compelido a desocupá-lo à instância de quem o abandonou.

Na espécie, os réus demonstraram a aquisição da posse do imóvel há mais de trinta anos, sem qualquer oposição do DER. Destarte, demonstrado está que os réus, ora apelados, não detinham apenas a mera detenção do bem, mas verdadeiramente sua posse, como se donos fossem.

A teor do que ensina Maria Helena Diniz, a respeito da usucapião previsto no Código Civil: "O usucapiante terá apenas de provar a sua posse."

E, ainda, a lição de Tito Fulgêncio:

"A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição". (Tito Fulgêncio. Da Posse e das Ações Possessórias, 7ª Edição, p. 450).

Constata-se ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel objeto da presente demanda, sendo mister o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião, ao contrário do que defende o apelante.



## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ademais, cumpre ressaltar que malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, §3º, da CF; art. 102, do Código Civil) o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público, tanto que, conforme corretamente decidiu o d. magistrado "a quo":

"Importa salientar que, no caso concreto dos autos, a viabilidade de se declarar a prescrição aquisitiva se encontra ainda mais evidente, porque já existe uma lei em vigor autorizando expressamente o DER a doar os imóveis em comento ao Município de Antônio Dias, justamente para que este lhes dê uma destinação social, promovendo o assentamento das famílias que estão no local, conforme se verifica às fls. 264/266."

No mesmo sentido, o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE USUCAPIÃO - BEM IMÓVEL - ÁREA MARGINAL À RODOVIA ESTADUAL - IMPUGNAÇÃO DO DER/MG - RESPEITO À FAIXA DE DOMÍNIO - REGULAMENTAÇÃO DA LEI QUE EXIGE RESERVA DA ÁREA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - INEFICÁCIA POSITIVA DA NORMA - INAPLICABILIDADE. RESPEITO À ""AREA NON AEDIFICANDI"" - USUCAPIÃO - POSSIBILIDADE - MERA IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO CONFIRMADA. - Não restando provada a regulamentação, pelo DER/MG (ente com circunscrição sobre a rodovia estadual), da lei que contém disciplina geral acerca da reserva de 'faixa de domínio' de áreas marginais a rodovias estaduais, impõe-se reconhecer a ineficácia positiva da norma, ante a ausência de parâmetros objetivos acerca da identificação e demarcação da área. - A exigência legal de reserva de faixa não-edificável de 15 metros de cada lado das rodovias implica mera limitação administrativa, com imposição de obrigação de não-fazer, não representando óbice, portanto, à usucapião da respectiva área. (Apelação Cível 1.0012.04.001688-8/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/04/2010, publicação da súmula em 21/05/2010)





## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CONSTITUCIONAL - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - POSSE ""AD USUCAPIONEM"" - PRAZO SUPERIOR A 20 (VINTE) ANOS - OCORRÊNCIA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Se o autor comprova possuir o imóvel por prazo contínuo e superior a vinte anos - nos termos do art. 1.238 do Código Civil -, com ""animus domini"" e pacificamente, faz ele jus à aquisição prescritiva. 2 - A existência de área 'non aedificandi' correspondente à parte da faixa de domínio de rodovia estadual não impede a prescrição aquisitiva do bem, por não se tratar de bem público, mas de bem particular sujeito à limitação administrativa. 3 - Recurso não provido. (Apelação Cível 1.0346.07.013776 -2/001, Relator(a): Des.(a) Edgard Penna Amorim , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 27/01/2012)

PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA DEMANDA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Não se vislumbra a impossibilidade jurídica da demanda, pois, malgrado os bens públicos não sejam passíveis de aquisição por usucapião (art. 183, §3º, da Constituição Federal; art. 102, do Código Civil de 2002), o imóvel usucapiendo não está incluído em área de domínio público. II - O fato de recair sobre a área próxima à malha ferroviária, limitação administrativa consubstanciada na obrigação de não fazer - não edificar -, não a torna bem de domínio público, ao contrário, apenas implica a existência de imposição de obrigação negativa sobre a propriedade particular. (Apelação Cível 1.0499.07.004302-5/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/04/2009, publicação da súmula em 05/06/2009)

Portanto, estando presentes os requisitos da usucapião, e não logrando o réu, ora apelante, demonstrar os fatos alegados, é de se negar provimento ao recurso, confirmando a d. sentença fustigada.

Com estas considerações, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas, "ex lege".



## Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. VERSIANI PENNA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"