

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANDERSON SANTOS

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

São Paulo

2008

ANDERSON SANTOS

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Sônia Yuriiko Kanashiro Tanaka

São Paulo

2008

ANDERSON SANTOS

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^a. Dr^a. Márcia Walkíria Baptista dos Santos
Universidade de São Paulo

Dedico este trabalho a meu pai Islau e à minha mãe Lourdes (in memoriam), pela contribuição e orientação constantes em minha vida, seja nesta dimensão ou em qualquer outra. Aos meus queridos filhos Nádia e Anderson, minha razão de pouco descanso e muito trabalho. Por eles a vida vale realmente a pena.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, a Nossa Senhora Aparecida e a João de Camargo, que em todas as ocasiões foram minha luz guia, dando-me a certeza de conseguir transpor qualquer barreira com determinação e humildade.

À minha professora orientadora, Prof^a. Dr^a. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, através de seus ensinamentos, atenção, dedicação e carinho, pude me certificar da importância do tema dentro da esfera jurídica e da necessidade da luta para sua efetivação.

Ao Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro, pela angústia que fez brotar novamente em meu peito através das suas fantásticas aulas de filosofia.

A todos os demais docentes do Curso de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pela contribuição decisiva na minha formação não só como jurista, mas também, e principalmente, como ser humano.

À Prefeitura de Sorocaba e ao ex-Secretário da Cidadania, Valter José Nunes de Campos, por me aproximarem do tema desenvolvido neste trabalho, e aos prefeitos Renato Amary e Vitor Lippi, valeu a pena trabalhar ao lado de gestores públicos dignos, honestos e competentes.

Finalmente, a todos que participaram direta e indiretamente na estruturação deste trabalho e aos companheiros de classe do Curso de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com os quais aprendi muito, a cada discussão e debate, resultando no meu crescimento pessoal e profissional.

“Todos os homens nascem livres e iguais, em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos
Assembléia Geral das Nações Unidas
1948

RESUMO

Este Trabalho dá enfoque à função social da propriedade urbana frente aos vários problemas habitacionais dos grandes centros urbanos, enfatizando a regularização fundiária necessária de áreas invadidas, favelas, cortiços, de loteamentos irregulares e clandestinos. A má distribuição de renda e oportunidades deixa, cada vez mais excluída, uma parcela da sociedade que não tem acesso ao mínimo necessário para sobrevivência humana. Neste caso, um lugar para chamar de lar. Não obstante, aqueles que resolvem ir ao enfrentamento do sistema, firmam suas moradias em bairros irregulares ou áreas de preservação ambiental permanente, oriundos de invasão ou loteamentos sem aprovação do Poder Público. A proposta deste apanhado de idéias é trazer à reflexão, situações de descaso que acontecem nas periferias e favelas dos grandes centros e que precisam de solução e ações concretas do Estado para uma solução rápida. Quais seriam os mecanismos disponíveis para a regularização fundiária urbana? O problema do déficit habitacional brasileiro tem solução? O Poder Público é o único responsável pela condução das alternativas em busca dessa solução? Estas e outras perguntas serão abordadas na tentativa de, numa reflexão conjunta com o leitor, serem estabelecidos parâmetros para a condução dos trabalhos nesta área de sensível alcance social.

Palavras-chave: Função social da propriedade urbana, regularização fundiária urbana, áreas invadidas, loteamentos irregulares e clandestinos.

ABSTRACT

This work focus the social function of urban properties confronting several housing problems in large urban centers, emphasizing the need for land rights on invaded areas, slums, irregular and illegal lots. The unequal wealth distribution and lack of opportunities exclude, more and more a large number of people in our society who does not have access to minimum needs to human survival. In this case, a place to call home. Nevertheless, those who decide to confront the system place their homes in ilegal áreas such as permanent environment preserved areas as a result of invasion without the public sector approval. The proposal of this reunion of ideas is to stimulate reflection which is not observed by a considerable segment of population that does not live in periphery areas and slums located in large urban centers that demands solution through concrete actions departing from State. What are available mechanisms to solve urban land rights? Is there a solution to the housing deficit problem? Is the public sector the only one responsible to find alternatives in search of solving this task? These questions will be approach by inviting the reader to reflect in search of parameters that may conduct to solutions in this sensible area of housing deficit problem.

Key words: social function of urban property, urban land rights, invaded areas and illegal land lots.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 HISTÓRIA DA PROPRIEDADE E DA CIDADE.....	11
1.1 ERA ANTIGA.....	11
1.1.1 Primitiva.....	12
1.1.2 Clássica.....	13
1.1.3 Medieval.....	17
1.2 ERA MODERNA.....	21
1.3 ERA CONTEMPORÂNEA.....	24
1.4 A CIDADE.....	26
1.5 VIDA NA CIDADE.....	30
1.6 A PROBLEMÁTICA DA FALTA DE MORADIA.....	33
1.6.1 Loteamentos irregulares e clandestinos.....	36
1.6.2 Invasão de áreas públicas e privadas.....	38
2 DIREITO DE PROPRIEDADE.....	42
2.1 POSSE E PROPRIEDADE.....	43
2.1.1 Posse.....	43
2.1.1.1 Objeto e Natureza Jurídica da Posse.....	46
2.1.1.2 Tipos de Posse.....	47
2.1.2 Propriedade.....	49
2.1.2.1 Objeto e Natureza Jurídica da Propriedade.....	51
2.1.2.2 Tipos de Propriedade.....	52
2.1.2.3 Limites ao Direito de Propriedade.....	53
2.1.2.4 Formas de Aquisição da Propriedade.....	56
2.1.2.4.1 <i>Acessão</i>	58
2.1.2.4.2 <i>Usucapião</i>	59

2.1.2.5 Formas de Perda da Propriedade.....	61
3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	64
3.1 EVOLUÇÃO LEGAL NO BRASIL.....	67
3.2 O ESTADO, A PROPRIEDADE PRIVADA, A FUNÇÃO SOCIAL E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	70
3.3 PROPRIEDADE URBANA, FUNÇÃO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88.....	76
3.3.1 Função social como cláusula geral.....	79
3.4 PROPRIEDADE PÚBLICA.....	80
3.4.1 Classificação da propriedade pública.....	82
3.4.2 Disponibilidade dos bens públicos.....	84
3.4.3 Afetação e desafetação de bens públicos.....	85
3.4.3.1 Competência autorizadora.....	87
3.4.4 Utilização de bens públicos por particulares.....	88
4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA	91
4.1 REGULARIZAÇÃO URBANA X MEIO AMBIENTE.....	95
4.2 A ORDEM JURÍDICA EM TRANSFORMAÇÃO.....	100
4.2.1 Meios legais.....	102
4.2.1.1 Constituição Federal de 1988.....	103
4.2.1.2 Lei 6.766/79.....	105
4.2.1.2.1 <i>Alterações da Lei Federal 6.766/79</i>	106
4.2.1.3 Lei 11.481/07.....	114
4.2.1.4 Estatuto da Cidade.....	118
4.2.1.4.1 <i>Zonas Especiais de Interesse Social</i>	122
4.2.1.4.2 <i>Concessão de direito real de uso</i>	124
4.2.1.5 Medida Provisória 2.220/2001.....	126
4.2.1.6 Emenda Constitucional Paulista 23/2007.....	128
4.3 PASSO A PASSO NA REGULARIZAÇÃO URBANA.....	130
4.3.1 Fiscalização e pacto anti-invasão.....	131
4.3.2 Levantamento/cadastramento do assentamento.....	132
4.3.3 Envolvimento da comunidade e entidades parceiras.....	133
4.3.4 Elaboração e execução do projeto de regularização.....	134

4.3.5 Acompanhamento social e legal posterior.....	136
CONCLUSÃO.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	140

INTRODUÇÃO

Com o crescimento demográfico, aliado à má distribuição de renda e oportunidades, surge no Brasil uma necessidade premente de habitação em áreas urbanas. Qualquer analista internacional se espantaria com os dados habitacionais de um País de dimensões continentais como é o nosso caso. O problema da migração desenfreada é tido como um dos pontos que merecem atenção por parte desta pesquisa, bem como a distribuição de condições dignas de vida. Os grandes centros urbanos recebem, diariamente, famílias que sonham com uma vida melhor e mais próspera, famílias estas advindas de localidades não tão promissoras, com um alto índice de miserabilidade. Quando despertam desse sonho, descobrem que as chances de conseguir um bom trabalho e uma moradia decente são muito mais difíceis do que imaginavam. Sem dinheiro e recursos, estas famílias acabam invadindo áreas públicas, privadas clandestinas e de preservação ambiental, e que não apresentam o mínimo de infra-estrutura adequada para esse fim. A questão do dever do Estado, expresso na nossa Carta Magna, tratando da moradia, é um dos pontos que dá subsídios para a discussão dessa problemática.

Em nível acadêmico, vale um estudo aprimorado para oferecer, por meio da pesquisa do tema, contribuições ou sugestões no sentido de uma efetiva utilização por parte do Estado de instrumentos legais de pacificação social urbana, como é o caso do Estatuto da Cidade - Lei 10.257/01, Medida Provisória 2.220/01 e Plano Diretor Municipal etc.

Nos dias de hoje, muito se fala em cidadania, porém, fica difícil ter cidadania sem ao menos ter o direito de receber correspondências. Aqueles que não têm suas residências regularizadas enfrentam também esse problema, que passaria despercebido pelos que têm o serviço à disposição em suas residências. Parece uma preocupação de menor valor, mas quem conviveu com o problema, ou convive, sabe do que estamos falando.

Diante desta situação, cabem algumas perguntas: a questão das moradias irregulares nos conglomerados urbanos, oriundos de invasões de áreas públicas e de preservação ambiental (favelas), tem solução legal? Qual

a maneira mais eficiente de condução dos trabalhos no sentido da Regularização Fundiária? Os índices apontados pelo IBGE, dando conta do déficit de unidades habitacionais, pode ser resolvido de que forma? Há uma fórmula para que além da regularização documental, possa haver geração de divisas aos municípios?

O Estado deve se valer dos instrumentos legais disponíveis para solucionar essa situação alarmante, uma grande problemática urbana e que necessita de atenção máxima dos governantes.

Com isso, o trabalho relata um histórico da evolução dos institutos da propriedade e de regularização fundiária, mostrando suas características e desenvolvimento até os moldes atuais, sempre balizados pela função social e seu real papel no contexto da vida urbana.

Algo necessita ser feito no sentido de viabilizar a distribuição habitacional urbana, não permitindo que nos acostumemos com o caos pois, na atualidade, quando percorremos as ruas das grandes metrópoles, principalmente as da região central, constatamos um número muito grande de seres humanos vivendo na rua de forma animalesca e indigna, sem o mínimo de condições para sobrevivência. Famílias inteiras, crianças, jovens, adultos e idosos, abrigados em marquises, na calçada, em praças debaixo de árvores ou qualquer outro tipo de cobertura, com o objetivo de esconder-se das inflexões do tempo e meio ambiente. Fica difícil pensarmos em justiça e humanidade, quando temos ao redor um quadro caótico como o aqui narrado e facilmente encontrado em grandes centros de convivência social. O corre-corre diário pode trazer a idéia de que essa situação de penúria humana, descrita acima, é normal, deixando as pessoas que vivem nestes grandes conglomerados urbanos, de perceber a má distribuição da terra para contemplar o mínimo da necessidade humana, que é o abrigar-se em um lar, para sobrevivência.

Hoje temos a garantia à moradia preceituada constitucionalmente, em nível de Brasil. Mesmo assim, vemos muito pouco de concreto para afirmarmos a plenitude social da propriedade. Ensaios esparsos e tentativas quixotescas na luta contra o moinho capitalista, que ainda direciona, amparado pelo contexto do ordenamento jurídico, a propriedade para utilização individual mesquinha e sem a preocupação social. Em verdade, muitos já se levantam contra essa disparidade de utilização da propriedade, porém, ainda há muito a caminhar.

Não obstante, as favelas, cortiços, moradias e loteamentos irregulares, áreas invadidas, são fruto desta não consciência social da estrutura da propriedade e um afronte daqueles que não têm acesso à propriedade, frente ao meio político e jurídico, na tentativa de “forçar passagem” nesse gargalo capitalista da distribuição da terra, seja urbana ou rural.

O objetivo deste trabalho é uma reflexão sobre o contexto habitacional urbano que, através da pesquisa de institutos legais, doutrinários e conceituais disponíveis, tentará oferecer sugestões e apontamentos para futuras intervenções humanas pertinentes a ordenarem o convívio social e o significado da propriedade na vida de cada cidadão.

1. HISTÓRIA DA PROPRIEDADE E DA CIDADE

Importantíssimo o desenvolvimento da pontuação histórica e cronológica da propriedade, já que a relação ser vivo e espaço territorial, tem ligação fundamental e indiscutível no plano da existência terrena. Desde que o mundo é mundo, seres animais e vegetais extraem da territorialidade a base para sua sobrevivência, valendo-se dos mais diversos artifícios para a manutenção de seu espaço; afinal, está em jogo a própria sobrevivência do sistema. Neste plano, o campo de estudo da física resguarda, ao mais microscópico ser, o espaço que lhe é necessário para a sua instalação no ordenamento orgânico da terra e sua conseqüente possibilidade de vida. A partir daí, muitas são as fases seqüenciais que se instalam na história. A propriedade nesse avanço histórico vai se amoldando conforme as concepções filosóficas, sociais e políticas de cada tempo. De coletiva a individual absoluta e suas atenuantes posteriores, característica essa resultante do meio e situação temporal aos quais a propriedade estava ou está submetida. Diante deste vínculo, a análise histórica é de fundamental importância para que se entenda o porquê das várias tendências que nortearam o conceito de propriedade, ora para um compartilhamento harmônico, ora para utilização egoística e déspota, até chegarmos ao conceito mais social da atualidade, mas que ainda necessita de lapidação e efetividade.

1.1 ERA ANTIGA

Esse período compreende os estágios primitivo, clássico e medieval. Muitas foram as transformações vivenciadas pela propriedade e pela formação das cidades durante esse lapso temporal, mesmo porque o ser humano estava se desenvolvendo em fase inicial. Descobertas, convivência social, aprimoramento humano básico, guerras, conquistas etc. As atenções humanas estavam voltadas para atividades basilares de sobrevivência no princípio, tornando-se mais intelectualizadas com o passar dos tempos.

Tanto a propriedade como a cidade vão se amoldando conforme o momento histórico e os reais interesses do homem. Para tanto, o contexto social, econômico e político tem influência direta em seus significados, conforme veremos de maneira rápida e superficial nos tópicos seguintes.

1.1.1 Primitiva

Para o homem, ser racional, essa história inicial não fora diferente. Nos primórdios, para que pudesse existir, o homem teve que se utilizar dos bens disponíveis na natureza, possibilitando a continuidade na sua trajetória pela terra. Isso implica dizer que teve a necessidade de repousar, abrigar-se das intempéries diárias, usufruir dos frutos da fauna e flora para alimento etc.

A importância da coletividade neste momento inicial da vida humana é infinitamente maior do que a individual, já que a dificuldade para o ente solitário era mais premente do que para o ente que vivia em grupo. O grupo dava segurança, identidade e, acima de tudo, deixava a vida do ser humano-indivíduo menos dura, pois, através da articulação social, organizavam-se as tarefas, e a obtenção de alimento, abrigo e utensílios tornavam-se mais acessíveis.

Neste momento o homem já começa a desenvolver materiais e pertences para a facilidade na obtenção de alimento como artefatos de caça, pesca e colheita, bem como para seu conforto, como protetores para o corpo e outros utensílios. Muito provavelmente aqui temos as primeiras apropriações individuais. Num momento de abundância e início de vida em grupo, o espaço territorial também é compartilhado de forma coletiva, porém, vai percebendo o homem que, na medida em que aumenta a quantidade de pessoas num determinado local, sua vida já começa a sofrer interferências indesejáveis, como falta de espaço e diminuição dos bens disponíveis, o que começou a originar a disputa de territórios por grupos distintos. Apesar de conjecturas baseadas nos achados da era pré-histórica, pode-se afirmar que no início do convívio humano a propriedade tinha um tom comunitário, já que todos dela se utilizavam de forma harmônica. O domínio comum das coisas úteis era uma prática corriqueira, individualizando-se o domínio de coisas pessoais.

Com o passar do tempo e o acúmulo de seres humanos num mesmo território, a abundância irrestrita deu lugar à escassez e as primeiras dificuldades do ponto de vista de distribuição e utilização dos bens veio à tona. Independentemente da situação vivida pelo homem primitivo e seu difícil registro histórico, podemos dizer que a propriedade esteve presente em todos os momentos da vida humana, seja qual for sua manifestação, social ou não. “Pensa-se que a essência primitiva da propriedade tenha passado do plano coletivo do clã, para o familiar e desta para o

individual.”¹ Neste momento histórico, era primitiva, os bens móveis tinham a possibilidade da apropriação individual, enquanto os bens imóveis eram de uso comum do grupo ou clã.²

Valcir Gassen pontua em seu trabalho “Natureza histórica da instituição do direito de propriedade” que:

A propriedade coletiva das comunidades gentílicas foi a forma de propriedade que predominou nas antigas civilizações. No Egito, Síria e Mesopotâmia as comunidades gentílicas estavam organizadas basicamente em grupos familiares, clãs e tribos, em que a propriedade coletiva tinha em sua base o entendimento de que a comunidade predominava sobre o indivíduo. O que conta é a comunidade, e sendo assim, a terra pertence ao grupo todo, tanto aos vivos quanto aos mortos, visto que a crença, nesses tempos, sustentava que os mortos permaneciam de certa forma ligados às condições terrenas.³

Numa contribuição interessante, Friedrich Engels, em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, aponta que na antiguidade havia casamento de grupos, onde um grupo de mulheres se relacionava com um grupo de homens. Por razões óbvias, os filhos advindos desses relacionamentos só tinham a mãe conhecida, daí uma forte reverência à matriarca. O poder matriarcal vai cedendo espaço ao patriarcal, a partir do momento em que os relacionamentos entre homem e mulher vão se simplificando até chegar ao par, onde na constituição familiar fica nítida a pessoa de uma mãe e um pai. Com o advento do comércio, economia, produção agrícola não apenas para subsistência da família e a divisão da então terra comunitária, começam a surgir as propriedades privadas.⁴

1.1.2 Clássica

Neste período, temos o início do regramento jurídico da propriedade, tendo como maiores representantes os povos grego e romano. Muitos autores afirmam que a posse nasceu com as primeiras expressões da humanidade e que a propriedade seria a concepção jurídica do instituto dada pelo homem, e que começou a ser esboçada na era clássica; em Roma, havia distinção entre posse

¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do Direito Civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p.132.

² LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

³ GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In Fundamentos da história do direito / Antonio Carlos Walkmer, organizador. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.117.

⁴ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006. p. 16.

(fato) e domínio (direito do proprietário). Vale menção que até a atualidade não tivemos acabada a discussão sobre a propriedade e suas características. Esse debate vem sendo travado a partir das várias contribuições de nossos doutrinadores e legisladores, cada qual a seu tempo, enfocando a propriedade diante das prioridades históricas que vão se alterando conforme caminham os anos.

Na era clássica, a propriedade transformou-se em direito de cunho absoluto, onde seu titular tinha o poder de usar, gozar e abusar da coisa conforme bem lhe conviesse. A ausência de qualquer limitação não foi instituída de forma abrupta, foram longos 12 séculos de história, partindo das propriedades familiares e a das gens até a propriedade de Estado, destacando-se que, com o surgimento da economia monetária, a característica individual da propriedade torna-se mais clara. Portanto, podemos afirmar que no início dessa era tínhamos a predominância da forma coletiva, que foi sendo substituída conforme o caminhar histórico em um grau individualista absoluto. Toda a magnitude destes povos teve seu momento maior no período intermediário já que, a exemplo de Roma, a história registrou um início não apoteótico, passando na sua fase mediana pelo apogeu e a posterior decadência ao fim destes 12 séculos de humanidade.

A polis grega era fundamentada no direito de propriedade sagrado, indivisível, familiar e individual. Isso explica o porquê da preocupação extremada dos cidadãos gregos na proteção da cidade Estado contra a invasão de estrangeiros. Os primeiros filósofos a tratar da matéria em suas obras foram Platão e Aristóteles (Das leis e Política). Nas cidades Estado, por volta do século XIX a.C., a venda de terras era proibida, isso envolvendo o campo, a casa e o túmulo, mantendo-se o número de famílias proprietárias de terras para cultivo sem alteração. A distribuição de terras era restrita e só o Estado poderia outorgar aos soldados cotas uniformes para serem cultivadas pelos escravos e sob regime extremamente precário, pois caso não produzissem de forma eficiente, o Estado destinaria as terras para alguém com mais capacidade de cultivo.⁵ Aqui, apesar da era individualista que se iniciava, constatamos um rigor na preocupação com o uso social das terras distribuídas, pois deveriam cumprir à risca sua função de produção, sob pena de confisco do Estado.

A própria cidadania grega estava intimamente ligada à propriedade, já que apenas os cidadãos podiam ser detentores de terras. Aos não cidadãos restavam

⁵ PIPES, Richard. Propriedade e liberdade. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001. p. 130.

outras atividades como a mercancia, de onde advinha dinheiro que teve papel preponderante na mudança desse conceito, uma vez que os proprietários de terras começaram a querer vender suas propriedades, ocasionando a perda da cidadania daquele que se desfazia de suas terras.⁶

Nesta próxima fase, começa a ser consentido o comércio da propriedade como forma de não mais punir o cidadão pois, com a perda de cidadãos, o Estado iniciava um processo de enfraquecimento, o que não era desejado. O apelo sagrado da propriedade é tão forte que os gregos chegam a criar os “deuses lares” - havia uma linha sagrada que limitava a ação desses deuses, sendo que o desrespeito a essa linha imaginária (divisa) poderia até resultar em pena de morte. Assim o conceito de individualidade vai se sedimentando, tornando a propriedade individual absoluta, podendo ser usada da forma mais conveniente pelo proprietário contra tudo e todos.⁷

Em Roma não fora diferente, a matéria propriedade foi amoldando-se aos anseios daquele povo com o passar dos anos. As características iniciais se assemelham às gregas, onde num primeiro momento o uso coletivo prevaleceu, passando mais adiante pela propriedade patriarcal, em que a família dirigia a terra. Com o *pater familias* a exploração da terra era feita pelo chefe da família, que ao morrer transmitia sua propriedade aos herdeiros homens. A vinculação do bem com a família era tão forte que ele continuava a ser inalienável, não sendo permitida ao seu chefe qualquer negociação.

Com o passar do tempo o poder da família foi perdendo força, em razão das diversas interferências da época, como o aprimoramento da mercancia e economia monetária, utilização desmedida do poder por parte do *pater familias*, além do progresso civil. Passa a ter destaque a vontade individual, que atinge a sua plenitude na relação com a terra.

Durante todo esse período romano, destacam-se quatro modalidades de propriedade: quiritária, pretoriana, provincial e peregrina.⁸

A quiritária era de exclusividade do cidadão romano e contava com um forte dispositivo de proteção intitulado a *rei vindicatio*, onde o detentor poderia ter a coisa

⁶ COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Hemus, 1975. p. 50.

⁷ Ibidem.

⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit. p. 16.

assegurada para si, caso houvesse perigo de perdê-la; teve início na ocupação de terras devolutas ou tomadas por meio da guerra.

A pretoriana nasceu da decisão reiterada dos pretores, que garantiam o direito daqueles que ainda não tinham ato formal de transmissão de determinado bem. Eram possuidores sem o domínio, que se encontrava nas mãos de um terceiro. Diante do litígio, os pretores garantiam a propriedade para uma das partes.

A modalidade provincial determinava as propriedades localizadas nas províncias e de propriedade do povo que detinha a posse através da paga de certas quantias. O domínio era do Estado, porém, o povo cuidava de seu cultivo.

Já a propriedade peregrina era a de fato conferida aos estrangeiros não cidadãos, garantindo a proteção do Estado contra terceiros.

Acrescente-se às anteriores, a propriedade *jus gentium*, onde os mais pobres tiveram a permissão para a aquisição de terras. Tal fato se deu em resposta do Estado ao povo, contendo a revolta dos plebeus que buscavam também o acesso à propriedade.

Todas essas formas de propriedade foram se fundindo até que a de característica individualista fosse desenhada. A referida fusão teve várias influências, que vão da ampliação da cidadania à cobrança de impostos por parte do Estado romano.

A propriedade em Roma ocupa lugar importantíssimo na sociedade, vindo a transformar-se em individual absoluta, porém, mesmo nesta fase onde a propriedade foi aclamada como egoística do ponto de vista de compartilhamento social, ficam claras algumas restrições impostas ao direito. O alinhamento das edificações, por exemplo, advém do ordenamento urbano de Roma, além das restrições pertinentes à construção em vias públicas, autorização para construção ou demolição entre outras.⁹ Desde o primeiro código escrito de leis, o de Hamurabi, registram-se artigos próprios do direito de propriedade referentes à proteção de certas classes detentoras do poder, direito de vizinhança, regras de segurança, estética, salubridade etc.¹⁰

A propriedade estava a serviço de seu detentor que, segundo os juristas romanos, podia exercer o domínio de três formas: *usus*, permissão para usar o bem

⁹ CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1989, p. 104.

¹⁰ Ibidem.

para a satisfação de suas necessidades e anseios da forma que lhe conviesse; *fructus*, o poder de recolhimento de seus produtos (frutos), seja em forma de colheita, seja em receita; e o *abusus*, onde o detentor do direito podia, de forma ilimitada, dispor da coisa da maneira que lhe aprouvesse, usando-a e abusando-a livremente.¹¹

Neste contexto, o proprietário reúne atributos que autorizam o exercício de um direito caracterizado pelo individualismo, sem se preocupar com o contexto social, porém, esse individualismo é visto por nós como não *erga omnes*, já que naquela época havia algumas restrições ao direito de propriedade, principalmente frente ao Estado e à organização urbana.

Em sua fase terminal o império romano vê a desorganização política entre os séculos II e III d.C., com o enfraquecimento do poder Estatal, a dispersão da população das cidades para a área rural e o crescimento dos latifúndios. O Estado não cuida, neste momento, da proteção e bem estar de seu povo, a invasão bárbara provoca desestabilização e a sensação de insegurança, fazendo com que a população das cidades e pequenos camponeses refugiem-se junto aos grandes proprietários, que alcançam poder e autonomia para lutar por seus latifúndios, abrigando aqueles que lhes trouxessem cultivo e lucro em troca de segurança.

1.1.3 Medieval

A característica predominante desse período é o feudalismo, onde o poder emana do domínio fundiário. O detentor de terras incorpora os poderes políticos sobre aqueles que estão residindo/cultivando o território de sua propriedade. De início, a ocupação dos feudos foi feita por permissão de uso aos ocupantes, que em contrapartida prestavam serviço de cultivo, preservação e até militares. Com o passar do tempo, esse aspecto temporário tornou-se perpétuo, onde os mais poderosos exploravam os mais simples.

A era medieval vai da decadência de Roma, por volta de 450 d.C., até a queda de Constantinopla e o início do Renascimento. A demonstração de poder da época é o acúmulo de terras. A figura do Estado, enfraquecida na queda do Império Romano, dá lugar ao poderio do senhor feudal, que permite ao vassalo a ocupação

¹¹ ARAÚJO, Telga Gomes de. Função social da propriedade. Verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 39, p.1, 1977.

temporária de suas terras em troca dos frutos de sua produção e o engajamento militar.

O domínio se faz presente de duas formas bem definidas, o *directum* e o *utile*, numa relação determinada pelo senhor feudal e o vassalo, respectivamente.¹² Vale dizer que grande parte dos que se submetiam à “proteção” do suserano, eram pequenos camponeses que tinham determinadas porções de terra, mas que se viam impotentes diante da enorme desigualdade social acirrada pela ausência do Estado, que ocasionava um desarranjo de conduta com a deflagração de uma onda de invasões de terras.

Ao contrário da era clássica, a era medieval traz para o proprietário não só o uso, fruto e abuso, mas também deveres para com aqueles que utilizavam os feudos produzindo riquezas; apesar da sistemática exploratória, havia a contrapartida de segurança e proteção. Nesse sentido, podemos dizer que o feudalismo registrou direitos e deveres dos dois lados envolvidos com a terra, senhor feudal e vassalo, por mais que fossem díspares.

Concomitantemente ao transcorrer do sistema feudal, foram-se solidificando o comércio e a indústria, que davam surgimento à classe burguesa que, de certa forma, começou a ofuscar todo o poderio do senhor feudal. Assim, iniciou-se uma marcha contrária motivada pelo desenvolvimento do comércio, indústria e artesanato.¹³ A burguesia entende que o poder centralizado nas mãos de um monarca, não mais dividido entre vários senhores feudais, lhe ofereceria uma autonomia econômica e política mais interessante, o que fez com que os mais poderosos procurassem unificar suas terras à força, consolidando o reinado. O Rei torna-se o proprietário de todas as terras e delas faz uso com a finalidade do aumento de riquezas.

As correntes filosóficas cristãs têm influência de forma decisiva na Idade Média, através de seus representantes maiores, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. No âmbito da propriedade privada, as contribuições destes pensadores reputam-se como fundamentais no modelo que se persegue até os dias atuais. Guardadas as devidas ligações com o momento histórico em que essas idéias foram debatidas, ou seja, a Idade Média, a sua contribuição social e de justiça são incontestáveis.

¹² Ibidem.

¹³ CORREIA, Fernando Alves, op. cit. p. 110.

Não queremos aqui cultuar as duas cidades (terrena e de Deus) ensinadas por Santo Agostinho, mesmo porque ratificava, através das leis profanas, as quais deveriam ser seguidas, o *status quo* dominante da época. Para o filósofo, mesmo injustas, as leis terrenas só existiam por permissão divina e se assim o fossem tinham uma razão de ser na redenção humana para Deus. Santo Agostinho se engajaria na defesa da propriedade privada, sendo ela determinada pela lei pagã, ou seja, do Estado, estaria plenamente justificada, apesar de injusta.¹⁴ Agostinho impregnou o pensamento filosófico da época através da instituição monástica, que nada mais era do que a orientação da vida social segundo o ensinamento de Cristo.

A contribuição de Santo Agostinho para o direito de propriedade se resume na difusão de que a apropriação privada não tem raízes no direito divino, por ele aclamado como o único justo. Em sua tese, a apropriação privada tinha poder de perverter o possuidor que, ao invés de pertencer a ele, o escravizava.¹⁵

Esse vínculo agostiniano começa a ser rompido com a escola de Bolonha, na Itália. Os filósofos clássicos, tidos como pagãos e proibidos durante algum tempo, começam a ser novamente pesquisados, oxigenando o pensamento teocentrista. O desenvolvimento das artes, gramática, dialética, entre outras atividades urbanas, faz circular as obras clássicas, principalmente as de Aristóteles, impulsionando a chamada revolução escolástica que apostava na força do conhecimento natural.¹⁶

São Tomás de Aquino teve um papel importantíssimo neste momento em que “dois direitos” se contrapunham: de um lado os agostinianos defendendo a Cidade de Deus e o direito divino, de outro os participantes da escolástica, influenciados pelos ideais clássicos e o direito natural, terreno. São Tomás é encarregado pelo papado da época em traduzir Aristóteles, adaptando seus ensinamentos aos preceitos de Santo Agostinho.

Em seus escritos, São Tomás revisita a idéia de homem inserido no contexto social, apoiado na idéia de que só através do corpo social o homem alcança a plenitude de suas ações. Sob o citado enfoque, qualquer vontade ou apropriação individual deve pautar-se pela convivência harmônica coletiva, juntamente com seus anseios.

¹⁴ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 104.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem. p.124.

Em suas obras *Summa Contra Gentiles* (cap. 133 do livro III) e *Summa Theológica* (q. 66, II), São Tomás dá largada a uma série de ideais ligados à utilização da propriedade privada com fins sociais, que até hoje estamos lapidando.

O aspecto individualista do direito de propriedade advindo de Roma sofre críticas pesadas por parte do filósofo. Tomás não defende uma propriedade coletivista compartilhada por excelência, mas sim uma propriedade individual que atendessem aos interesses coletivos.¹⁷

A riqueza e a apropriação individual de maneira indireta, em *Summa Contra Gentiles*, não representam a maldade enquanto servem ao exercício da virtude, do auxílio ao próximo ou sustento pessoal. Só tornam-se maléficas a partir de seu uso egoístico.¹⁸

Summa Theológica traz nítido o ideário social de propriedade iniciado por São Tomás de Aquino. Para ele, Deus tem o domínio maior de todas as coisas, que as disponibiliza para o sustento humano. O homem faz o uso natural das coisas que, apesar de utilizá-las de forma individual, não deveria tê-las como absolutamente individualizada, sem a preocupação com o seu próximo. O direito natural do uso das coisas originava o poder de buscá-las e também dispensá-las (*potestas procurandi et dispensandi*)¹⁹, legitimando a propriedade privada necessária à vida sob três prismas: a) o melhor engajamento do homem quando para conquistar para si; b) cada um busca algo que deseja especificidade e c) com o seu individual, o homem tem tendência à paz, na medida em que o entendimento, diante de coisa de propriedade coletiva, pode gerar conflitos.²⁰

Na verdade, São Tomás justifica a propriedade privada como sendo uma convenção humana para o progresso e o convívio harmônico, desde que sendo considerada diante de um contexto social maior. Não é contra o direito natural, apesar de não ser inerente a ele.

A era medieval finaliza sua contribuição à humanidade em decadência por conta da ação déspota dos nobres e do clero que, utilizando-se de recursos perversos, explorava de maneira animalesca a classe camponesa sacrificada pelas

¹⁷ MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 29.

¹⁸ SANTOS, Arlindo Veiga dos. Filosofia política de Santo Tomás de Aquino, 3ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p. 37.

¹⁹ AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teologia. Vol. III. Parte II-II (a), 5ª impressão. Madrid: biblioteca de Autores Cristianos, 2002.

²⁰ Ibidem.

condições de vida miseráveis, arbitrariedade e pesados impostos. Não se contém a massa explorada diante de tantas atrocidades vividas durante muito tempo de repressão. Aos poucos, a força dos nobres começa a ser corroída pela intenção nítida da burguesia em assumir o controle de determinadas regiões, onde a predominância dos reis e seus nobres estava cada vez mais desprestigiada junto aos súditos. Neste clima de generalizada insatisfação, veio a revolta, dizendo um não ao Estado absolutista.

1.2 ERA MODERNA

Até aqui, a propriedade estava impregnada de ônus e obrigações perfazendo as benesses e futilidades da Realeza. Com o início deste momento histórico, marcado pela Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, caem por terra muitas das obrigações para com a coroa que contribuíram, e muito, no fomento da insurreição.

O Iluminismo veio com as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade para legitimar os revoltosos, que tinham como foco a propriedade. Neste momento, a burguesia não participa do rol de classes que no Estado absolutista serve-se de maneira abundante. Burguesia essa a quem interessa a franca expansão do capitalismo, colocando no mesmo patamar, pelo menos hipoteticamente, nobres, povo e burguesia. Segundo o mestre Alysson Leandro Mascaro:

A filosofia iluminista é claramente antiabsolutista: reclamando a universalidade de certos direitos, próprios a todos os indivíduos, a filosofia moderna rejeita os privilégios, o *status quo*, o estamento, as divisões que davam base ao Antigo Regime. A igualdade de todos os indivíduos perante a lei e a ampla liberdade de negócios, que são fundamentos da atividade capitalista, passam a ser bandeiras da luta filosófica burguesa, iluminista, contra o absolutismo.²¹

Esse clima de valorização da “liberdade individual”, amparada pelo anseio da burguesia em ter o poder vinculado ao desenvolvimento da economia, fez com que o antigo regime feudal e o ônus generalizado na propriedade desaparecessem.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais precisamente em seu artigo 17, a propriedade rompia as amarras do direito público e passava a vigorar no direito privado como imprescindível ao homem, a partir da seguinte redação: “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser

²¹ MASCARO, Alysson Leandro. Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 39.

privado.”²² O individualismo permitia a utilização da propriedade da forma mais irrestrita e incondicional possível; em contraponto, a intervenção do Estado fica menor, chegando a apresentar a propriedade como um direito subjetivo do titular.

No Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico, no artigo 544 definiu a propriedade sob a influência dos áureos tempos de Roma: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”.²³

O pensamento contido no código Napoleônico influenciou de forma contundente a maioria dos demais códigos modernos e, como não poderia deixar de ser, o próprio pensamento moderno sobre o instituto, neste diapasão do Código Civil Brasileiro de 1916, que até recentemente vigia, recebe carga de conceito idêntico ao do Código Napoleônico.

É bom destacar que na Idade Moderna várias foram as fases e enfoques frente à propriedade, já que partimos de um momento absolutista que impera no início da era e que, mais adiante, sofre pressões de ideários socialistas, forçando o começo de um novo pensar diante da função da propriedade privada.

Inicia-se um segundo momento dentro da era moderna, que alguns intitulam de “antipropriedade privada”.²⁴ O socialismo vai ao encontro do liberalismo, onde vários são os pensadores modernos que iniciam uma série de ataques filosóficos contundentes e ferrenhos à propriedade individualista.

O cenário social na revolução industrial era deplorável. A exploração humana tinha mudado de mãos, mas ainda persistia até de forma mais cruel, já que o trabalho nas indústrias chegava à beira da escravidão, tamanha a falta de valorização da grande massa operária e as condições insalubres a que estava submetida. Como bem pondera o filósofo Hegel, participante do limiar da era moderna, “cada um é filho de seu tempo”²⁵, assim, a filosofia, o direito, os conceitos de propriedade também obedecem à mesma métrica.

Mais uma vez, levantam-se aqueles que, insatisfeitos com a condução econômica e social do período, começam a gerar documentos e reflexões que dizem um não ao sistema dominante.

²² ARAÚJO, Telga Gomes de. op. cit., p. 03.

²³ Ibidem.

²⁴ PIPES, Richard. op. cit., p.67.

²⁵ MASCARO, Alysson Leandro. op.cit., 72.

Dentre os que lideraram o pensamento socialista, Karl Marx e Engels são os que produzem obras significativas, pregando a apreensão coletiva dos meios de produção e a conseqüente abolição da propriedade privada.²⁶

Em suas obras, “Manifesto Comunista” e “O Capital”, Marx condena a propriedade privada, incentivando a luta de classes, onde a operária deveria se contrapor à burguesa. A exploração “do homem pelo homem” deveria ruir. Apesar da manifestação voraz contra o capitalismo, o marxismo não obteve hegemonia, algumas experiências políticas usufruíram deste pensamento. Mesmo combatendo incansavelmente, só em algumas partes do mundo o socialismo foi exercido.

Vêm os regimes socialistas que dão vazão ao preconizado por Marx, onde o sistema de propriedades coletivas convive com os demais regimes. Com a Revolução Russa de 1917, teve início a discussão constitucional que originaria a Constituição Soviética de 1936, que reconheceu quatro formas diversas de propriedade subdivididas em dois grupos, os da Propriedade Socialista (Estado e cooperativas) e os da Propriedade Pessoal (familiar e individual).²⁷

Destas, a Propriedade Socialista contribui com algo de novo no contexto histórico, a partir do momento em que volta o direito de propriedade para o interesse da coletividade. A propriedade de Estado envolve o solo, meios de transporte, empresas e espaços públicos, empresas agrícolas e grande parte das habitações. Já a propriedade cooperativa era gerida pelas empresas agrícolas que detinham o usufruto das terras aráveis, bem como das máquinas e acessórios destinados à produção. Contudo, a nua propriedade continuava nas mãos do Estado.²⁸

A experiência intervencionista do Estado na propriedade privada foi vivida por países que tiveram a influência do pensamento marxista, como Cuba, Polônia, Iugoslávia etc.

Com a queda da União Soviética e o enfraquecimento do movimento socialista em outros países que pretenderam resistir ao capitalismo, muito se abandonou das idéias marxistas frente seu maior inimigo, a exploração econômica. No entanto, a preocupação com a função social da propriedade privada continua sendo discutida no transcorrer da história, muito fundamentada ainda pela filosofia da era moderna.

²⁶ Ibidem, p. 95.

²⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit. p. 30.

²⁸ Ibidem, p. 33.

1.3 ERA CONTEMPORÂNEA

Apesar de termos momentos históricos vividos nesta era, vale lembrar que a trajetória contemporânea ainda se perfaz. Isso implica dizer que o instituto da propriedade ainda recebe contribuições importantes dos pensadores da atualidade, não permitindo dar por acabada a discussão sobre seu aprimoramento.

Após a II Grande Guerra, tivemos o início de um Estado com preocupação social, os direitos sociais, que tiveram como marcos jurídicos as Constituições do México de 1917 e a de Weimar em 1919.

A própria situação pós-guerra e o desmantelamento de grandes cidades dos países envolvidos no conflito originaram essa necessidade de uma nova configuração do Estado, que passa de mero garantidor de direitos, a interventor na realidade social com vistas ao aprimoramento da sociedade. Apesar da presença do capitalismo, o Estado social busca a diminuição das desigualdades sociais oriundas da própria concentração de renda não equânime.

Vale dizer que o Estado social é uma das várias facetas governamentais da era contemporânea. A propriedade de que estamos tratando no enredo deste trabalho, está sob o contexto do movimento histórico democrático que, apesar de não ser único no mundo, é predominante na maior parte dos países.

Com essa “preocupação” social, a propriedade não é admitida de maneira individualista, satisfazendo o gozo de um em detrimento de todos os outros. O abuso de poder e o uso maléfico foram as primeiras restrições ao direito de propriedade. O proprietário começa a ter que se preocupar com a utilização de seu bem com o objetivo de este não resultar em prejuízo ou incômodo a outrem. Leon Duguit pondera que o direito de propriedade é uma missão social do detentor da riqueza.²⁹

Outras experiências jurídicas foram incorporando à nova ordem do direito de propriedade com função social, como a Constituição italiana de 1947, Constituição espanhola de 1978, deflagrando ideais sociais por todo o ocidente.

No Brasil, já nas Constituições de 1934 (artigo 113), 1937 (artigo 122), 1946 (artigo 141, § 16 e 147), 1967 (artigos 150, § 22 e 157) e Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (artigos 153, § 22 e 161), a função social da propriedade teve recepção constitucional.³⁰

²⁹ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado*. Madri: Posada, 1931. p. 40.

³⁰ GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 115.

O ponto alto da recepção da função social da propriedade deu-se com a Constituição Federal de 1988. Nesta Carta Magna está presente a garantia da propriedade e seu dever para com a sociedade. Assim temos os artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV a XXX; 170, incisos I e II; 176; 177; 178; 181; 182; 183; 184; 186; 191 e 222.

Apesar de todo o acolhimento da Constituição de 1988 no que tange à função social da propriedade, ainda tínhamos um Código Civil Brasileiro de 1916, que fora inspirado no Código Napoleônico, contendo ideais individualistas sobre o assunto. Essa barreira civil só foi legalmente rompida com a vigência do novo Código Civil Brasileiro de 2002, Lei 10.406, em seu artigo 1228, apesar dos entendimentos jurisprudenciais, naquela época, já contemplarem o que pretendia a Constituição de 1988.

No caso brasileiro as contribuições não pararam por aí. A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e a MP 2.220/01 (Regularização Fundiária Urbana), Decretos 52.052 e 52.053 do PEC Estadual n. 23 de 2007, Projeto de Lei, hoje no Senado, que altera da Lei 6766/79, tratam dessa faceta social da propriedade de maneira decisiva em nossa legislação pátria e que serão estudadas mais adiante.

Na síntese de Valcir Gassen, apesar da insistência dos preceitos legais a propriedade privada nos moldes capitalistas ainda prevalece:

Contemporaneamente nota-se uma mudança no conceito jurídico de propriedade. Só é legítima aquela propriedade, aqui propriedade privada da terra, que atende a sua função social. Contudo, é de observar-se que de modo algum essa mudança atinge as formas fundamentais de propriedade privada no modo de produção capitalista.³¹

O caminho ainda está sendo trilhado, apesar do apoio legislativo, muito há de se fazer para a viabilidade da consciência social da propriedade e sua concreta implementação. Num mundo de economia capitalista, é forte a resistência à função social da propriedade, principalmente a urbana. Daí a necessidade de um exercício e contribuições cada vez mais constantes para o aprimoramento dessa história que ainda não está concluída, no que envolve a função social da propriedade.

³¹ GASSEN, Valcir. op. cit. p. 135

1.4 A CIDADE

Segundo dados do IBGE, o crescimento da população urbana nos últimos anos registra que 80% das pessoas vivem nas cidades atualmente. A cidade representa hoje o espaço geográfico onde a sociedade se reúne para a convivência de sua existência. É o lugar onde se dão os movimentos sociais, apresentando seus vícios e virtudes como reflexo da ação diária de seus ocupantes. A grande questão, quando nos referimos à cidade, é a de torná-la um ambiente favorável para o convívio humano do ponto de vista da dignidade, qualidade de vida, bem estar, potencializando sua vida, tornando-a mais agradável, produtiva e feliz. Aliás, a felicidade deveria estar como base de todas as ações da cidade. A condição para a vida em sociedade é a de felicidade plena de seus entes. Que cada cidadão tenha sua felicidade e proporcione a felicidade ao seu próximo. O que em tese parece perfeito, na prática apresenta distorções gigantescas, já que o cotidiano das cidades apresenta inúmeros problemas, seja frente ao descaso do Estado, seja frente à falta de solidariedade e pensamento social de seus ocupantes.

A convivência grupal deu início a esse organismo vivo que é a cidade. As comunidades gentílicas e clãs uniam-se para, de forma organizada, buscar a sobrevivência própria através da alimentação. Em grupo, era mais fácil a obtenção de alimentos e caça para a subsistência do grupo.

O termo cidade surge nos primórdios históricos. Na Antiga Grécia, por exemplo, em virtude de lutas internas pelas conquistas de terras, muitos grupos, em especial os aristocratas, uniram-se em comunidades que, multiplicadas, geraram a chamada *polis* ou cidade-estado Grega. Esta, composta da *acrópole* (templo no alto monte), *ágora* (praça central) e *asty* (mercado), tornou-se um centro religioso, político, econômico e social da época.³²

Na obra *Política*, Aristóteles desenvolve seu conceito sobre cidade com base na vivência da *Polis*. Na sua ótica, o homem só encontraria a satisfação e felicidade plenas através da vida na cidade.

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem

³² LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.07.

mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política.³³

A cidade para Aristóteles agregava todas as comunidades e, por assim ser, era a mais importante de todas. Essa conceituação de elevado cunho social ainda não atingimos. Talvez Aristóteles tenha sonhado com uma cidade ideal. Bom seria se, já naquela época, esse conceito de cidade transcendesse a filosofia aristotélica e repercutisse no cotidiano prático das pessoas. Muito provavelmente teríamos uma outra realidade nos dias de hoje.

Desse conceito perfeito do ponto de vista de vida mais digna e auto-ajuda fraterna entre os homens em busca do bem supremo, como defendia Aristóteles, a cidade real, prática, sofreu influência e mutação no decorrer da história.

Na verdade, várias são as correntes que lançam suas justificativas para delinear o conceito de cidade. De convicções religiosas, de sobrevivência, sociais, de bem supremo, políticas, até econômicas, todas apontando ligações para a reunião de seres humanos na cidade para, de forma totalmente livre, viverem seus dias de existência.

Entre aqueles que merecem abordagem, Karl Marx e Max Weber dão o tom mercantil como fundamental na existência da cidade. Para eles, as cidades estão intimamente ligadas ao contexto social, histórico, político e religioso ao qual se submetem a cada época. Assim sendo, a cidade depende e não se auto-explica, uma vez que é reflexo do momento e onde se insere.

Max Weber chega a afirmar que a cidade é pré-condição para o capitalismo que, por sua vez, fomenta seu desenvolvimento.³⁴

Karl Marx, por sua vez, além de encarar a cidade como mercado, afirmava que era o único lugar que propiciaria o encontro de homens livres que pudessem vender sua mão-de-obra com a burguesia que, livre das interferências de senhores feudais, pudesse comprar e explorar essa mão-de-obra. Neste ponto de vista, a organização da sociedade em classes, segundo Marx, deixou ambiente favorável à expansão do capitalismo e da cidade.³⁵

Segundo o pesquisador português Antônio Baptista Coelho, “o homem foi moldando o espaço às suas necessidades, e tudo bem enquanto o homem não teve

³³ ARISTOTELES. Política. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Unb, 1989. p.316.

³⁴ WEBER, Max. Conceito e categorias de cidade. Organizador Otávio G. Velho. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987. p. 57.

³⁵ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. Lisboa: Ed. Presença, 1974.

o poder necessário para subverter a ordem natural e paisagística. Ai começaram os problemas graves, hoje tão evidentes e tão críticos”.³⁶

Antonio Baptista Coelho faz uma aritmética interessante, dando conta que a problemática das grandes cidades, que encontramos na atualidade, é algo novo em se tratando da história da humanidade. Portanto não temos experiência prévia de tais situações, estamos num período de conhecimento e aprendizado. Afirma que provavelmente uma das primeiras grandes cidades tenha sido Jericó, com cerca de 1.000 habitantes distribuídos em 2,5 hectares. Isso, há 12.000 anos.³⁷

A qualidade de vida das populações era provavelmente uma preocupação pouco presente, quando a vida corria lentamente e as transformações espaciais urbanas e habitacionais sucediam com cadências extremamente lentas, de certa forma de acordo com o ritmo de vida lento que aconteceu até provavelmente meados do século XX; basta pensar um pouco sobre aquelas fotografias que vemos dos anos 40 e 50 em Portugal e também atentarmos nos filmes da época. A partir de certa altura tudo adquiriu uma rapidez por vezes agressiva e explosiva, pensando na expansão urbana, e quando tal aconteceu não havia critérios “à altura” para racionalizar tal explosão dobrando-a no respeito pela salvaguarda da qualidade de vida das populações; provavelmente nem as populações tinham a noção de que deveriam poder ter essa qualidade de vida.³⁸

A industrialização, que sucedeu o modelo de vida essencialmente agrícola, teve papel preponderante para o crescimento do sistema urbano e das grandes cidades.

Com a Revolução de 1930 representando uma ruptura desse modelo agroexportador, ocorre a emergência da burguesia comercial e industrial, o crescimento do mercado urbano de bens e serviços e, com a centralização das funções políticas e decisórias, a acentuada participação do Estado nas esferas econômicas e social. Esses três aspectos, mas não só eles, determinaram o conteúdo, a forma e a intensidade do processo de urbanização.³⁹

No tocante ao Brasil, sabe-se que durante séculos sua característica foi eminentemente agrícola e extrativista. Mesmo assim, os agrupamentos humanos foram surgindo e dando origem às feitorias. Martin Afonso funda a Vila de São Vicente e inicia expedições colonizadoras com o objetivo da formação de vilas e povoados. Vale ressaltar que a criação de vilas e povoados no Brasil Colônia não resultava da aglomeração em massa, e sim da iniciativa oficial das autoridades

³⁶ COELHO, Antônio Baptista. As grandes cidades e a origem das cidades. 2005.

³⁷ Ibidem. p. 1.

³⁸ Ibidem. p. 3.

³⁹ SCHMIDT, Benício. FARRET, Ricardo. A questão urbana. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1986. p 7.

coloniais.⁴⁰ Com a instalação do governo geral, em 1549, o Brasil Colônia já contava com 16 povoados e vilas em seu litoral, e Tomé de Souza funda a cidade de Salvador. Em 1567, como ponto alto da época em termos de organização urbana, foi fundada a cidade do Rio de Janeiro.

Ao contrário do visto nos demais pontos do mundo, o Brasil apresenta o crescimento e desenvolvimento de suas cidades, na época do Brasil Colônia, em torno de funções ligadas à exploração de recursos naturais.⁴¹

Com o movimento industrial, o Brasil amolda-se ao preconizado em outros países do mundo, com a característica do aumento da classe proletária em torno da exploração da mão de obra.

Outra característica peculiar da urbanização no Brasil é a intervenção forte do Estado no desenvolvimento de ações voltadas ao “aprimoramento” das cidades e pólos de convivência social, através de políticas urbanas.⁴²

De lá para cá, a cidade vem registrando o cotidiano das pessoas que se reúnem para viver socialmente. O crescimento avassalador de certos centros urbanos dá conta que é vontade/necessidade do ser humano essa experiência. Não basta, pois, um aglomerado de moradias para termos uma cidade. Necessária se faz uma organização complexa de características e agentes para sua efetivação. De número de habitantes, passando pelo mínimo de organização política, infraestrutura, produção mercantil, comércio etc. No Brasil, são 5.553 cidades espalhadas por todo este espaço praticamente continental, apresentando características, na maioria das vezes, muito diferenciadas. Esse fenômeno urbano é registrado não só no Brasil, mas também em todo o mundo. Com o crescimento demográfico, a concentração de pessoas vai aumentando índices nem sempre satisfatórios no tocante à qualidade de vida nos grandes centros.

Diante destes preceitos, a cidade tem que, necessariamente, apresentar um conjunto de habitações onde seus moradores desenvolvam suas atividades do ponto de vista do aprimoramento humano como bem estar, comércio, produção, educação etc.; e bens públicos destinados a dar vazão à vida desses moradores como saneamento básico, ruas, escolas, hospitais etc.⁴³

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 21.

⁴¹ SCHMIDT, Benício. FARRET, Ricardo. op. cit. p.14.

⁴² Ibidem. p. 15

⁴³ Ibidem.

1.5 VIDA NA CIDADE

A cidade é um verdadeiro mistério. É mistério e paixão, é orgulho e vergonha, suas construções, ruas, avenidas, edifícios, casas são reflexo de uma cidade em constante progresso, ou segundo alguns, retrocesso. Através desses monumentos, muitos considerados aberrações capitalistas e demonstrações de poder, encontramos seus protagonistas, personagens do dia-a-dia. Que nascem, vivem, alegram-se, trabalham, estudam, ganham e perdem dinheiro, conquistam, perdem, aprendem, ensinam, dão a vida, descobrem, tornam-se tristes, morrem.

Jane Jacobs, estudando as cidades norte-americanas, dá um exemplo interessante para a constatação dessa diversidade urbana em seu livro “Morte e vida de grandes cidades”. “As listas telefônicas classificadas revelam-nos uma grande verdade a respeito das cidades: O imenso número de elementos que as formam e a imensa diversidade desses elementos. A diversidade é natural às grandes cidades”.⁴⁴

O conviver é ter a certeza de encontrar o diverso. O contraposto. Num mesmo local encontram-se ricos e pobres, exploradores e explorados, bons e maus, honestos e corruptos, solidários e mesquinhos, condomínios de alto luxo e periferia sórdida, arranha-céus e favelas, gente bem-sucedida e miserável, jovens e velhos, cristãos e muçulmanos, nacionais e estrangeiros. Neste ambiente urbano, a regra é não ter regra, principalmente do ponto de vista ideológico. Não que a cidade propicie a anarquia, contudo, beira a loucura. É tudo e nada.

Na cidade o homem tem valor. O valor do homem se perfaz na posição que ele ocupa na sociedade. Se tem escolaridade, posses, boa aparência. O capitalismo mostra o caminho para a “felicidade”. O ter, o ser, propõe o valor que cada ser deve perseguir para não ficar à margem da sociedade. Logo, o lugar onde esses conceitos podem exteriorizar só pode ser o urbano. Na cidade você vê e é visto. Sua imagem é supervalorizada, e dão destaque na mídia. O ser humano assume uma função de mercadoria. Neste grande “supermercado”, estamos na prateleira, prontos para o consumo e tomara que nossa estratégia de marketing tenha sido competente para que não pereçamos sem uso e abandonados.

⁴⁴ JACOBS. Jane. Morte e vida de grandes cidades; tradução Carlos S. Mendes Rosa; revisão da tradução Maria Estela Heider Cavalheiro – São Paulo: Martins Fontes, 2000. 157.

A imagem ilusória que apreciamos nas linhas acima, dá conta de que a diversidade e a alta concentração populacional trazem sim problemas inúmeros, que a cada dia tornam-se mais complexos e de difícil solução.

Pode-se ver como um mal inevitável – ainda que necessário – o fato de as pessoas se reunirem em concentrações de tamanho e densidade típicos de cidades grandes. Trata-se de uma suposição comum: os seres humanos são encantadores em pequenos grupos e nocivos em grandes grupos. Dado esse ponto de vista, segue-se que as concentrações de pessoas deveriam ser fisicamente reduzidas a qualquer preço.⁴⁵

Neste caso de insucesso mercantil temos aqueles que são marginalizados. Fora do contexto mercantil, não têm dinheiro para seguir o “caminho da felicidade” induzido pelo capitalismo. Esse excluído quer o que todos querem, e dada sua impossibilidade financeira, lançará mão de meios ilícitos para conseguir aquilo que almeja, tráfico de drogas, assaltos a bancos, seqüestros e outra facetas para minimizar a condição de injustiça social que vive nas cidades, principalmente nas regiões periféricas.

No âmbito habitacional, a situação é a mesma. Dada a impossibilidade de aquisição de imóvel regular, será obrigado, o excluído, a valer-se de loteamentos irregulares que, por razões óbvias, são mais baratos ou até de invasão de áreas, pois em algum lugar terá que abrigar-se juntamente com sua família.

Partindo deste ponto, temos que considerar que a situação dos grandes centros populacionais vem se agravando cada vez mais. A regularização de situações informais implica num ambiente de maior possibilidade de paz e justiça social, com o mínimo de infra-estrutura digna.

Há muito vem se falando sobre as condições de vida na cidade dos excluídos, que não conseguem obter o mínimo de oportunidade para conseguir sobreviver na selva de pedra que pode aparentar beleza, pompa, atratividade, porém, todas as comodidades estão acessíveis a poucos, com poder aquisitivo e posição na sociedade urbana. Aos demais restam as migalhas, quando restam. A parábola muito difundida nas escolas intitulada “Ilha das Flores”, retrata bem a forma excludente com que os grandes centros impregnam as famílias que não dispõem do mínimo para sobrevivência. Hoje, nos grandes centros, temos um acentuado número de famílias vivendo do lixo, que em nada representa para a sociedade e é posto

⁴⁵ Ibidem. p. 243.

como resíduo inservível nos lixões e aterros sanitários de cidades pólos. Sem o que comer, sem abrigo, sem lar, sem teto, sem oportunidade de trabalho, sem nada, os excluídos acabam integrando uma triste estatística de caos e desarranjo social urbano.

Em apresentação da obra “As lutas sociais e a cidade – São Paulo: passado e presente”, a socióloga Ruth Cardoso afirma:

A construção de uma sociedade pluralista é preocupação dominante nos países latino-americanos, que nasceram subjugando etnias e excluindo partes consideráveis de sua população. Mas aqui, mais que nunca, as diferenças estão associadas à dominação e, por isso mesmo, é preciso elaborar instrumentos para descrever e analisar as peculiaridades culturais sem perder de vista as desigualdades históricas.⁴⁶

A disparidade de classes e distribuição de renda são estarrecedoras. Alguns com nada, em detrimento a outros com absurdamente muito, mediados pelos que lutam para manter o mínimo de integridade.

A vida na cidade é excelente para um restrito grupo, interessante para uma pequena classe e infeliz/ingrata para uma esmagadora parcela da população.

No Brasil, segundo levantamento do IBGE, 80% da população vivem nas cidades e em grandes conglomerados urbanos. Diante deste dado, fica difícil entender uma política de distribuição urbana, num país continental como é o nosso caso. Um dos grandes problemas urbanos é a falta de planejamento. Primeiro os problemas se instalam no perímetro urbano e depois o Poder Público tem que desenvolver ações para sanar o número incontável de dificuldades criadas pela falta de um ordenamento e pensamento prévios.

Esses aglomerados urbanos, sem o mínimo de planejamento, são regra em quase 100% das cidades brasileiras que foram se criando e crescendo em volta dos centros financeiros ou de geração de renda, oriundos em um ou em outro momento histórico do país. Ao contrário das cidades planejadas, como Brasília, essas cidades não nasceram no papel para depois serem implementadas. Os moradores foram se juntando e utilizando determinado espaço para servir de lar, criando uma comunidade que, conforme o fomento e interesse local, foi crescendo e se estruturando lentamente, não se sabe para onde, nem como.

⁴⁶ KOWARICK, Lúcio. As lutas sociais e a cidade – São Paulo: passado e presente. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1988. p.13.

Não quer este trabalho apontar para uma visão unicamente pessimista da vida na cidade. Apesar de real e difícil para a maioria da população que nela reside, a cidade também apresenta pontos positivos. Se assim não fosse, estaríamos diante de uma legião enorme e crescente de masoquistas, submetidos ao sofrimento constante que proporciona um prazer no mínimo exótico. As facilidades que temos nas cidades proporcionam esse fator compensatório com as mazelas. O aprender com o semelhante, a solidariedade, a simples gentileza entre os habitantes de uma determinada cidade, a troca de experiências, a ajuda vinda de uma pessoa de forma desinteressada. Maior oferta de trabalho, facilidades de transporte, maior oferta de escolas, padarias, supermercados, bancos, livrarias, lojas, hospitais, supermercados; maiores oportunidades de lazer: restaurantes, bares, clubes, boates, teatros, cinemas, livrarias; mais atrações culturais: museus, bibliotecas, universidades, centros culturais. Facilidade em encontrar alguém, seja para namorar, casar, seja para um relacionamento de amizade.

Nem todas estas facilidades e comodidades aqui descritas necessitam de poderio financeiro para desfrutá-las. Muitas facilidades das grandes cidades são oferecidas de forma gratuita à população e algumas a preços bem acessíveis. O Presidente Fernando Henrique Cardoso considera, na obra “O centro da metrópole”, que a cidade “não é só aglomeração de pessoas, só existe cidade mesmo, quando existe mercado”.⁴⁷

À cidade a nossa homenagem e indignação. Já que foi o lugar onde a maioria arrasadora da população escolheu para viver seus dias terrenos, que seja então encarada com absoluta seriedade por todos - moradores, Poder Público, sociedade organizada - no sentido de encontrar alternativas e saídas para suas imperfeições, e para que a tenhamos cada vez melhor, mais fraterna, igualitária e comprometida com todos de maneira irrestrita e não seja a cidade dos sonhos, apenas para poucos.

1.6 A PROBLEMÁTICA DA FALTA DE MORADIA

No Brasil, a exclusão social se apresenta das mais variadas maneiras. A população menos favorecida não consegue acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à qualificação profissional, à vida digna. A questão da moradia é apenas

⁴⁷ CARDOSO, Fernando Henrique. In O Centro da metrópole: reflexões e propostas para a cidade democrática do século XXI – São Paulo: Ed. Terceiro Nome: Imprensa Oficial do Estado, 2001. p.15

mais um tormento na vida daqueles que não tiveram “a sorte” de nascer em uma família com o mínimo de estrutura financeira. Sem lar, sem teto, como podemos filosofar sobre cidadania? Como podemos defender direitos e garantias, expressos em nossa Carta Magna Cidadã, como foi chamada a Constituição Federal em sua promulgação, se grande parte dos brasileiros sequer possuem moradia?

A falta de moradia faz da rua o lar de muita gente. Debaixo de marquises de concreto, de tapumes ou mesmo de pontes, famílias de moradores de rua improvisam seus "lares". Nestes locais, que chegam a abrigar até mais de uma dezena de pessoas, sobra lixo e falta comida. Em condição de miséria absoluta, sem dinheiro e sem destino, eles fazem parte de uma realidade nem sempre levada a sério pela sociedade e pelo Estado.

Surgem as favelas, cortiços e aglomerados habitacionais irregulares, que até pouco tempo atrás eram tratados com absoluta falta de humanidade, como por exemplo as favelas do Rio de Janeiro.

As favelas cariocas, até pouco tempo, eram consideradas um fenômeno transitório, passíveis de remoção a qualquer momento. E, de fato, dos anos 40 até os 80, dezenas de favelas foram removidas e centenas de milhares de pessoas transferidas, quase sempre, para conjuntos residenciais, muitas vezes distantes de seus locais de origem. Neste processo, relações sociais preestabelecidas, como as de vizinhança, foram rompidas, assim como a possibilidade de uma melhor sobrevivência na cidade grande. Para as famílias mais carentes, a remoção também acarretou a perda do patrimônio.⁴⁸

Segundo reportagem publicada no Jornal Folha de São Paulo, em 20 de janeiro de 2002, a falta de moradia atingia, na época, 20,2 milhões de brasileiros, quase 12% dos habitantes do país, com um crescimento mais acelerado que o da população.

Recentemente, em Brasília, o Fórum Nacional de Reforma Urbana, na 3ª Conferência Nacional das Cidades, divulgou que para diminuir o déficit habitacional no Brasil, estimado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 7,9 milhões de moradias, medidas como a construção de conjuntos residenciais populares e o financiamento público de construção de casas não são suficientes para acabar com a problemática. Segundo Evaniza Rodrigues, representante do FNRUA, a situação habitacional brasileira está muito carente.

⁴⁸ MAGALHÃES, Sérgio. Sobre a cidade: habitação e democracia no Rio de Janeiro – São Paulo: Pro Editore, 2002. p. 97.

(...) o número do déficit habitacional no Brasil é imenso e tende a crescer nas cidades grandes e médias. Entendemos que o problema não será resolvido somente com a construção de casas. Urbanizar e regularizar as áreas já ocupadas é essencial. A gente nunca vai conseguir fazer tudo de novo. (...) O padrão de construção popular no país é construir um conjunto grande, feio e longe. As pessoas têm que pegar ônibus e demoram para chegar ao trabalho. Nessas áreas, é necessário todo o investimento de estrutura e saneamento. É importante democratizar o acesso à terra para que dentro da cidade, onde há espaço disponível, a gente possa ter mais moradia. (...) Nossa proposta é de que os vazios urbanos sejam utilizados para moradia de interesse social. Em várias capitais brasileiras é possível observar prédios, galpões e fábricas vazias que poderiam ser adaptadas para moradia. Precisamos de um sistema de múltiplos atores: poder público, iniciativa privada e associações.⁴⁹

Na realidade, as críticas aos conjuntos habitacionais em periferias encontra fundamento quando contabilizamos os investimentos em infra-estrutura para aparelhar, de forma ainda que precária, esse projetos. O Poder Público gasta enormes quantias para aparelhar lugares longínquos e sem nenhum aparelho social próximo.

Destarte esse emaranhado de políticas habitacionais equivocadas, a solução ainda não se concretiza, restando o crescimento das áreas irregulares.

Grande parte da população teve que resolver individualmente a sua premência por moradia – individualmente, sem apoio, sem ajuda, sem crédito. Por sua conta, por seus parcos e inconstantes recursos, desenhou a cidade irregular que hoje conhecemos.⁵⁰

Diante de toda essa celeuma habitacional o Estado, na maioria das vezes, desenvolve políticas absurdamente paternalistas, na tentativa de amparo aos moradores irregulares, acarretando enormes prejuízos. Em referência aos cortiços norte-americanos, Jane Jacob ponderou:

O planejamento urbano convencional trata os cortiços e seus habitantes de forma inteiramente paternalista. O problema dos paternalistas é que eles querem empreender mudanças muito profundas e optam por meios superficiais e ineficazes. Para solucionar o problema dos cortiços, precisamos encarar seus habitantes como pessoas capazes de compreender seus interesses pessoais e lidar com eles (...) Precisamos discernir e levar em consideração as forças de recuperação existentes nos próprios cortiços e evoluir a partir delas (...)⁵¹

⁴⁹ COSTA, Hugo. Falta de moradia não será resolvida somente com casa. Agência Brasil, Brasília, 26 nov.2007. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/11/26/matéria.2007-11-26.0285283780...> Acesso em 02/12/2007.

⁵⁰ MAGALHÃES, Sérgio. op. cit. p. 42

⁵¹ JACOBS. Jane. op. cit. p.303.

A preocupação e responsabilidade em dar solução à problemática da falta de moradia às famílias de renda insuficiente, não podem ser apenas do Estado. Organizações não-governamentais também precisam se engajar nessa luta. O esforço é conjunto, na tentativa de promover a cidadania para a população socialmente excluída, seja por não apresentar condições de aquisição de uma casa ou lugar para chamar de lar, seja pela dificuldade de colocação no mercado de trabalho. Algumas entidades brasileiras já encampam a idéia, mas precisamos de mais participantes. O terceiro setor é importantíssimo no processo e precisa estar de mãos dadas com o Poder Público.

1.6.1 Loteamentos irregulares e clandestinos

Com o quadro apresentado anteriormente, temos ambiente propício para a proliferação de loteamentos irregulares, pois são mais acessíveis em termos financeiros a uma parcela considerável dos moradores das cidades.

A ocupação desorganizada do solo dá ensejo ao surgimento de loteamentos irregulares e clandestinos, com moradias inadequadas e o crescimento do mercado informal de habitação. Todo o planejamento urbanístico de uma cidade, qualquer que exista, vai se degenerando na medida em que mais loteamentos dessa natureza vão surgindo.

Para entendermos o irregular, melhor inicialmente conceituarmos o regular. Numa reflexão muito interessante, José Carlos de Freitas conceitua:

O parcelamento do solo é uma das atividades urbanísticas voltadas ao ordenamento territorial e à expansão da urbe. (...) visa a formação de lotes vocacionados à edificação para moradia, lazer, comércio, indústria ou para fins institucionais, dotados de equipamentos urbanos (redes de água, esgoto, sistema de captação e drenagem de águas pluviais, energia domiciliar, iluminação pública, telefonia etc.) e comunitários (áreas de lazer e recreio, educação e cultura, saúde etc.)⁵²

Assim que instalado, o loteamento urbano quebra a situação unitária daquela área onde houve o parcelamento do solo. Deixa de ser uma para, partidamente, amoldar-se à expansão urbanística da cidade. Neste sentido, necessita o loteamento

⁵² FREITAS, José Carlos. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão - In Temas de direito urbanístico, vol. 2, coordenação geral José Carlos Freitas, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 332.

que está surgindo, ter plena consonância com o previsto para aquela região em termos de estruturação e organização urbana.

Conceitualmente, então, loteamento irregular caracteriza-se pelo fracionamento de uma área em porções menores de terra, para venda em separado e que não seguiu as recomendações orientadas pela Lei 6.766/79, que trata do parcelamento de solo para fins urbanos. Neste caso, tal loteamento não conseguirá ser aprovado pela Prefeitura e será tido como irregular.

Vale salientar que muitos empreendedores imobiliários, inescrupulosos, se valeram, e ainda se valem, desse expediente ilícito para, numa determinada área, efetuar o mínimo de investimento em infra-estrutura e obter o máximo de lucratividade, vendendo lotes a famílias carentes sem a devida regularidade. O problema posterior de solução fica para os compradores e para o Estado, que se vê pressionado para promover melhorias nesses locais.

Além disso, geralmente as obras para implantação desses loteamentos irregulares causam danos irreparáveis ao meio ambiente, já que em nenhum momento seguem as normas de preservação ambiental, quando respeitam as áreas de preservação que deveriam ser destinadas ao meio ambiente. Inexistem condições de saneamento básico e planejamento urbano aceitável. Esgoto a céu aberto, falta de fornecimento de água potável, energia elétrica, aparelhos públicos como escolas, transporte coletivo etc. Esse é o panorama constatado nos loteamentos irregulares ou clandestinos.

Existe uma diferenciação entre loteamentos irregulares e clandestinos do ponto de vista doutrinário, apesar das conseqüências práticas serem as mesmas. O loteamento irregular é aquele que seu projeto foi submetido ao crivo do Poder Público municipal e aprovado preliminarmente, porém na prática não executado pelo empreendedor. Já o loteamento clandestino não teve nenhum projeto submetido à aprovação, mesmo que preliminar, do Poder Público Municipal. Muitas vezes, a prefeitura só descobre o loteamento clandestino depois de instalado e com famílias residindo nele.⁵³

Segundo o mestre José Afonso da Silva, o loteamento clandestino é uma verdadeira “praga”.

⁵³ NOGUEIRA, Wagner Rodolfo Faria. Parcelamento do solo . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 84, 25 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4349>>. Acesso em: 10 set. 2007.

O loteamento clandestino constitui, ainda, uma das pragas mais daninhas do urbanismo brasileiro. Loteadores parcelam terrenos de que, não raro, não têm título de domínio, por isso não conseguem a aprovação de plano, quando se dignam apresentá-lo à prefeitura, pois, o comum é que sequer se preocupem com essa providência, que é onerosa, inclusive porque demanda a transferência de áreas de logradouros públicos e outras ao domínio público. Feito o loteamento, nessas condições põem-se os lotes à venda, geralmente para pessoas de rendas modestas, que, de uma hora para outra, *perdem seu terreno* e a casa que nele ergueram, também clandestinamente, porque não tinham documentos que lhes permitissem obter a competente licença para edificar no lote.⁵⁴

Com essa situação, temos um desarranjo social enorme, pois, além da transferência de solução para o Estado, que tem que acabar arcando com as custas de infra-estrutura e nem sempre localiza o empreendedor imobiliário que comercializou os lotes para responsabilizá-lo, ainda existe a insegurança dos compradores que, dependendo da situação fática, correm o risco de perder tudo aquilo que investiram nestes locais.

Deve o loteamento obedecer às regras estipuladas em lei, com as devidas licenças e observâncias para, inclusive, não incorrer em mau uso da propriedade privada e não atendimento de sua função social, que é o bem estar da coletividade envolvida no processo.

Na verdade, o aumento populacional desenfreado está gerando um crescimento desordenado que provoca essa desorganização social. Nos últimos anos, loteamentos irregulares e clandestinos localizados em áreas privadas e até públicas, cresceram de maneira exorbitante nas cidades brasileiras, baseadas num acelerado processo de urbanização e também devido às crises econômicas que assolaram o país.⁵⁵

1.6.2 Invasão de áreas públicas e privadas

Como praticamente derivadas dos loteamentos clandestinos, surgem as favelas, geralmente oriundas de invasões de áreas públicas e privadas. Esse drama é vivenciado no Brasil diariamente por milhares de pessoas que buscaram nestes locais, desprovidos de qualquer regra de ordenamento urbanístico, o lugar para

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 307.

⁵⁵ SANTOS, Marcus Vinícius Monteiro dos. Loteamentos irregulares e clandestinos – In Temas de direito urbanístico, vol. 2, coordenação geral José Carlos Freitas, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 202.

morar e criar sua família. A estrutura fundiária urbana nacional estaria na berlinda quase que total, não fossem algumas iniciativas vitoriosas esparsamente distribuídas pelo país.

Na maioria das vezes, pela inércia de fiscalização do Poder Público ou do proprietário da área privada, surgem movimentos organizados que promovem o chamado esbulho coletivo, onde um número grande de pessoas invade conjuntamente uma área para fins de instalar suas moradias naquele local, parcelando a bel prazer e sem infra-estrutura mínima necessária. Por mais que sejam, do ponto de vista de invasão coletiva, movimentos com o objetivo de criar um momento de pressão junto ao Poder Executivo, na tentativa de chamar atenção para o problema que vivem aqueles que estão totalmente fora das estatísticas habitacionais, representam uma desarmonia com reflexos não só do ponto de vista urbano e de saneamento básico, mas também do ponto de vista de utilização e disponibilidade de aparelhos públicos como escolas, postos de saúde, hospitais, praças esportivas, culturais e de lazer.

As áreas invadidas surgem a partir da falta de investimento não só habitacional, mas também de oportunidades. Isso é mais evidente no interior, em Estados menos estruturados ou até mesmo nas mesmas cidades onde vivem os excluídos. Essa realidade força os “sem perspectiva” a deixar suas regiões em busca de cidades mais “promissoras” para construir suas frágeis moradias. Esta imigração interna e externa à cidade, que agrega uma multidão de excluídos, proporciona a ocupação de espaços não utilizados, espaços vazios e sem destinação. Na realidade, qualquer lugar serve para a construção destas habitações, até os mais inservíveis como encostas de morros, terrenos baldios, alagadiços, beira de rios e riachos, sob pontes e viadutos.

Via de regra, as áreas públicas são alvo de invasão por parte dessa parcela da sociedade que não tem para onde ir. Existem situações completamente consolidadas, onde há muito anos residem centenas de famílias. O descaso e a passividade de alguns administradores públicos possibilitam esse quadro, que deve propiciar uma postura enquanto ente público. Ou promove-se a retomada do imóvel através dos remédios jurídicos específicos ou, em tese, e socialmente mais aceitável, a promoção de ações positivas para a resolução da problemática como o assentamento das famílias invasoras, como sugere Romeu Marques Ribeiro Filho.

Aqui se poderia admitir, a título meramente argumentativo que em tese deveria o Poder Público mostrar-se mais complacente no que diz com a defesa de seus interesses e preservação do todo social, assim cumprindo outro de seus objetivos fundamentais insculpidos na Constituição da República em seu artigo 3º, onde lhe toca erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.⁵⁶

Geralmente, as cidades escolhidas são aquelas que apresentam um alto IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Atrás de um sonho, famílias inteiras sentem o gosto amargo de viver sem as mínimas condições de dignidade. Num instinto de sobrevivência, terão que providenciar um lugar para morar e no desespero de ver seus filhos sem teto, qualquer chefe de família procederá da mesma forma. A invasão de uma área e a construção de algo para abrigar sua família é a única solução.

O final desta história é uma situação que compromete a qualidade de vida, não só dos que vivenciam esta situação precária, como também de todos os moradores da cidade. Quando afirmamos que todos da cidade sofrem, levamos em consideração que a estruturação dos aparelhos públicos como hospitais e escolas, por exemplo, nem sempre têm a capacidade de absorção das demandas originadas pelas áreas invadidas. Sem contar com o transtorno de saneamento básico, que induz a uma experiência nada agradável aos moradores das áreas invadidas e aos moradores circunvizinhos.

A invasão de áreas, sejam públicas ou privadas, com a auto-construção de moradias em arruamentos fora do padrão e com recuos inviáveis, estabelecendo famílias num determinado local sem o mínimo de observância aos quesitos ambientais, de segurança e estética, marca uma forma de ocupação e parcelamento do solo absolutamente predatória, onde os espaços públicos e de convívio coletivo inexistem, quanto mais reservas para futuras instalações de aparelhos públicos.

O olhar do Estado precisa de atenção, pois, cada vez mais, um número maior de pessoas descumpra a lei, rasga os diplomas legais de ordenamento e parcelamento do solo, desrespeita a propriedade pública e privada com vistas a ter um lugar na cidade. Necessária se faz uma tomada de atitude. Assim não dá para continuar.

⁵⁶ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 163.

Os moradores dessas áreas “necessitam, em doses iguais, de ajuda externa e de esforço próprio”.⁵⁷

⁵⁷ MAGALHÃES, Sérgio. op. cit. p. 96.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

Não pretende esta pesquisa dissecar as matérias sobre o direito de posse e de propriedade, mesmo porque isso já vem sendo feito de forma primorosa pelos doutrinadores pátrios. Cabe aqui uma rápida visão de alguns institutos básicos, no sentido de ajudar na compreensão do conteúdo pesquisado e suas vertentes.

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 1.228, §1º uma clara noção de que o direito de propriedade deve ser exercido funcionalmente em atendimento aos interesses coletivos,⁵⁸ conforme resume o texto de lei:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

É através do direito de propriedade que regra-se a sujeição do detentor do direito, proprietário, sobre a coisa, bem corpóreo ou incorpóreo suscetível de apropriação. Regulando tudo aquilo que disser respeito à ligação do homem e a coisa, assim como aquisição, transmissão, gozo, frutos, perda etc.

Conforme explica a doutrinadora Maria Helena Diniz, “percebe-se que nem todos os bens interessam ao direito das coisas, pois o homem só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades.”⁵⁹ Em assim sendo, aqueles bens não merecem interesse direto do homem, seja pela abundância e disponibilidade, seja pela sua não representatividade no cotidiano humano, ficam à margem de regulamentação, não merecendo abordagem jurídica. Na esfera dos direitos reais, são elementos fundamentais o sujeito de direito, a coisa e a sujeição da coisa em relação ao sujeito, que a doutrina denomina de domínio. Aqui destacamos que o direito das coisas abrange os direitos reais e os direitos pessoais.

De forma rápida e superficial, podemos distinguir os direitos reais dos direitos pessoais: no primeiro, “o poder jurídico direto e imediato, do titular sobre a coisa,

⁵⁸ MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. Senado. Brasília. dez.2005. disponível em: <http://senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/168> Acesso em 20 de março de 2008.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 4º volume : direito das coisas / Maria Helena Diniz – 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3.

com exclusividade e contra todos”⁶⁰, já no segundo, “a relação jurídica pela qual o sujeito ativo pode exigir do sujeito passivo, determinada prestação”⁶¹.

Os direitos reais se manifestam sobre a coisa, que pode ser própria ou alheia. Na coisa própria, temos a nua propriedade, onde o proprietário tem poder de constrição sobre o bem e sua proveniente fruição. Na coisa alheia, o detentor do direito vale-se do exercício dos direitos de fruição (posse, alienação fiduciária, servidão, uso, usufruto, hipoteca etc.).⁶²

Segundo Maria Helena Diniz, as características jurídicas dos direitos reais são: Oponibilidade *erga omnes*, direito de seqüela e de preferência do titular, aderência imediata do bem ao titular de modo direto, não sujeito a livre pactuação (obedecendo ao *numerus clausus*), passível de abandono, suscetível de posse. Assim sendo, “a propriedade seria o núcleo do sistema dos direitos reais devido estar caracterizada pelo direito de posse, uso, gozo e disposição.”⁶³

Grande parte da doutrina pátria define direitos reais como sendo, entre outras características, absoluta e contra todos, porém, a estas características existem certas restrições e recomendações que serão estudadas mais adiante. Afirmar convictamente esse absolutismo contra tudo e todos nos parece precipitado. Com esta afirmação, não pregamos a insegurança jurídica, porém, não de ser respeitadas algumas regras e usos para que possa valer a respeitabilidade do direito contra toda a sociedade que se perfaz em pólo passivo universal, no caso dos direitos reais.

2.1 POSSE E PROPRIEDADE

2.1.1 Posse

Etimologicamente, a palavra posse vem de *possessio*, que pode ser conceituada como poder e *sedere* (firme, assentado). Numa superficial interpretação, a posse seria o poder sobre determinada coisa.

Nos ensinamentos de Hércules Aghiarian, a “posse se constitui no exercício de um dos poderes, ou faculdades, inerentes à propriedade. Isto é, no exercício do

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das coisas. 8º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

⁶¹ Ibidem.

⁶² AGHIARIAN, Hércules. Curso de direito imobiliário. 6º ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2006. p. 2.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 19.

direito de usar e gozar do bem jurídico”⁶⁴, porém, não é unicamente o exercício do direito de propriedade, pois se assim fosse, estaríamos diante de um direito que só o proprietário faria jus.

A dificuldade em conceituarmos de forma certa a posse vê-se refletida na ambigüidade das teses doutrinárias que há muito tempo, desde os romanos, sente desconforto em desenvolver convictamente essa classificação.

O instituto posse, no direito pátrio, tem importância fundamental no contexto social, já que tem proteção não só quando advém da propriedade e justo título, mas também independentemente deles. A boa lógica nos faz crer que é protegida pelo direito brasileiro, a posse daquele que dispõe de documentação regular dando conta da propriedade de um determinado bem, como dá proteção também àquele que de maneira não violenta mantém a posse de determinado bem por mais de ano e dia, adquirindo o chamado *jus possessionis*. Neste caso, fundamentado na posse mansa e pacífica durante determinado tempo, o possuidor é assegurado da posse contra terceiros e até contra o próprio proprietário em sede de liminar. Obviamente que no transcorrer de um procedimento ordinário, outras variantes incidirão na decisão final. Toda essa estrutura visa a procura pela paz social.

Entre as correntes que no decorrer da história aproximaram-se da razoabilidade na definição do instituto posse, temos: a de Saviny, intitulada de Teoria Subjetiva e a de Ihering, chamada de Teoria Objetiva.

A teoria subjetiva de Saviny explica que a posse é o poder de ter para si a coisa, motivado em tê-la como sua e defendê-la de qualquer interferência de outrem. Nesta característica subjetiva fica patente a necessidade da existência do elemento material, poder físico (*corpus*); e um elemento pessoal de vontade (*animus*), que é o propósito de ter a coisa como sua.

Assim, há a necessidade do *corpus* na efetividade da posse, sob pena de só permanecer o “possuidor” com a vontade de ter para si determinada coisa. Bem como do *animus domini*, já que a detenção do bem não enseja a invocação de dispositivos legais de segurança da posse. Nessa teoria é inadmissível a posse de outrem que não seja o proprietário. Locatário e mandatário não dispõem de legitimidade, por exemplo, para reivindicar a coisa em caso de turbação, devendo estes motivarem o proprietário do bem turbado para que providências promova.

⁶⁴ AGHIARIAN, Hércules. op. cit. p. 3.

Desta forma, não existiria posse e sim detenção da coisa.⁶⁵ Numa rápida análise, as duas figuras defendidas por Saviny (*corpus/animus*) têm que estar presentes na caracterização de posse, pois ausente uma delas, carece a situação de proteção legal.

Na teoria objetiva de Ihering temos o entendimento que “para constituir a posse basta o *corpus*, dispensando assim o *animus* e sustentando que esse elemento está ínsito no poder de fato exercido sobre a coisa.”⁶⁶

Aqui na teoria objetiva, ao contrário da teoria subjetiva, fica dispensada a vontade de dono (*animus domini*), caracterizando-se a posse como exercício de propriedade, protegendo a lei aquele que age sobre a coisa como se proprietário fosse admitindo, para tanto, direitos ao locador, mandatário etc. Sendo algo ligado ao proprietário a posse pode, neste caso, ser exercida pelo próprio detentor do justo ou por aquele que este o determinar, através de regular instrumento a título oneroso ou não.

Na teoria de Ihering, a posse fica patente com a utilização econômica da coisa possuída, pois, através dessa utilização, fica demonstrada a atitude do possuidor frente ao bem, diante da sociedade, que percebe sem muito refletir que aquela coisa está sendo cuidada economicamente.

Para Silvio Rodrigues, “a posse é uma rota que conduz à propriedade”⁶⁷. A afirmação deste capaz doutrinador fica nítida quando notamos que no Código Civil Brasileiro a posse é um dos meios de aquisição da propriedade, como vemos no artigo 1.238 deste diploma legal, onde se adquire a propriedade através da usucapião que veremos mais adiante. Vale dizer que nosso Código Civil acolheu em parte a doutrina objetiva de Ihering, aprimorando-a como direito posto. No artigo 1.196 temos que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Com o passar do tempo, a posse foi sendo concebida como ligada, porém autônoma, à propriedade, principalmente quando advieram os conceitos contemporâneos do “caráter econômico e de função social da posse”.⁶⁸ Neste

⁶⁵ AGHIARIAN, Hércules. op. cit. p. 6.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 36.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 5. Direito das coisas / Silvio Rodrigues. – 27 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 08.

diapensão, dependendo da situação, o direito de posse chega a sobrepor-se ao direito de propriedade, como inclusive já vimos anteriormente.

Apesar desse avanço que a posse vem alcançando nos tempos contemporâneos, existem situações diferenciadas como é o caso da detenção, que se distancia do conceito de posse. O Artigo 1.198 do Código Civil explica: “Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Logo, um caseiro que cuida de determinada propriedade sob o comando do dono não é um possuidor e sim um detentor. Como tal, deverá tomar todas as providências para salvaguardar a coisa que detém como atribuição de boa vigilância sem, contudo, estar habilitado para invocar qualquer remédio possessório.

2.1.1.1 Objeto e Natureza Jurídica da Posse

Quanto ao objeto da posse, podemos destacar todas as coisas corpóreas e incorpóreas que, através de atribuição econômica, permitem ser objeto de apropriação.

Assim, os bens particulares, mesmo revestidos pela couraça da inalienabilidade, também podem ser suscetíveis de posse por outrem, como é o caso da locação, do arrendamento etc., onde apesar de vedada a venda, o proprietário pode conferir uso e gozo a terceiros.⁶⁹ Quanto aos acessórios, resta pacificada que só poderão ser possuídos separadamente se, neste caso, não tiver o acessório mudança em sua substância.

Entre as demais possibilidades como objeto de posse, podemos destacar os direitos patrimoniais ou de crédito, coisas coletivas e direitos reais de fruição como usufruto, habitação etc. Como podemos perceber, o objeto da posse tem ampliado seu número de representações de maneira que hoje alcança campos que nem Saviny, nem Ihering, poderiam ter imaginado em suas teorias.

A natureza jurídica da posse gera um certo desencontro de opiniões. Parte da doutrina fala em posse com fato, outra parte fala em posse como direito, e uma terceira aceitando as duas possibilidades.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 42.

A primeira é explicada por Windscheid, Trabuchi e outros, como sendo em decorrência “da espontaneidade das relações, preexistindo o fato ao direito positivo, reconhecida por inevitável realidade de simples política social.”⁷⁰

A segunda tem como defensores Ihering, Teixeira de Freitas, entre outros, afirmando que a posse, sendo um interesse juridicamente protegido, fundado na tese de utilização econômica da propriedade, só pode ter como natureza jurídica o direito, responsável pelo regramento no seio do direito das coisas e direitos reais.⁷¹

Já na terceira, Saviny, Lafayette, Pothier sustentam que a posse é um fato e um direito, de forma simultânea, uma realidade híbrida de fato, capaz de produzir efeitos na esfera jurídica.

2.1.1.2 Tipos de Posse

Apesar de ter enfoque jurídico único, a posse apresenta várias espécies, caracterizadas cada qual pela sua amplitude, forma e abrangência dentro do contexto social. Vejamos alguns tipos de posse:

- Originária e derivada

A primeira configura-se na aquisição originária, onde não há registro histórico de possuidor anterior. Advém por título novo. Já a derivada é exatamente a que decorre de transmissão por ato de vontade validado através de instrumento jurídico.

- Direta e indireta

O artigo 1.197 do Código Civil define a posse direta e indireta. A direta é aquela em que “o possuidor tem a coisa em seu poder, temporariamente, através de instrumento jurídico, como contrato de locação, por exemplo, onde o locatário recebe seu direito de outrem. A indireta pertence àquele que concede o direito de posse a um terceiro, no caso exemplificado, o locador, que cede o uso a outrem.”⁷²

⁷⁰ AGHIARIAN, Hércules. op. cit. p. 9.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 49.

⁷² FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das Ações possessórias*. v. 1, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 43.

- Justa e injusta

A justa é adquirida sem vício jurídico, de forma regular, portanto, não clandestina ou violenta, conforme preceitua o artigo 1.200 do Código Civil. A injusta é fruto de ação viciada, não respeitando o curso de aquisição regular e jurídica.

- Boa fé e má fé

Na boa fé, o possuidor tem convicção de que sua situação é perfeita, justa e não se dá conta de prováveis vícios que possam impedir-lhe a aquisição da coisa. Na posse de má fé, o possuidor sabe dos vícios que norteiam seu suposto direito. O artigo 1.202 do Código Civil traz essa espécie onde age o possuidor ciente de sua ilegitimidade.⁷³

- Posse nova e velha

Aqui temos uma nomenclatura jurídica estabelecida através do trabalho legislativo. Quando nova, a posse tem tempo menor de ano e dia. Quando velha, terá ano e dia ou mais tempo.

- Posse natural ou jurídica

Natural é aquela “que se configura através da efetiva detenção material da coisa possuída”⁷⁴. A jurídica tem como característica a força de lei determinando a posse.

- Posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*

A primeira pode ser defendida através de interditos ou ações possessórias. Na segunda, a aquisição da posse se faz no transcorrer de determinado lapso temporal.

- Posse *pro diviso* e *pro indiviso*

A *pro diviso*, também conhecida por utilização simultânea (composse), porém, dividida entre os compossuidores. A *pro indiviso* é exercida “ao mesmo tempo sobre a totalidade da coisa.”⁷⁵

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ AGHIARIAN, Hércules. op. cit. p. 11.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 28.

2.1.2 Propriedade

Num mundo de disputa por espaço econômico, onde o homem luta para a manutenção de si e de sua família através do acúmulo de bens e recursos pecuniários, surge a propriedade privada como um dos motivos principais dessa “corrida”, configurando-se na própria exteriorização do conceito capitalista. A propriedade, sob o enfoque do direito natural, foi criada para a satisfação do homem e seus anseios, pressupondo sua liberdade. Constitui-se no mais amplo dos direitos reais. Dentro desse grupo, a propriedade atua diretamente sobre a coisa e ao titular desse direito fica outorgada a possibilidade de usar, gozar e dispor da coisa, além de reivindicá-la de quem a detenha injustamente.

O direito natural, como vimos, é comumente chamado para explicar a propriedade. Críticos se levantam para dizer que em sendo a propriedade “inerente ao homem, retira-se a competência do legislador o poder de aboli-la (...), pois não se contraria impunemente a lei da natureza.”⁷⁶ Aqui temos, apesar de crítica ao direito natural, uma fundamentação interessante. Não há como o legislador negar certos preceitos intrínsecos à propriedade, em assim sendo, muito menos a lei por ele produzida.

O artigo 1.228 do Código Civil define: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Previstos estão os aspectos econômico e jurídico a partir do momento que o proprietário pode fazer uso econômico da coisa, situação esta, absolutamente ratificada pela legislação pátria.

Terminologicamente, a propriedade era denominada *dominium*, em Roma antiga. Num primeiro momento, o proprietário era chamado de *dominus*, depois *proprietas*, por se tratar de coisa própria.

Na determinação da essência da propriedade, duas são as correntes defendidas pela doutrina: a da pertença e a do domínio.

Na pertença, defende-se a idéia que a coisa pertence a alguém que é o titular do direito de propriedade, estabelecendo uma relação de subordinação de um pelo

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 82.

outro.⁷⁷ Em pertencendo a coisa, pode o proprietário usar, gozar, dispor e reaver a propriedade de quem injustamente a detenha.

No domínio, a propriedade se distingue dos outros direitos reais, na medida em que incide sobre a coisa própria de forma legal. Assim temos a submissão e o cunho legalista, como bem conceitua o mestre Silvio Rodrigues:

Todo direito subjetivo representa um vínculo jurídico. Assim o domínio. O liame que se estabelece entre o proprietário e a coisa que se encontra em seu domínio vinculam, de certo modo, todas as pessoas do universo que estão presas a uma obrigação passiva de não turbar o exercício do direito pelo seu titular.⁷⁸

Neste diapasão, o sujeito passivo do direito de propriedade é indeterminado, impondo-se a qualquer membro da coletividade, conferindo ao titular da coisa uma verdadeira plenitude de direito. Obviamente que esse trabalho deverá apontar exceções a essa regra, a partir do momento que a propriedade não tenha seu compromisso social cumprido, porém, esse assunto será alvo de discussão mais adiante.

O domínio então, no caso da propriedade, atua sobre a coisa própria, ao contrário de outros direitos reais que atuam sobre coisa alheia. Isso plenamente legitimado através de lei. O domínio pode ser pleno quando o proprietário flui todas as características do direito de propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição da coisa de forma exclusiva; também pode ser limitado quando o proprietário deixa de exercer “poderes elementares do domínio que se encontram em poder de outrem”.⁷⁹

Em que pese toda a conceituação doutrinária, claro fica que a propriedade não é uma simples definição. A unicidade não configura-se como característica fundamental da propriedade, mas apropriado seria a pluralidade, onde verificamos em nosso ordenamento pátrio ao invés de propriedade, propriedades.⁸⁰ Isso porque, a propriedade-função gera um conjunto complexo de situações que apontam para um número considerável de direitos, justapostos com outro número considerável de deveres, os quais são primordiais para a legitimação do direito de propriedade privada e pública .

⁷⁷ FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de direitos reais. 2ª ed. Lisboa: Quid Júris? Sociedade Editora. 1997.p. 304.

⁷⁸ RODRIGUES, Silvio. op. cit. p. 77.

⁷⁹ Ibidem. p. 83

⁸⁰ MATTIETTO, Leonardo. op. cit.

2.1.2.1 Objeto e Natureza Jurídica da Propriedade

O objeto da propriedade tem uma abrangência maior nos dias de hoje. No conceito clássico envolvia os bens corpóreos exclusivamente, ou seja, coisas móveis, imóveis e semoventes. Na atualidade incluem-se os bens incorpóreos, já que são consideradas pela doutrina contemporânea, a propriedade imaterial como o direito autoral e a propriedade industrial, por exemplo.

“A propriedade sempre se dividiu de acordo com a natureza dos bens sobre os quais o homem exerce seu poder.”⁸¹ Temos, então, condições de vislumbrar um direito de propriedade alcançando além dos bens corpóreos, quando a estes unam-se aos bens incorpóreos suscetíveis de valoração e aproveitamento econômico, legitimados por lei.

Quanto à extensão da propriedade, pode-se dizer que a propriedade se estende à área útil, física ou econômico-produtiva e praticável daquela determinada coisa, principalmente em se tratando de coisa móvel, semovente ou imaterial. No tocante à propriedade do solo, o artigo 1.229 do Código Civil conceitua que “abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.”

A natureza jurídica da propriedade é de caráter “absoluto, exclusivo e perpétuo”.⁸²

O caráter absoluto resulta de influência do Código Napoleônico, que trouxe para o direito de propriedade a noção que seu detentor tem a par do jurídico para usar, desfrutar e dispor da coisa da maneira que lhe for conveniente. Guardadas as variantes sociais e de limitação que hoje impregnam a propriedade, essa noção absoluta se coaduna com a da exclusividade, já que ao seu titular domina de forma exclusiva a coisa sem intervenção de outrem. No artigo 1.231, apesar dos avanços da função social da propriedade expressos em nossa Carta Magna de 1988 e no Código Civil de 2002, constatam-se essas premissas: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até que se prove em contrário”.

⁸¹ WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro vol. III – Direito das coisas - 10ª ed., revista, aumentada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988, com a colaboração do Prof. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1995. p.108.

⁸² RÓDRIGUES, Silvio. op. cit. p. 78.

Por fim, a natureza perpétua atribui-se a partir do ponto de vista que ela só se extingue por vontade de seu titular, no caso de alienação da coisa, por perecimento ou destituição da mesma, através das determinações legais, como desapropriação ou usucapião.

2.1.2.2 Tipos de Propriedade

A propriedade tem inúmeros tipos, que variam conforme a amplitude de ação do direito do titular sobre a coisa, modo de existência ou continuidade de domínio.

- Propriedade móvel e imóvel. O artigo 82 do Código Civil conceitua os bens móveis da seguinte forma: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social”. Ora, os bens imóveis são todos aqueles que não se pode retirar “sem destruição, modificação, fratura ou dano”, antiga redação do Código Civil de 1916, artigo 79.

- Plena e limitada. Será a propriedade plena quando o proprietário reúne todos os requisitos inerentes ao instituto propriedade. Pode o proprietário, neste caso, usar, gozar, dispor e reaver o bem de quem injustamente o detenha.⁸³ Já a limitada tem a ausência de uma ou mais dessas faculdades, ou algum “ato negocial ou legal que imponha, por decorrência, a perda de tais características”⁸⁴

- Alienável ou inalienável. Aqui temos a possibilidade ou não da propriedade estar disponível no comércio. Quando alienável, pode este bem estar disponível ao comércio seja na forma de venda, doação ou locação. No caso da inalienabilidade, fica o bem restrito a situações como as já citadas anteriormente, isso por conta de causas impeditivas naturais, impostas pela lei ou fruto da vontade do titular.

- Perpétua ou resolúvel. Como o próprio nome já diz, a perpétua tem duração sem limite, ao passo que a resolúvel tem no seu bojo uma previsão para extinção. A propriedade resolúvel é de caráter temporário, como é o caso da retrovenda ou venda com cláusula resolutiva, por exemplo.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 113.

⁸⁴ AGHIARIAN, Hércules. op. cit. p. 44.

2.1.2.3 Limites ao Direito de Propriedade

O legislador estabelece através da lei o contorno do direito de propriedade e, conseqüentemente, certas limitações que variam da esfera social para a individual. Na medida em que a sociedade caminha, essas limitações vão aumentando, já que o convívio social vai se tornando mais complexo, exigindo do direito uma atenção maior a determinados pontos.

As limitações podem ser voluntárias ou legais, públicas ou particulares, dependendo do contexto onde estão inseridas. Dizemos voluntárias quando as limitações se dão por intermédio de acordo entre as partes de um ato negocial, por exemplo. Já as legais são impostas pela lei vigente, visando atender interesses de organização social. Numa limitação pública, podemos afirmar que o escopo é o interesse coletivo, como é o caso das desapropriações, tributações etc. A particular diz respeito ao relacionamento entre dois lotes vizinhos, por exemplo, como o direito de vizinhança onde devem os vizinhos tomar certos cuidados no gozo de seus direitos de propriedade a fim de não lesar a outrem.

Quais os direitos e deveres limitadores que vinculam a utilização da propriedade?

Essa tarefa está atribuída à legislação urbanística, aliás, limitar e ordenar o exercício da propriedade tem sido inerente à mais antiga civilização, sempre com o objetivo de melhorar o ordenamento do solo.

A limitação pode atuar na propriedade de maneira interna e externa, dependendo de seu enfoque. A interna está ligada à propriedade e diz respeito aos aspectos ligados à sua existência, nascem com a propriedade como: direito de vizinhança, saúde pública etc. Do ponto de vista externo, a limitação vem da interação do bem com a coletividade, através de intervenções da administração pública⁸⁵.

Até que ponto pode o Estado limitar o direito de propriedade? Esse questionamento vem à tona à medida em que o proprietário é um sujeito de direitos, não só deveres. Hely Lopes Meirelles conceitua de forma muito própria essa

⁸⁵ OLIVEIRA, Aluísio Pires de. Estatuto da cidade: anotações à Lei 10.257 de 10.07.2001, Curitiba: Juruá, 2002. p. 79.

preocupação: “as limitações à propriedade não podem ferir de morte os direitos fundamentais do Homem⁸⁶”.

O Estado, através da legislação vigente, pode impor ao proprietário uma série de providências que devem ser entendidas como limitações ou recomendações ao exercício do direito. Cláusulas de fazer, não fazer ou suportar são algumas das situações as quais pode o detentor do direito estar submetido, orientando suas ações frente à propriedade. Daí surge uma das fundamentações apontando para o não absolutismo do direito da propriedade, já que sua essência e seu exercício têm que necessariamente dar vazão à realização da comunidade e a intersecção com demais frentes de direitos.

Ora, o ordenamento do convívio do direito de propriedade de determinado detentor em relação aos demais detentores vizinhos, daqueles que fazem uso da propriedade em situação de condomínio, ou demais situações, tem que, necessariamente, obedecer a certos critérios. Além desse inter-relacionamento, há de se considerar a salvaguarda de interesses público-sociais, como bem estar da comunidade, paz social, saúde etc. Alguns autores chegam a dizer que a função da legislação, neste ponto de vista, é a de limitar e constranger interesses privados. O trabalho do poder público no campo do direito de propriedade ocasiona uma série de contrapontos que carecem de regras. Como será disposto o espaço físico, interesses na melhor utilização das propriedades do indivíduo frente à coletividade, espaçamento das vias públicas, entre outras situações, perguntas buscam respostas através de um conjunto de Leis postas para a orientação dos detentores do direito e composição de prováveis conflitos.

Entre os exemplos que podemos citar, no âmbito urbanístico, esse dito regramento do exercício da propriedade hoje é expresso pelo Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001, além de dispositivos outros, como a MP 2.220/01, que dão o tom da organização do direito de propriedade e seu respectivo exercício.

A dita intervenção do Estado, em se tratando do tema urbanístico, mais propriamente no condão da propriedade, pode ser: servidões, restrições, desapropriações e concessões.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro, 10 ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 61.

Como já vimos, se a limitação não faz parte da essência da propriedade, como é o caso da função social que é inerente ao instituto, qual seria seu fundamento?

Está a limitação ao direito de propriedade, ligada intimamente aos caracteres da propriedade e o regulamento de seu exercício. Vale salientar que o conceito de limitação está fortemente baseado em conceitos doutrinários conservadores, aqueles que evidenciam uma tendência mais absolutista do conceito de propriedade. Se assim o é, nota-se que as restrições vão ao encontro desse poder absoluto, dando margem à nova abrangência da propriedade em dias contemporâneos⁸⁷. Em virtude dessa ação intervencionista do Estado, o proprietário de hoje não tem mais o poder absoluto e inatingível como tinha o proprietário na era romana.

Entre as limitações, podemos dizer que algumas têm cunho constitucional, privado, urbanístico e administrativo.

As limitações de característica privada atingem o proprietário na medida em que este dispõe seu bem no convívio social, relacionando-se com outros detentores do direito de propriedade. O direito de vizinhança limita o direito dos proprietários contíguos, com o intuito de que o uso do bem não prejudique o direito de todos os confrontantes, pacificando possíveis abusos ou distorções. A intensidade do exercício do direito também reflete essa característica privada, já que existem regulamentos e normas para organizar tal relacionamento de um detentor do bem para com outro. O uso nocivo e desrespeitoso da propriedade pode causar prejuízo a outrem. Ofensas ao sossego, ruído demasiado, desarranjos morais de conduta, ultrapassando o limite da zona de garantia mínima de cada proprietário, podem e devem gerar reação do importunado⁸⁸.

As limitações constitucionais tratam de fundamentar algumas atitudes que o poder público deve tomar para o ordenamento das atividades da coletividade, dentre elas as pertinentes à propriedade. São diversos artigos que versam sobre os mais diferenciados temas relacionados com o direito de propriedade, que vão desde o direito à moradia, função social da propriedade, passando por desapropriação, atendimento da política urbana, planejamento da reforma agrária, usucapião, entre outras, até proteção de jazidas. Na verdade, como constitucional que o é, a limitação constitucional faz uma intersecção com as demais áreas de subdivisão das

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 255.

limitações, já que nela teremos alicerçadas as limitações privadas, administrativas e urbanísticas.

No direito urbanístico, a limitação pode ser dividida da seguinte forma: restrição, servidão e desapropriação⁸⁹. A restrição urbanística diz respeito ao regramento de faculdades do direito de propriedade como fruição, modificação e alienação com vistas à ordenação do território. A servidão urbanística configura-se pela ação do poder público em propriedade privada ou pública, de forma não geral, para realização de serviços públicos. Já a Desapropriação é a transferência para o Estado ou entes delegados de um bem do domínio particular motivada por necessidade, utilidade pública ou interesse social mediante indenização⁹⁰.

Já as limitações administrativas são imposições da administração pública face ao direito de propriedade nas mais diversas áreas como: patrimônio histórico, artístico e cultural; lavoura, comércio e indústria; tabelamento de preços, abastecimento; mineração e jazidas; meio ambiente etc.

De maneira geral, cabe relacionar uma série de outras limitações que bombardeiam o direito de propriedade. Requisição e ocupação temporária, recuo e investidura, de intervenção do estado no domínio econômico, tapagem, águas, passagens forçadas, construção etc.

Para finalizar, convém esclarecer que mesmo quando o proprietário faz uso lícito de sua propriedade, porém, de forma prejudicial e exacerbada, extrapolando o limite imposto por lei, deve a este, pender sansão legal.

2.1.2.4 Formas de Aquisição da Propriedade

De relevância expressiva é o enfoque da aquisição e perda da propriedade no contexto de nossa pesquisa, já que a regularização fundiária está baseada na aquisição da propriedade por um titular que ocupa ou adquire determinado espaço de solo para sobrevivência e abrigo familiar sem o justo domínio, em detrimento de outro titular que apesar de regular proprietário, não utiliza seu bem alinhadamente com a orientação da finalidade social.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 77

⁹⁰ SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado, 5 ed. Ver e atualiz. De acordo com a constituição em vigor / pelos profs. A. Fontes M. Delmas, R. Reis Friede, Rio de Janeiro: Thex Ed.: Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1995. p. 102.

A concepção de propriedade móvel e imóvel adveio da era medieval, onde o senhor feudal detinha o poder político sobre os vassalos, por possuir a propriedade imóvel regulada por ordenamento jurídico especial.

Na atualidade, temos dois sistemas para a transferência da propriedade, o *franco italiano* e o *germânico*.⁹¹

No sistema *franco italiano*, o contrato entre as partes proporciona a transferência entre as partes envolvidas na transação e o registro público visa documentar e comprovar o ato negocial, dando ciência a terceiros que não participaram da operação. Assim, assinado o contrato, a propriedade já passa a pertencer ao comprador, que pode reivindicá-la a qualquer tempo, caso não haja a entrega por parte do vendedor. No sistema *franco italiano* pode o comprador, em caso de inadimplemento do avençado em contrato, valer-se de ação reivindicatória para ter o imóvel em sua posse novamente.

Já no sistema *germânico*, a assinatura do contrato cria obrigações, mas não transfere a propriedade. A transferência só se opera através do registro em cartório de imóveis. Aqui resta ao comprador lesado ação de perdas e danos pelos prejuízos oriundos do não cumprimento do contrato.

No código civil brasileiro, que adota o sistema *germânico* de transferência de propriedade, o contrato, apesar de gerar direitos e obrigações entre as partes, não efetiva o ato. No que diz respeito à propriedade imóvel, a transmissão do domínio só se opera pela transcrição do título no cartório de registros de imóveis, e no caso de propriedade móvel, pela tradição do objeto. A essa regra, o direito brasileiro apresenta a exceção da sucessão onde, com a morte do proprietário, passa o bem a incorporar o patrimônio dos herdeiros, restando a sentença do inventário, mera declaração da situação já posta juridicamente. Apesar dessa situação fática, determina a lei que o formal de partilha seja registrado no cartório de registro de imóveis, porém, a transferência do direito real independe de registro. Na ação de usucapião, a sentença também é meramente declaratória, já que reconhece direito preexistente.⁹²

O registro de imóveis tem como objetivo dar publicidade e segurança aos atos ligados a determinado bem imóvel. Em seu bojo, narra o registro, a história daquele imóvel, seus antigos proprietários, dimensões, confrontações, características e

⁹¹ WALD, Arnaldo. op. cit. p. 129.

⁹² Ibidem p. 130

possíveis gravames que possam existir. Todas as modificações importantes juridicamente do imóvel ou de seus proprietários devem fazer constar no registro do imóvel, a fim de orientar aqueles terceiros que venham a necessitar de informações sobre o bem por qualquer razão.

Os modos de adquirir a propriedade podem ser classificados em:

Originário – adquire-se a propriedade sem que haja qualquer relação jurídica entre o titular adquirente e o titular anterior. Neste caso, por exemplo, a usucapião e a acessão são modos de aquisição originárias.

Derivado – quando apresenta uma relação de causalidade, uma relação jurídica entre o titular adquirente e o titular alienante. Aqui podemos citar como exemplo um contrato de compra e venda, doação, sucessão etc.

A propriedade móvel pode ser adquirida através da tradição, ocupação, acessão e usucapião. Já a propriedade imóvel pode ser adquirida através do registro de título, acessão usucapião e direito sucessório. Entre todas citadas e algumas já vistas, nos interessa mais detalhadamente, para esse trabalho, as referentes à propriedade imóvel as quais veremos agora.

2.1.2.4.1 Acessão

É um modo de aquisição originária na medida em que “modifica o aspecto da coisa, em virtude de aumento ou acréscimo”⁹³. Regulada pelo artigo 1.248 do Código Civil, a acessão é tudo o que se une ao bem do proprietário e que fica fazendo parte do todo. Tudo que se incorpora a um determinado bem de forma inusitada, natural ou artificial, vem a integrar-se como se do primeiro fizesse parte. O chamado enriquecimento sem causa. Por obra do acaso ou por trabalho, houve um aumento da propriedade, podendo ser natural da própria coisa ou discreta, no caso de frutos, procriação etc. ou atuação externa ou contínua, com o acréscimo ou união de algo.

Do ponto de vista natural temos: formação de ilhas em rios não navegáveis (artigo 1.249 CC), abandono de álveo (artigo 1.252 CC), aluvião (artigo 1.250 CC) e avulsão (artigo 1.251 CC).

⁹³ ESPÍNOLA, Eduardo. Posse – propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 253.

A formação de ilhas em rios não navegáveis geralmente se dá pelo acúmulo natural, de maneira gradual ou abrupta de areia, terra ou qualquer outro tipo de material levado pela correnteza.

O abandono de álveo é a superfície de terreno que as águas cobrem, sem ocupar o solo natural. Pertencendo aos proprietários das duas margens, até o meio do rio, considerando as respectivas testadas.

Na Aluvião o aumento provocado é tão sutil, que a percepção é diminuta. Neste caso, os acréscimos pertencem ao proprietário do terreno marginal.

Por fim, a avulsão é quando, de forma súbita, a corrente do rio arranca uma parte considerável e perceptível de uma propriedade e sedimenta-a em outra propriedade.

Em todos os casos de acessão tem-se clara a premissa doutrinária de que o acessório acompanha o principal. Assim sendo, as resoluções de possíveis desavenças sempre levam em consideração esse caminho.

A acessão pode ser artificial, onde o trabalho do homem configura e transforma a maior, a propriedade, como plantações, construções etc. (artigo 1.253 CC). Também conhecida como acessão industrial, provém da atuação do homem modificando e acrescentando a propriedade. O que adere à propriedade, a esta fica fazendo parte integrante como se uma só fosse.

2.1.2.4.2 Usucapião

“Uma situação de fato pode transmutar-se em situação de direito sob influência do tempo, que atua como força geradora.”⁹⁴ Diante desta concepção, a usucapião configura-se no modo de aquisição do domínio de determinada propriedade por decurso de tempo, observadas algumas características constitutivas. Entre elas podemos apontar a posse mansa e pacífica, ou seja, sem oposição de seu titular ou terceiros interessados. Dois ingredientes são fundamentais para a usucapião de bens imóveis: posse harmoniosa e tempo. Assim, a usucapião é um modo de aquisição originária da propriedade e outros direitos reais pela posse prolongada no tempo.⁹⁵ “A usucapião tem por fundamento a

⁹⁴ VIANA, Marco Aurélio S. Curso de direito civil - vol. 3 – Direito das coisas. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993. p. 125.

⁹⁵ Ibidem. p. 126.

consolidação da propriedade, dando juridicidade a uma situação de fato: a posse unida ao tempo.”⁹⁶

Na usucapião, os requisitos para o vislumbre do direito são: imóvel suscetível de usucapião, exercício da posse, lapso temporal, boa fé e justo título.

Em nosso direito pátrio, temos quatro espécies de usucapião: a ordinária (artigo 1.242 CC); extraordinária (artigo 1.238 CC); a especial (constitucional), esta última dividida em rural ou pro labore e urbana ou pro moradia e a coletiva (artigo 10 da Lei 10.257/01).

Na ordinária, o lapso temporal para efetivação do direito é de 10 anos, conforme o artigo 1.242 do Código Civil podendo, na hipótese do parágrafo único, ser reduzido a 5 anos, quando o imóvel é adquirido a título oneroso lavrado em cartório, cujo título tenha sido cancelado posteriormente. Durante o período de posse exige a lei que o imóvel tenha recebido investimentos de ordem econômica, social ou tenha sido destinado à moradia do requerente e seus familiares. Cabe salientar que, para a usucapião ordinária, necessário se faz o justo título inicial, mesmo que cancelado posteriormente como já dito. Os demais caracteres seguem o padrão do instituto, ou seja, posse mansa, pacífica e ininterrupta, decurso de tempo e boa fé.

A extraordinária vem regulada pelo artigo 1.238 do Código Civil e apresenta como requisito temporal a exigência de 15 anos para a admissibilidade da usucapião.⁹⁷ Tal prazo pode ser diminuído para 10 anos se comprovada a moradia habitual do possuidor ou que no imóvel tenham sido promovidas obras e serviços de caráter produtivo. Nesta modalidade o justo título é dispensável, sendo necessária a posse harmônica com o animus domini e o decurso de prazo.

Já a usucapião especial ou constitucional encontra respaldo legal nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal de 1988. Estes artigos dizem respeito respectivamente à usucapião urbana (pro moradia) e à usucapião rural (pro labore). Terá direito à usucapião rural aquele que possuir como seu, “por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares”, tornando-a produtiva e fazendo-a moradia. Na usucapião urbana, modalidade inovada na Constituição Federal de 1988, é possível o direito de propriedade àquele que “possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 146.

⁹⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. op. cit. p. 275

metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia”. Nesta última, o imóvel sem construção não atende os requisitos da lei, já que necessariamente haverá de servir de moradia para o requerente e sua família em caso urbano. Nas duas modalidades de usucapião especial fica patente que o possuidor não poderá ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Outra premissa legal que fica clara, é que os bens públicos não serão alvo de usucapião tanto rural como urbana.

Por fim, a usucapião coletiva foi instituída pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 10 de setembro de 2001). Aqui, temos uma preocupação social do legislador com as populações de baixa renda que residem em espaços superiores a 250 metros quadrados, por no mínimo 5 anos ininterruptos, onde não há a possibilidade de identificação individual das ocupações. Este condomínio especial que será constituído de forma indivisível, não sendo permitida a extinção, salvo decisão de dois terços dos condôminos. As questões administrativas serão geridas conforme a praxe dos condomínios regulares.

No caso de usucapião, necessário se faz a constatação de que o bem seja suscetível de ser usucapido, isso porque alguns bens estão fora do comércio ou têm restrições legais nesse sentido, como é o caso dos bens de domínio público. Bens como o ar, a luz, o alto mar, a atmosfera, são naturalmente indisponíveis, pois o homem não teria condições de apropriar-se destes bens. Os bens públicos também, por força de lei, não são alvo de prescrição, como veremos mais adiante.

2.1.2.4 Formas de Perda da Propriedade

Na questão da perda da propriedade, vale dizer que para que alguém adquira a propriedade, inevitavelmente, outro deverá perder a propriedade. Atualmente, não há como se falar em conquistar terras de ninguém ou sem proprietário. O direito de propriedade sofre uma transferência de titular, “o *adquisitio* de um origina-se na transferência do direito de outro”⁹⁸ O artigo 1.275 do Código Civil enumera alguns dos modos de perda da propriedade que podem ser originadas pela vontade do proprietário, como é o caso da alienação, renúncia ou abandono. Entre os exemplos, também existem situações que independem da vontade do proprietário, como perecimento, desapropriação, usucapião, acessão, requisição etc. O rol do artigo

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. V. 3. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991. p. 498.

citado é exemplificativo, pois no Código Civil e na Constituição Federal, vários são os artigos que tratam do tema. Esses modos terminativos estão expressos nos artigos: 1.228, 1.238 e seguintes, 1.248 e seguintes, 1.275 e 1.276 do CC; artigos 5º, 182 e 184 da CF.

Vejam os modos de perda da propriedade conforme tipificado em lei:

Alienação - através de contrato e posterior registro no Cartório de Imóveis, o titular transfere a propriedade a outrem mediante acordo mútuo, podendo ser a título oneroso ou gratuito.

Renúncia - Ato pelo qual o titular abre mão de seus direitos sobre o imóvel através de ato de própria vontade em favor de terceiro, desde que não acarrete prejuízo a outrem. Geralmente temos a renúncia de processos sucessórios a favor deste ou daquele herdeiro. Tal situação necessita de registro no Cartório de Imóveis.

Abandono - O titular não promove ações pertinentes à propriedade e por ato unilateral de vontade própria abre mão de seus direitos de proprietário, porém, não de forma expressa. “A conduta do proprietário caracteriza-se no abandono, pela intenção (animus) de não mais ter a coisa para si.”⁹⁹ Neste caso, qualquer pessoa pode fazer uso do imóvel com fins de futuro usucapião, ou na situação de ser acarretado como coisa vaga pelo município ou distrito federal, podendo este órgão incorporá-lo a seu patrimônio quando, há três anos, contados da arrecadação, tal propriedade permanecer em estado de abandono.

Perecimento - Ocorre quando se perde a coisa por qualquer motivo. Sem o objeto inexistente o direito. “Se a coisa objeto da propriedade perece, não sobrevive o direito que autoriza a propriedade.”¹⁰⁰ Várias são as formas de perecimento que estão vinculadas, geralmente, com grandes adventos da natureza como um grande alagamento perene, terremoto, erupções vulcânicas, destruição através de fogo etc. Aliada à situação exemplificada, a doutrina pondera que a perda é de utilidade, destinação e valor econômico de tal sorte que se perde por completo a razão de ser da propriedade.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p. 157.

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. op. cit. p. 501.

Desapropriação - Neste caso, a perda da propriedade é motivada por interesse público, utilidade pública ou necessidade social. No direito público, a desapropriação é considerada modalidade especial de extinção da propriedade, prevista na Constituição Federal e preceituada pelos diplomas legais pertinentes. Nesta pesquisa analisaremos mais detidamente a interferência do poder público na vontade privada, porém, cabe salientar que os direitos privados, neste caso, sofrem “turbação legal” do poder público, motivado por um interesse que está acima do interesse privado, que é o público e o da sociedade organizada. O titular do direito perde a propriedade que é transferida para o Poder Público, mediante “paga justa”.

Requisição - Ligada à segurança nacional, essa modalidade propicia ao titular do imóvel requisitado uma perda transitória de seu direito de propriedade. Isso com vistas a assegurar a soberania nacional ou algo de interesse maior. Assim fica permitida à autoridade competente, o uso da “propriedade particular até onde o bem público exigir”, conforme o artigo 1.228, § 3º do Código Civil. Nas situações extremas, o proprietário será indenizado em caso de prejuízos e danos em seu patrimônio. Existe a possibilidade de intervenções mais amenas de uma requisição, onde o proprietário será indenizado previamente pelo uso, caso se recuse em recebê-la, parte-se para a auto-executoriedade, depositando o valor ofertado judicialmente e providenciando-se a utilização do imóvel de forma unilateral.

Além dessas modalidades elencadas, a doutrina aponta para outras situações onde pode haver perda de propriedade por parte do titular do direito como: usucapião (algum titular perde para que outro adquira), acessão (o que acrescenta em determinada propriedade necessariamente veio de outra), na separação de um casamento com regime universal de bens, no confisco etc.

3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade atravessou várias fases desde seu surgimento, que sempre esteve vinculado à organização social e comunitária da sociedade. De comunitária e compartilhada dos primórdios da civilização humana, à absoluta e egoística da era romana, de justificadora do poder dos senhores feudais, à matéria de manobra da classe burguesa na pós-revolução, onde ideais liberais continuavam trilhando o caminho individualista da propriedade, apesar de algumas interferências filosóficas contrárias que surgiram no decorrer do tempo. Importante salientar a crítica de Marx à ideologia liberal. Marx defende a idéia de que a terra não constitui capital, mas somente mercadoria. Sobre as idéias de Marx, o doutrinador Rafael Egídio observa:

O capital é o trabalho acumulado pelo capitalista, sob a forma e meios de produção, produzidos pelo trabalho. A terra não é produto do trabalho humano, pois tem sua origem no envelhecimento da crosta terrestre. É um bem finito que não pode ser reproduzido. **O trabalho na terra tem objetivo de produzir frutos e não mais terra.** Segundo a teoria marxista, o capital gera lucro, o trabalho assalariado produz salário e a terra produz renda. No entanto, é tendência do capital apropriar-se de tudo, inclusive da terra que passou a ser designada erroneamente também como capital. (grifo nosso)¹⁰¹

Em 1848, Marx e Engels começaram a questionar o caráter absoluto da terra, defendendo a idéia de nocividade se ela não for utilizada de modo produtivo. O Código Civil alemão já não trata mais a propriedade como modo absoluto.

A função social da propriedade resulta na observância, por parte do proprietário, do “papel produtivo a ser desempenhado pela propriedade, passando pelo respeito à ecologia, ao cumprimento à legislação social, trabalhista e urbanística”.¹⁰²

Várias transformações foram incidindo sobre o tema continuamente, retratando a importância que se dava à propriedade em cada época da história da sociedade. No artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de

¹⁰¹ SILVA, Rafael Egídio Leal. "Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos". Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo.,v. 37, ano 9, out./dez. 2001. p. 257.

¹⁰² LEPORE, Paulo Eduardo. Função social da propriedade. Revista Jurídica Unicoc. Agosto 2007. Disponível em: www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/Arquivoid_14.pdf. Acesso em 22 de janeiro de 2008.

1817, quando a propriedade era sagrada e inviolável, vários foram os fatores interferentes no direito de propriedade que fizeram com que o contexto do uso indiscriminado e individual fosse cedendo ao imperativo da sociedade para um convívio harmônico entre interesses particulares e da coletividade. A partir do século passado, o caráter social da propriedade começa a ser propagado de forma mais contundente. Num primeiro ensaio, a Constituição de Weimar, em seu artigo 153, trazia o seguinte enunciado: “a propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função social”. No texto legal do artigo 153, última alínea, tivemos o reconhecimento da propriedade como dever fundamental: “A propriedade obriga. Seu uso deve ser, por igual, um serviço ao bem comum”.

De lá para cá, varias foram as legislações constitucionais ou infraconstitucionais que portam esse ideário em todo o mundo. Isso não implica dizer que já chegamos ao estágio de excelência desejado para a propriedade frente a sua função social, porém, o instituto vem ganhando espaço na consciência do legislador, do aplicador do direito, do proprietário e da sociedade.

No século XX, influenciados pelo ideal de Augusto Comte, pai do positivismo sociológico, pensadores como Leon Duguit e Karl Renner apontam o interesse social como instituto intrínseco ao direito de propriedade, opondo-se aos propósitos individualistas. Para Tepedino, a utilização mais contundente do termo “função social da propriedade” deve-se a Duguit, ao discursar em Bourdeaux, afirmando que “a propriedade não é o direito do proprietário, mas sim sua função social, sua tarefa obrigatória de realizar, em virtude do lugar por ele ocupado na sociedade”.¹⁰³ Observa ainda Tepedino, que o conceito da função social nasceu como antítese ao direito subjetivo à propriedade, sendo na época considerada radical a posição de Duguit, e a concepção que acabou efetivamente sendo divulgada foi a da função social como característica remodeladora, nova concepção, e não como antítese do direito subjetivo de propriedade.¹⁰⁴

Em termos de Brasil, até a Constituição Federal de 1988, apesar de positivado em estatutos de direito civil, a função social da propriedade só prevalecia quando havia conflito entre interesse público e o interesse do indivíduo. Após esse momento histórico da vigência da Constituição cidadã, passa a ter mais força esse

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Função social da propriedade e legalidade constitucional. SCHREIBER, Anderson. In: Revista do Departamento de Direito da PUC do Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, v.9 – n. 17 – p.41 a 57- 2000.

¹⁰⁴ Ibidem.

instituto que foi acolhido pelo código civil brasileiro. De absolutista e egoístico, o direito de propriedade vai cedendo a uma característica de direito relativo frente à necessidade de ter deveres para com a coletividade. Segundo Telga Araújo, “a idéia da função social da propriedade é um dever do proprietário de atender a sua natural finalidade econômica e social, com vistas ao bem estar social.”¹⁰⁵

Ao contrário do que possa parecer, a função social da propriedade não se configura em instituto de influência socialista, como bem pondera o ilustre mestre Gilberto Bercovici:

A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social da propriedade passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.¹⁰⁶

A função social se caracteriza por configurar-se em limitação ao direito de propriedade, já que está devidamente positivada em termos constitucionais, civis e em leis ordinárias, porém vai mais além, estando sua existência ligada visceralmente à propriedade de forma intrínseca. Não se refere a uma limitação ao direito unicamente, é mais que isso. Nesse sentido, nossa sociedade não pode aceitar um direito absoluto que tenha como único objetivo a manutenção do *status quo* de classes dominantes. O direito deve se prestar à transformação social, ao aprimoramento da sociedade e à distribuição equânime de oportunidades.

Como previsto na própria Constituição de 1988, a função social da propriedade é instrumento de concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil. Assim, a função social faz parte do conceito de propriedade de maneira indissociável. Como bem conceitua Paulo Afonso Machado, “a propriedade não é um direito individual que exista para opor-se à sociedade. É um direito que se afirma na comunhão com a sociedade”.¹⁰⁷

O concretizar da função social da propriedade não resulta única e exclusivamente em não utilizá-la de forma lesiva ou anti-social, mas, acima de tudo, potencializando seus valores e destinações sociais.

¹⁰⁵ ARAÚJO, Telga. Op. cit. p. 7.

¹⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento – Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 147.

¹⁰⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiente brasileiro. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 703.

Dados do IBGE dão conta que o processo de urbanização brasileiro tem sido muito rápido, tanto é que o percentual de pessoas que viviam em centros urbanos há 50 anos alcançava a marca de 40% da população nacional; num levantamento concluído no ano de 2000, essa marca já atingia 81,2% da população brasileira vivendo em cidades. Portanto, quando o enfoque deste trabalho dá atenção à função social da propriedade urbana, os números levantados pelo IBGE justificam sua importância.

3.1 EVOLUÇÃO LEGAL NO BRASIL

Como já vimos, a propriedade está sempre vinculada ao momento histórico pelo qual está ligada e com isso teve várias facetas ao longo dos anos, recebendo influência do Poder Estatal e político, bem como do interesse econômico predominante a cada época.

No Brasil não foi diferente. Desde o período colonial, a propriedade e sua função no contexto da sociedade vêm sofrendo alterações dependendo do grupo dominante ou sistema político.

Na colônia tupiniquim a sistemática era a da transferência de prerrogativas de proprietário pelo soberano aos donatários. Neste período, não havia patrimônio privado. O soberano outorgava permissões aos particulares colonizadores responsáveis pela ocupação de nosso país recém-descoberto.

Veio, posteriormente, o regime das sesmarias que consistia em uma primeira preocupação com o bem comum, já que trazia em seu bojo o desenvolvimento do cultivo da terra. Aquele que não tornasse a terra produtiva a perderia para outro que a fizesse. Óbvio que por traz dessa sistemática, estava o interesse da coroa de maior lucratividade, já que servia o Brasil para abastecer a pompa e ócio da coroa portuguesa, contudo pelo menos o interesse de produzir estava latente. Esse regime não foi acolhido pelos colonizadores, que arrebanhavam para si um número cada vez maior de terras, criando verdadeiros latifúndios nas mãos de poucos proprietários. Aliada à monocultura, extração de minerais e utilização de mão-de-obra escrava, esse período foi próspero, possibilitando à coroa portuguesa uma acomodação do ponto de vista do controle de apropriação de terras. Ao final do século XVII, Portugal já tinha perdido controle sobre as terras. Tentou editar medidas legislativas para manter a propriedade das áreas, que foram inócuas, gerando desordem e insatisfações. Diante das pressões e ausência da coroa portuguesa, a

partir daí, a aquisição dos territórios começou a se dar de forma espontânea, legitimando os grandes latifúndios existentes.

Vale salientar que o interesse da coroa portuguesa não era coibir os gigantescos latifúndios geradores de divisas para a Europa, na verdade, não queria perder a propriedade dessas áreas.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, ainda no Brasil Império, remetia aos ideais liberais da época. Refletindo uma forma nem um pouco social da visão da propriedade, prevendo como única intervenção a desapropriação, em seu artigo 179.

É nesse clima que o Brasil Colônia tem sua independência decretada, onde uma das primeiras medidas foi a suspensão das sesmarias até a realização de uma Assembléia Geral Legislativa. Vale lembrar que um protagonista da época, José Bonifácio, pregou o fim das grandes propriedades e o confisco das terras não produtivas com a conseqüente reforma agrária, proporcionando o povoamento do recém Brasil independente. Contudo, suas propostas não lograram êxito.

Em 1850 surge a Lei de Terras, opondo-se a sesmarias, dificultando a aquisição de terras que, a partir de então, poderia se dar apenas pela compra.

A Constituição de 1891 nada trouxe de alteração no tema propriedade, mantendo a característica liberalista e de uso quase que ilimitado do direito de propriedade, a não ser pela desapropriação.

O Código Civil de 1916, influenciado pelo Código Napoleônico, além de ideais liberais da classe dominante, não contemplou qualquer manifestação sobre a função social da propriedade, mantendo a filosofia do uso ilimitado, como bem jurídico intangível.

Em meados de 1918, surge no direito um movimento mundial objetivando a relativização dos direitos privados pela sua função social. O bem estar da coletividade passa a ser obrigação do particular e não mais somente da sociedade ou do Estado. A propriedade como ponto forte de afirmação econômica e de classe, submete-se também a esta reflexão.

A Revolução Constitucionalista de 32 foi um levante frente a uma economia concentrada nas mãos da classe dominante e um Poder Estatal cada vez mais opressor, não oferecendo espaço para o benefício de outras frentes que se tornavam latentes no Brasil. Do movimento, resultou a convocação de uma Assembléia Constituinte que foi responsável pela elaboração da Constituição de 1934.

O primeiro registro legal da idéia de função social da propriedade foi sacramentado com a Constituição de 1934, totalmente influenciada pela Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. Na Constituição de 1934, vários foram os avanços na esfera social, envolvendo propriedade, trabalho e eleição. Em seus artigos 113, n. 17 e 118, passou a considerar as minas e demais riquezas do solo, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, e que o direito à propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

Surgiu a Constituição de 1937, na era Getúlio Vargas, recebendo forte influência Polonesa. Aqui temos a manutenção da função social da propriedade, porém, com uma diferença, a Constituição de 37 remetia à legislação regulamentar o ordenamento do exercício da propriedade, culminando assim na edição dos Decretos Lei n. 25/1937 (Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e o n. 58/1937 (Regras de Loteamentos Urbanos e Venda de Lotes).¹⁰⁸

A desapropriação em razão de utilidade pública veio com o Decreto Lei n. 3.665/1941. Este dispositivo está em vigor até os dias atuais.

Na Constituição de 1946, outro grande avanço no que se refere à propriedade, já que o texto da Carta Magna de 46 trazia o vínculo que a propriedade privada deveria ter com o “bem estar social, possibilitando a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Em 1962, a Lei 4.132 definiu os casos de desapropriação por interesse público. Tal procedimento teve origem no conceito positivado na Constituição de 1946.¹⁰⁹

Surge em 1964 a Lei 4.504, chamada de Lei Agrária Brasileira ou Estatuto da Terra, dentro do regime militar, onde a concentração do poder na União enfraqueceu Estados e Municípios em competências, além do arrocho econômico. Porém, por incrível que possa parecer, alguns avanços no direito de propriedade foram orquestrados nesta época, como a desapropriação de terras para fins de reforma agrária mediante indenização por títulos da dívida pública.

Foram promulgadas as constituições de 1967 e de 1969, emenda constitucional, onde o artigo 160 trazia em sua redação o preceito de que a ordem socioeconômica deveria promover o desenvolvimento e a justiça social, baseando-

¹⁰⁸ MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora. 2003. p. 55.

¹⁰⁹ Ibidem.

se na função social da propriedade. “A menção expressa à função social da propriedade como princípio constitucional deu-se naquele momento.”¹¹⁰

Com o crescimento dos conglomerados urbanos veio, em 1979, a Lei 6.766, dispondo sobre o parcelamento do solo urbano, ordenamento responsável pela reforma do ainda vigente Decreto Lei 58/1937.

Foi na Constituição Federal de 1988 que o povo brasileiro teve o conceito da função social da propriedade expresso de forma mais ampla e passível de aplicação prática, inclusive com sanções ao seu descumprimento. Por mais que seu efetivo emprego esteja ainda distante, várias são as experiências positivas e esperançosas do ponto de vista da consciência coletiva, em vários artigos como o 5º, incisos XII e XIII, 170, 182 e 183 da CF.

De lá para cá, o Estatuto da Cidade, a Lei 10.257/2001 (dispondo sobre diretrizes gerais da política urbana), a MP 2220/2001 (regularização fundiária de áreas invadidas), o Novo Código Civil de 2002, além de outras iniciativas referentes à propriedade e sua função social, bem como os projetos de lei em andamento no Congresso Nacional e Assembléia Legislativa, dão conta da positivação do instituto que, apesar de sedimentado, ainda está sendo aprimorado.

3.2 O ESTADO, A PROPRIEDADE PRIVADA, A FUNÇÃO SOCIAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

Diante do até aqui narrado, cumpre esclarecer que a função social da propriedade vai além de uma simples limitação ao direito de propriedade. Configura-se em instituto de dever e deveria, ao longo do tempo, ser considerado e aplicado, independentemente de regulamentação positiva. Como já vimos, o direito de propriedade é uma relação jurídica complexa,¹¹¹ onde destacamos várias nuances de direitos e deveres que vinculam o exercício desse direito a posturas individual e coletiva com vista à sua plena utilização. Como o próprio nome diz, essa relação complexa determina um emaranhado de posturas que vincula as partes participantes do processo, seja o proprietário, seja a sociedade.

Porém não podemos esquecer que a própria Constituição Federal impõe sanções em seus artigos 182, 183, 184 e 186. Aqui temos a função social da propriedade impondo obrigação de fazer. Ora a ordem jurídica e a função social

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. op. cit.

também limitam a livre utilização ou não da propriedade. O ilustre mestre Eros Grau assevera:

Importante salientar, assim, que o proprietário do imóvel urbano está sempre adstrito a uma obrigação de fazer para que o seu direito de propriedade cumpra a função social que lhe é destinada, consubstanciada na utilização conforme o plano diretor. A imposição de comportamentos positivos é característica da função social.¹¹²

Ora, podemos concluir, então, que é limitação jurídica, pois disposta está positivamente, inclusive aplicando sanções ao seu descumprimento, com origem intrínseca à existência propriedade.

Forte apelo tem a propriedade no direito privado, já que se configura num dos mais amplos focos subjetivos na relação pessoa/coisa. Porém não devemos nos esquecer que hoje ela incorpora o direito público por conta da função social constitucionalmente regulada.

A propriedade é o exercício de determinados direitos e deveres com relação à coisa, circunscritos pelo direito positivo com observância ao contexto social em que se localiza. O usar, fruir, dispor e reivindicar necessitam do apelo de compartilhamento humano, caso contrário, configura-se em abuso de exercício.

No relacionamento com o Estado, a função social da propriedade recebe críticas na sua efetividade. No paradoxo direito e política, sempre vem à tona a chamada relação parasitária que as duas travam entre si. A esfera política diante de um clamor/problema social transfere ao direito, a solução do problema através do positivamento de regras com fins pacificadores. Aquilo que era um conflito político passa a ser, a partir da codificação, um problema jurídico que terá a incumbência da resolução e equalização da problemática. A política resolve seus problemas transferindo-os ao sistema jurídico. Por outro lado, necessita o direito da legitimação e do poder político para a efetivação de suas decisões. Essa relação sistêmica preconiza a relação parasitária e a pacificação social com vistas a dar manutenção do *status quo* frente às expectativas da sociedade em ver triunfar a propriedade sob o prisma da função social.¹¹³

Entre as muitas correntes que conceituam a natureza jurídica da propriedade, destaca-se que o homem tem como um dos fundamentos de sua existência a

¹¹² GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.256.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. A nova teoria dos sistemas. Baeta Neves, Clarissa Eckert e Barbosa Samios, Eva Machado (orgs.). Porto alegre: Ufrgs, Goethe-Institut e ICBA, 1997. p. 67.

vinculação com a propriedade - está na natureza de sua existência e dela carece. Se assim o é, a idéia jusnaturalista aponta para um conjunto de direitos naturais ligados à essência humana, onde o direito positivo tem o dever de reconhecê-los e protegê-los. Vale observar que a existência destes direitos naturais são anteriores e independentes da positivação ¹¹⁴.

Na concepção de John Locke, o direito natural vincula-se ao homem pelo próprio nascimento, “o estado não confere esses direitos: reconhece-os. A sociedade não os cria: declara-os”. ¹¹⁵

Em experiência absolutamente prazerosa, quando tivemos a oportunidade de participar das aulas da disciplina Função Social do Contrato e da Propriedade no Curso de Mestrado em Direito Político e Econômico, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, ministrada pelo ilustre Doutor Professor Milton Paulo de Carvalho, recebemos uma folha intitulada “Notas sobre a função social da propriedade e do contrato”, de onde se extrai a brilhante conclusão:

A realidade mostra que é impossível inibir a capacidade humana de apropriar-se dos bens da natureza: a inteligência do homem, exercida também por meio da chamada criatividade, é inesgotável, fazendo inesgotável, por suas descobertas, a própria natureza. É irrefreável o direito de o homem apropriar-se. O homem tem porque é. Mas, o homem não tem para si com exclusão dos outros homens. O que tem deve servir aos seus semelhantes. Esta restrição não é uma regra demagógica nem arbitrária; provém da observação simples ordem universal, *ictu oculi*: a lição que se extrai diariamente da história e da observação da realidade social evidencia que o patrimônio natural existe à disposição de cada um, para todos os homens. Aquele ou o grupo daqueles que de parte dele se apropriam têm a missão natural de estender aos demais os benefícios da sua propriedade. O chavão tornado norma, de que “*a propriedade obriga*”, não é resultado de uma tendência doutrinária ou ideológica dominante num dado momento histórico, mas a afirmação de um conseqüência íntimo, essencial, do direito de propriedade, que a insaciabilidade do homem timbra em cobrir com um véu que a cada dia mais se descortina pela força da sua natureza e pela da natureza das coisas. ¹¹⁶

Uma afronta à cupidez humana que insiste em fazer de conta que o instituto da propriedade precisa do ponto de vista do titular do direito ser respeitada e

¹¹⁴ ABRANTES, José João Abrantes. O contrato e direitos fundamentais, Lisboa: Coimbra, 2005. p. 121.

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. op. cit.

¹¹⁶ CARVALHO, Milton Paulo. Notas sobre a função social da propriedade e do contrato. In Disciplina: Função social do contrato e da propriedade – Mestrado em direito político e econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 26/05/2007.

protegida ao máximo, irrestritamente, frente a terceiros que não tiveram a mesma sorte dominial. Aqui incluímos o Poder Público que, através de positivamente questionável, do ponto de vista filosófico, se exclui e exclui seus bens, de suscetíveis de apropriações em caso do não cumprimento de suas respectivas funções sociais.

Os positivistas preferem rebelar-se ao jusnaturalismo com a afirmação de que há confusão entre o exercício direto de propriedade sobre determinada coisa, com a faculdade que o indivíduo teria de chegar a ser sujeito desse direito sobre a coisa. Tal afirmação fundamenta-se no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro, onde é assegurado direito de usar, gozar, dispor e reivindicar os bens ao proprietário. Porém este dispositivo não pode ser considerado isoladamente, necessário se faz a análise conjunta de toda a obra.

Mais aliado à função social, inclusive fundamentando-a na conceituação contemporânea, está o ideal naturalista, que aponta para um compromisso do proprietário em utilizar seu bem de forma a respeitar e contemplar um compartilhamento social, mesmo porque ao social humano ele pertence.

Como já dito, a função social da propriedade além de ser uma limitação ao direito de exercício, vai além, fazendo sim parte da essência do direito de propriedade, sem a qual não justifica sua existência em termos privados, principalmente em se tratando de uma sociedade que busque ser justa.

“A terra cumprirá a sua função social quando, explorada eficientemente, possa contribuir para o bem-estar do seu titular, e de sua família, mas atendendo também às necessidades da comunidade”.¹¹⁷

O instituto propriedade vem sofrendo mutação desde o primórdio da existência humana, dependendo da situação social/econômica da época. Essas intempéries fizeram com que sua caracterização se apresentasse de forma distorcida em determinados momentos históricos.

Em termos atuais, na medida em que avança o período de debate sobre o tema, melhor caminha o ideal libertário do compartilhamento social da propriedade, formatando uma fórmula interessante de pacificação “a conciliação do individual e do social”.¹¹⁸

¹¹⁷ ARAÚJO, Telga de. op. cit. p. 10.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (direito econômico), verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito, v.39. São Paulo: Saraiva, 1977.

Se o pensar social significa pensar na sociedade mundial, que se perfaz nas pessoas que a compõem, então estamos tratando de um tema de toda a humanidade, representada pelas suas diferenças e ambigüidades. Assim o desejável fica muito distante do viável. A Constituição de 88 gravou de forma importante a constitucionalização jurídica da função social da propriedade, porém resta o temor da não efetivação da norma, permanecendo na maioria das vezes no campo da reflexão constitucional, como os direitos à dignidade, à moradia, ao trabalho, entre outros que figuram “na realidade empírica da sociedade, aparecem como meras metáforas ou instituições para os processos políticos de produção legislativa”.¹¹⁹

Na verdade, a problemática da função social da propriedade não termina com a positivação da filosofia compartilhadora dos bens. Não se encerra o processo político com a aprovação da lei, transferindo-se para o campo jurídico a administração do caso. A idéia está no Estado ter papel transformador e de mudança da consciência dos proprietários, bem como da sociedade.

Essa noção conciliatória vê-se necessária e urgente quando andamos pelas ruas das grandes cidades, principalmente as do centro, e constatamos um número muito grande de seres humanos vivendo na rua de forma animalesca e indigna, sem o mínimo de condições para sobrevivência. Famílias inteiras, crianças, jovens, adultos e idosos, abrigados em marquises, na calçada, em praças, embaixo de árvores ou qualquer outro tipo de cobertura, com o objetivo de esconder-se das inflexões do tempo e meio ambiente. Fica difícil pensarmos em função social da propriedade, quando temos ao redor um quadro caótico como o narrado e facilmente encontrado em grandes centros urbanos. O corre-corre diário pode trazer a idéia de que aquela situação é normal, deixando as pessoas que vivem nestes grandes conglomerados de perceber a má distribuição da terra para contemplar o mínimo da necessidade humana, que é o abrigar-se para sobrevivência, quanto menos, representar distribuição de renda ou riqueza.

Ora, diante desse desabafo, se a função social configura-se na própria estrutura do direito de propriedade, qual seria o motivo para sua não implementação de forma concreta? Hoje temos esse conceito preceituado constitucionalmente, em

¹¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade, São Paulo: Lua Nova, 2006.

nível de Brasil, mesmo assim vemos muito pouco de concreto para afirmarmos a plenitude social da propriedade. Ensaio esparsos e tentativas quixotescas na luta contra o moinho capitalista que ainda direciona, amparado pelo contexto do ordenamento jurídico, a propriedade para utilização individual mesquinha e sem a preocupação social. Em verdade, muitos já se levantam contra essa disparidade de utilização da propriedade, porém, ainda há muito a caminhar.

Não obstante, as favelas, cortiços, moradias e loteamentos irregulares, áreas invadidas são fruto desta não consciência social da estrutura da propriedade e um afronte daqueles que não tem acesso à propriedade frente ao meio político e jurídico, na tentativa de “forçar passagem” nesse gargalo capitalista da distribuição da terra, seja urbana ou rural.

Desse ponto de vista, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu artigo 17, quando se refere sobre a propriedade como “sendo um direito inviolável e sagrado”, obrigatoriamente tem que receber críticas. Tal afirmação originada noutros tempos, provavelmente reflexo da época, não encontra eco/clamor social na atualidade, se é que encontraram ao seu tempo.

Tanto a função social da propriedade não pode ser comparada à limitação ao direito que se configura no núcleo essencial do instituto propriedade, onde preocupações como responsabilidade ambiental, aproveitamento da propriedade, bem comum, produção coerente e compartilhada com a coletividade etc. são ligadas de forma umbilical, reproduzindo a própria estrutura de concepção da propriedade.

O Estado vê-se obrigado a reconhecer a função social da propriedade, diante de aspectos sociais de nosso tempo. Apesar do diagnóstico temerário concreto, já houve um avanço ao impregnar o ordenamento jurídico com ideário social em termos de propriedade, porém é necessário o próximo passo, que resulta na efetivação do instituto com o objetivo de ver os resultados práticos aplicados na sociedade. Hoje os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais são favoráveis a deslindar a maioria dos entraves e distorções na aplicabilidade e utilização da propriedade. As armas/instrumentos já estão conquistados, falta disseminação da vontade de lutar.

Cabe ao Estado e à sociedade organizada o desencadeamento de ações práticas com o objetivo da efetivação da consciência de que a função social da propriedade deve ser levada a sério, e que todos precisam ter um pensar menos egoístico em prol de uma sociedade sustentável.

3.3 PROPRIEDADE URBANA, FUNÇÃO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como vimos anteriormente, várias foram as Constituições que registraram no Brasil o instituto da função social da propriedade. Internacionalmente, o México e a Alemanha foram os primeiros países a constitucionalizar o tema. Numa contextualização geral, o Direito Constitucional brasileiro já há muito contempla a função social da propriedade, abandonando a sistemática de direito individualista privado e constituindo-se em direito público, pois, pertencente é, aos princípios gerais da atividade econômica.

No artigo 5º da Constituição de 88, dentro do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, a função social da propriedade privada tem seu acento nos incisos XXII e XXIII analisados conjuntamente:

Artigo 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; (grifo nosso)

O Estado pode intervir na propriedade privada através do inciso XXIII. Neste inciso fixa-se fortemente o direito à propriedade privada, e também sua função social como fazendo parte da Ordem Econômica do País. Assim se manifesta a Constituição em seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

São inúmeras as citações a função social da propriedade expressas em nossa Constituição de 1988. Começando com o artigo 5º em seus incisos XXII e XXIII, além de outros constantes no bojo do artigo 5º, inclusive em seu caput, fazendo constar a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais do cidadão, colocando-a “lado a lado com outros direitos fundamentais, como à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança”.¹²⁰

Neste ponto cabe-nos uma pergunta: por que a função social da propriedade é tratada em momentos tão diferentes de enfoque constitucional como direitos fundamentais e ordem econômica, além de outros capítulos da Constituição de 1988, como o da política urbana, sistema tributário nacional e nas disposições constitucionais gerais?

Mais parece que existem propriedades e propriedades. Propriedade urbana e rural, produtiva e improdutiva, utilizável e não utilizável, material e imaterial, de utilização lícita e ilícita, ou seja, nas suas diversas nuances, a propriedade recebe acolhimento constitucional específico sem perder, porém, seu objetivo primeiro.

As Constituições que precederam a de 1988 não faziam menção à função social da propriedade urbana. Em seu artigo 182, § 2º, nossa Carta Magna atual dá o tom sobre o assunto referente à ordenação urbanística da cidade, conforme podemos verificar:

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;

¹²⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. op. cit. p. 95

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. (grifo nosso)

No mesmo artigo 182 da Constituição Federal, em seu § 4º tem o Poder Público Municipal a faculdade de aplicação de sanção em caso de descumprimento da premissa de função social. É a chamada obrigação de fazer que impõe a função social à propriedade. Outras regras como o artigo 183 da CF, também têm cunho de sanção, cada um dentro de sua especificidade.

Por conta desse incansável vínculo da função social da propriedade na Constituição de 1988, fica difícil entender alguns julgados que ainda insistem no contrário. Decisões que não contemplam o interesse maior da coletividade. Se temos a função social da propriedade como princípio constitucional, essa tem que ecoar em todas as demais decisões e sanear todas e quaisquer dúvidas advindas de leis infra-constitucionais.

“Se o princípio da função social da propriedade já é um conceito jurídico, porque como tal é tratado pelo texto constitucional, logo, é imperioso defini-lo de modo e forma a que não seja só válido, mas útil e lógico.”¹²¹

Nesse sentido, apesar de basilar ensinamento jurídico, vale lembrar que a norma constitucional tem força jurídica superior às demais em nosso ordenamento e assim o são por retratarem a realidade/necessidade social da época.

Além dos artigos já citados, outros da constituição de 1988 apresentam a recomendação da função social da propriedade, como por exemplo o 156, § 1º.

Diante de tão contundente presença e representatividade, inclusive figurando como princípio constitucional, a função social da propriedade, principalmente a urbana, é norma de aplicabilidade imediata, devendo ser inserida hermeneuticamente nas considerações oriundas do judiciário. Porém, o que temos visto no contexto do judiciário é uma condução ainda tímida do ponto de vista dos julgados. Essa possibilidade de elasticidade nas decisões tem causado inquietação nos dois lados da moeda: de um lado aqueles que clamam por medidas mais enérgicas e efetivas nas decisões pró-função social, de outro, aqueles que temem uma banalização do instituto da propriedade privada e as liberdades individuais.

¹²¹ MORAES, José Diniz. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

3.3.1 Função social como cláusula geral

Como cláusula geral, as críticas à auto-aplicabilidade constitucional vêm nas considerações daqueles que têm a norma da função social da propriedade. Tendo essa característica, devem ser preenchidas pelo juiz que, no caso concreto, leva em consideração critérios de direito e o ambiente social. Exige-se do juiz uma atuação especialíssima, já que este terá a possibilidade de dar vazão ao preconizado no direito positivo, a maior ou a menor. O direito não é só lei. Nos ensinamentos do professor Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma, sendo indispensável a conjugação dessas três dimensões para a apreciação de uma norma tida como cláusula geral.¹²²

A intersecção do direito e da política neste tema é de fundamental importância, como também a demonstração do motivo dessa necessidade. A análise da função social da propriedade urbana - norma de cláusula geral - será feita em conjunto com vários outros fatores políticos e sociais, exigindo do julgador habilidade toda especial e total consonância com o anseio da coletividade.

Surge a necessidade dessa relação entre os entes públicos sem, contudo, correrem o risco de interferências mútuas, por conta desta via comunicativa de “duas mãos” que se estabelece. Difícil é chegar a esse ponto de excelência de não interferência e aproveitamento do poder alheio. Como já citado neste trabalho, a relação parasitária entre o direito e a política torna-se uma constante. Assim a política, diante do conflito sobre determinado tema, transfere para o direito a competência de resolução através de regras positivadas. A demanda deixa desta forma de ser política, passando a ser jurídica.¹²³

Com a Constituição Federal de 1988 e a consagração da função social da propriedade figurando em diversos artigos, tratando de maneira ampliada da questão, o espaço cognitivo foi potencializado, dando margem à criatividade do julgador. Criatividade esta que gera decisões nem sempre uniformes, pois, desde que fundamentada, são válidas do ponto de vista jurídico.

Essa abertura cognitiva causa então preocupação àqueles que temem a interpretação restrita, bem como àqueles que temem a interpretação amplificada da função social da propriedade.

¹²² REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1978. p.68.

¹²³ LUHMANN, Niklas. op. cit.

3.4 PROPRIEDADE PÚBLICA

Se o titular de uma propriedade privada deve observar sua função social como prerrogativa de garanti-la, quanto mais o titular de uma propriedade pública. Este último não pode estar avesso a esta premissa e necessita de sua observância. O liame constante que costumeiramente se faz da função social na propriedade privada explica-se pelo fato do afastamento que a função social traz à propriedade plenamente individual e particularizada. Nesse sentido, configura-se em verdadeira revolução frente ao direito egoístico. Já do ponto de vista da propriedade pública, a função social está vinculada ao conceito público propriamente dito. Não trazendo, em tese, dúvidas sobre seu escopo, destinando-se ao atendimento dos interesses da sociedade. Na prática, uma reflexão sobre a função social da propriedade pública torna-se imprescindível em nossa abordagem, pois, muito da regularização fundiária urbana atinge áreas públicas e de proteção ambiental.

Antigamente, todas as propriedades pertenciam ao “Estado”, coroa, como vimos anteriormente, sendo seus usuários meros concessionários. Com o passar do tempo, nem tudo pode ser mantido sob o domínio público restando da totalidade de bens, uma parte que foi denominada “bem de domínio público”.

A propriedade pública, por definição, deve destinar-se à utilização pública, conforme ensina Hely Lopes Meirelles: “domínio público é o conjunto de bens destinados ao uso público, direto ou indireto, geral ou especial”.¹²⁴ Neste diapasão, poderíamos afirmar que tudo que é público é social? A nosso ver, nem sempre. O Estado não é fim em si mesmo, na atualidade, é agente que proporciona o desenvolvimento da sociedade. Neste sentido, precisa de fiscalização quanto ao cumprimento de sua função social. Não são raras as notícias de bens públicos deteriorados, subutilizados, abandonados, utilizados de forma equivocada e até para beneficiar interesses de poucos ou particulares. Além do mais, a inércia/incompetência do Estado em gerir e dar manutenção em seus bens, proporciona uma revolta justificada daqueles que não têm a possibilidade de ter um teto para abrigar sua família. Isso aliado à falta de compromisso público em estabelecer políticas habitacionais concretas que atendam a demanda habitacional urbana, e não sejam engodos para discursos políticos de campanha, seja por

¹²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 11. Ed. atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 424.

estatísticas mentirosas e disfarçadas, seja por promessas que não terão prioridade de implementação.

O Estado tem como finalidade básica promover o bem comum da sociedade, porém sua conceituação doutrinária é esquecida por alguns que comandam seus rumos durante alguns anos. Infelizmente, a corrente jurisprudencial não tem encarado da mesma forma; mais conveniente para os magistrados atarem-se unicamente à letra da lei. Se este, o Estado, através de seus governantes, cumprisse rigorosamente seu objetivo, muito provavelmente falar em função social da propriedade pública seria pleonasma, porém, tal alerta se faz necessário pelo rumo atual dos bens públicos, seja pela sua falta de utilização/manutenção, seja pela sua entrega a interesses privados como é o caso das privatizações.

A função social da propriedade pública não tem a mesma clareza legal que a da propriedade privada. No artigo 182 da Constituição de 1988 temos que o objetivo da política de desenvolvimento urbano é dar “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”. A política urbana tem maior consistência do ponto de vista social/legal no Estatuto da Cidade que será analisado mais adiante.

Nos ensinamentos do direito administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles, o domínio público em sentido amplo é:

(...) o poder de dominação ou de regulamentação que o Estado exerce sobre os bens do seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição geral da coletividade (resnullius). Neste sentido amplo e genérico, o domínio público abrange não só os bens das pessoas jurídicas de direito público interno, como as demais coisas que, por sua utilidade coletiva, merecem a proteção do Poder Público, tais como as águas, as jazidas, as florestas, a fauna, o espaço aéreo, e as que interessam ao patrimônio histórico e artístico nacional.¹²⁵

Nesse sentido, o Estado “submete à sua vontade todas as coisas do seu território. É uma das manifestações da soberania interna”.¹²⁶ A isso chamamos de domínio emitente, já que o Estado não se justifica sem o elemento físico, atuando como detentor do direito de proprietário de forma direta ou sujeitando determinados bens à sua ordem jurídica. Cabe aqui uma observação no tocante a afastar o conceito do domínio emitente, que é o poder do Estado sobre qualquer bem nacional de maneira direta ou indireta, e o domínio público patrimonial, onde o Estado

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

exercerá domínio direto diante de determinados bens públicos que estão à sua disposição.¹²⁷

O Código Civil no artigo 98 conceitua: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

3.4.1 Classificação da propriedade pública

Quanto à classificação dos bens públicos, podemos dividi-los em bens móveis (automóveis, mobiliário, aparelhos eletroeletrônicos) e bens imóveis (prédios sede de organismos públicos, áreas, praias, escolas). Dentro dessa perspectiva, a classificação também depende de seu titular, assim existem propriedades públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias, das empresas públicas, das fundações públicas.

Na Constituição Federal de 1988, temos a “distribuição” de determinados bens entre os entes federativos. No caso da União, o artigo 20 aponta da seguinte forma:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no artigo 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 340.

elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º. A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Já o Artigo 26 da Constituição Federal inclui entre os bens dos Estados Federados:

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Aos municípios não foram expressamente atribuídos bens, a não ser os públicos de uso comum, conforme artigo 30, inciso VIII da CF. Já o Distrito Federal, por equivalência legislativa e de competências aos Estados e municípios, recebeu do legislador o mesmo elenco de bens atribuído ao Estado, conforme artigo 32, § 1º da CF.

A classificação dada pelo Código Civil aponta para o contexto da chamada tripartite, pois, segundo o artigo 99 do Código Civil são bens públicos: I – os de uso comum do povo, II – os de uso especial e III – os dominicais.

Bens de uso comum do povo são os mares, rios, estradas, ruas e praças. São espaços de uso da comunidade e de fundamental importância para as pessoas. Seja pela necessidade vital, seja pela comodidade contemporânea, seja pela qualidade de vida oferecida pelo bem. Qualquer um do povo pode se utilizar destes bens sem nenhuma formalidade, desde que o uso aconteça dentro do parâmetro estabelecido para o bem, sem desvio de função.

Bens de uso especial ou patrimônio administrativo são aqueles destinados “à execução dos serviços públicos”.¹²⁸ São aqueles necessários para o funcionamento físico e instrumental do Estado, seja abrigando a sede de organismos públicos, seja servindo de instrumento para a consecução de serviços públicos. Usáveis somente pelo Poder Público podendo ser imóveis ou móveis. No caso de utilização por

¹²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 429

terceiros, há de se observar formalidades previamente estabelecidas como horários, autorização, recolhimento de erário, seja de aluguel ou ingresso submetendo o usuário a normas reguladoras. Como exemplo, podemos citar os teatros municipais, museus, escolas etc.

Tanto os bens de uso comum do povo, como os de uso especial são tidos como inalienáveis, conforme preceitua o artigo 100 do Código Civil. O artigo ainda ressalva que **esta inalienabilidade se perpetua “enquanto conservarem a sua qualificação**, na forma que a lei determinar.” (grifo nosso)

Já os bens dominicais têm como característica diferencial dos citados anteriormente a disponibilidade, ou seja, podem ser alienáveis por constituírem “o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” ou “não dispondo lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes à pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”, conforme artigo 99, inciso III e parágrafo único do Código Civil. Os entes públicos exercem sobre esses bens o poder de proprietários reais, podendo exigir, para a alienação, os dispositivos inerentes ao Poder Público, como concorrência, licitação, convite etc.

3.4.2 Disponibilidade dos bens públicos

A regra básica no tocante à possibilidade de disposição dos bens públicos parte da premissa de que são, inicialmente, indisponíveis ao comércio e à prescrição.

São públicos bens inalienáveis os de uso comum, e os de uso especial, já que segundo a doutrina, estariam esses bens destinados à utilização comunitária, ou para a persecução de serviços públicos através da atividade estatal.

O artigo 100 do Código Civil deixa clara essa idéia, conforme já vimos. Contudo, a exceção vem com o artigo 101 do mesmo diploma legal: “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências legais.” Neste caso atentamos para a Lei n. 9.636/98, em seu artigo 23, que trata da alienação de bens da União.

Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência.

§ 1º. A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem

inconveniência quanto à preservação ambiental e a defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade.

§ 2º. A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

O Poder Público se exime da perda da propriedade por usucapião, através de impeditivos legais. Deixa claro o Decreto Lei n. 9.760/46, que regulamenta os bens da União, em seu artigo 200: “seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião”. O Código Civil Brasileiro segue a mesma métrica filosófica no artigo 102: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.” Aqui a nossa crítica ao sistema jurídico, criado pelo Estado e “representantes do povo”, que protege, de maneira perniciosa, o Poder Público, dando margem à sua inércia e descuido. Pois se nada pode ameaçar seu título de proprietária de determinados bens, pode o Estado descuidar-se deles sem prejuízo futuro. Além do mais, muitas das situações onde constatamos irregularidades no cuidado e destinação dos bens públicos, não se visualizam sanções ao ente estatal por conta dessa regulamentação de proteção. Dessa forma, o cumprimento da função social da propriedade pública fica cada vez mais deficitário do ponto de vista prático.

3.4.3 Afetação e desafetação de bens públicos

A afetação de bens públicos acontece na medida em que se concentram em cada categoria classificatória, como vimos até agora. Em assim sendo, determinado bem pode ser afetado como de uso comum ou de uso especial. Os chamados dominicais, se assim determinados, não contam com a cláusula de inalienabilidade austera, como as duas categorias anteriores, não sendo considerados afetados. Esse gravame, seja qual for a categoria, vincula o bem a determinados preceitos e destes, não pode desvirtuar-se. O processo pelo qual o Poder Público incorpora determinados bens também obedece a mesma linha, ou seja, na aquisição de determinada propriedade, esta, necessariamente, terá que se enquadrar em uma dessas modalidades e estar sujeita às regras previamente estabelecidas.

“São, portanto, os bens particulares, os dominicais e as coisas de ninguém apropriáveis, aqueles que podem ser afetados.”¹²⁹

¹²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 346.

A afetação pode ser feita por ato administrativo ou lei, atribuindo ao bem a destinação que deseja o Poder Público, seja na aquisição, seja no remanejamento de atribuições da propriedade pública.

(...) afetar é atribuir ao bem uma destinação; é a consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial. Assim, se certo terreno, adquirido pelo Estado por doação, for determinada a construção de uma penitenciária, de um museu ou de uma praça esportiva, tem-se sua afetação ao uso especial por ato administrativo. Por fim, se a lei atribui ao indigitado terreno certa destinação (praça pública), tem-se sua afetação por lei.¹³⁰

Também existe a possibilidade de um bem que tem a sua afetação como de uso comum, passar a ser de uso especial, se for destinado, ao invés da construção de uma praça, à construção de uma sede de organismo público.

A afetação ou não de terminado bem público não é estanque e pode receber variações conforme o interesse administrativo, observadas algumas orientações. Assim um bem dominical, que não é afetado, pode receber esta nomenclatura caso seja destinado, por exemplo, para a construção de uma praça. Neste caso, de dominical será afetado como de uso comum do povo, estando sujeito às regras específicas.

Seguindo está linha de raciocínio, a chamada desafetação, ou desagregação, se configura no ato de retirar da propriedade a afetação anteriormente estabelecida.

Na desafetação, temos o caminho inverso da afetação com a “redução ou extinção, fática ou jurídica, da utilização de interesse público de um determinado bem.”¹³¹ Essa desafetação pode se dar por lei, ato administrativo ou fato jurídico.

Um prédio público que, diante de um evento natural de grandes proporções, catástrofe, perde sua utilidade, torna-se desafetado por um fato jurídico. Se a administração pública resolve, através de concorrência, alienar bens móveis como maquinários, por exemplo, através de processo administrativo próprio, configura-se a desafetação por ato administrativo. Finalmente, quando determinada lei for aprovada, versando sobre a desafetação de área pública, estamos diante da chamada desafetação através de ato legislativo.

Tanto a afetação como a desafetação não ocorrem por vontade direta do povo. Esta é uma deliberação do Poder Público, nas suas diversas esferas

¹³⁰ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 812.

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 346.

(municipal, distrital, estadual e união), dentro de suas respectivas competências determinadas pela Constituição.

Dentro de nosso enfoque, cumpre afirmar que a invasão de áreas afetadas como de uso comum do povo, por particulares sem teto, por si só, não provoca a desafetação daquele terreno. Necessário se faz a movimentação da gestão pública no sentido de expurgar tal esbulho, ou promover ações no sentido de dar solução social para aquela situação.

Com a afetação ou desafetação, promove-se uma alteração que vai além da questão de possibilidade de alienação ou não de determinado bem público, submetendo esses bens à mutação de sua natureza jurídica.

3.4.3.1 Competência autorizadora

Quando tratamos de bens públicos, temos que considerar que para a legitimação do ato, necessário se faz o formalismo de praxe do setor público, guardadas as competências de cada esfera organizacional pública, onde os entes federativos detêm sua autonomia. Nesse sentido, tanto a Constituição Federal, em seu artigo 19, incisos IV, V e VIII, quanto as Constituições de cada Estado e do Distrito Federal, bem como as leis orgânicas municipais, dão o tom das matérias e bens aos quais estão vinculados de forma direta.

Por mais que essa autonomia dos entes federados proporcione um certo poder de decisão, no tocante à gestão pública, a administração não é totalmente livre para adquirir ou alienar bens, principalmente imóveis. “Dispositivos de segurança” foram instalados no direito positivo administrativo, com fins de fiscalizar, deixar transparente e coibir abusos de qualquer processo dessa natureza na ordem pública.

De fato, a Administração Pública não é livre para adquirir ou alienar bens imóveis. Esses atos vão além dos de mera administração. Ademais, inúmeras leis, a exemplo das leis orgânicas municipais, fazem tal exigência. A lei deverá autorizar a aquisição mediante licitação, ou não, e caracterizar o bem a ser adquirido, indicando a finalidade, a área, o perímetro e suas respectivas confrontações, explicitando, ainda, quando existentes, as benfeitorias.¹³²

Da mesma forma para a desafetação de bens imóveis. A administração pública tem que, necessariamente, recorrer à esfera legislativa para a validação

¹³² GASPARINI, Diógenes. op. cit. p. 826.

destes atos, possibilitando a exigida transparência, já que são submetidos à discussão e aprovação dos Legisladores.

3.4.4 Utilização de bens públicos por particulares

A utilização de bens públicos por particulares obedece regras pré-estabelecidas no direito administrativo e que podem variar de simples e unilateral até os mais formais como contrato e consórcio. O mestre Hely Lopes Meirelles já dizia que:

Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida pela administração pública não o leve à inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação.¹³³

Dentre as várias formas de utilização de bens públicos por particulares, destacamos a de cunho privativo, onde o bem é usufruído de maneira mais estreita por particular ou entidade, ou seja, de forma exclusiva e contínua.

Essa utilização ocorre de modo oneroso ou gratuito, para pessoa física ou jurídica e deve estar alinhada com as determinações legais existentes em cada ente federativo, seja do ponto de vista urbanístico, seja de qualquer outro afeto. O Doutrinador Diógenes Gasparini pontua:

A utilização, certamente, há de conformar-se com a legislação a que o bem está submetido, notadamente a municipal. Assim, deve obediência às leis locais de zoneamento, de edificação e de uso e ocupação do solo. A essa obediência submete-se qualquer que seja o usuário, público ou particular. Vê-se que a outorga, em si mesma, não presta para justificar qualquer afronta a essas leis, como não dispensa a prévia aprovação de eventuais construções e o licenciamento da atividade pretendida pelo usuário, junto aos órgãos competentes, sob pena de sanções administrativas.¹³⁴

Dentro da característica privativa de utilização de bens públicos por particulares, observemos os instrumentos de permissão, concessão, cessão, locação, comodato e consórcios.

Autorização de uso – Modalidade mais informal de consentimento da atividade individual sobre um bem público. Não detém formatação específica, pois trata de utilizações transitórias de bens públicos.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 433.

¹³⁴ GASPARINI, Diógenes. op. cit. p. 851.

Permissão de uso – Ato administrativo unilateral e inerente ao Poder Público. Através desse ato, a administração pública outorga a um particular a utilização privada de determinado bem público, mediante certas condições e recomendações, sob pena, em caso de descumprimento, de perda da permissão. Sempre a título precário, ou seja, pode ser revogável a qualquer tempo, geralmente sem ônus para a administração e sem indenização, salvo se convencionado em contrário anteriormente. O termo de permissão versará sobre a gratuidade ou não, bem como a duração do benefício.

Concessão de uso – Contrato administrativo onde o ente federativo atribui a um particular a utilização de bem público, com o propósito de explorá-lo sob os termos e condições previamente acertadas. Apesar da possibilidade de revogação a bem do interesse público, tem essa modalidade a característica estável. Admite indenização no caso de perdas e danos no rompimento do contrato. Não é discricionária, pois depende de lei permissiva e concorrência, em determinados casos onde a lei exige. Através dessa modalidade, o Poder Público pode incentivar atividades particulares de interesse público.

Cessão de uso – A característica básica da cessão de uso é a transferência da utilização entre entes administrativos. Através desse instrumento, uma entidade pública trespassa a outra pessoa jurídica de direito público a utilização de determinado bem público, desde que para promover interesse da coletividade. A cessão de uso pode também legitimar a transferência de bem para pessoas de direito privado, desde que estas mantenham liame com a função pública, como é o caso das Fundações Públicas, por exemplo. É considerada como instrumento de colaboração entre os órgãos públicos, portanto não é onerosa, não necessitando de autorização mediante lei.

Aforamento público – Institui um direito real de posse, uso e gozo ao particular que tem do Estado, que detém o domínio direto, a permissão de domínio útil. Aqui temos como característica um relacionamento de enfiteuse. Assim, pode o enfiteuta alienar o domínio útil ou transmiti-lo hereditariamente, ficando os adquirentes obrigados a pagar de forma perpétua o foro ao senhorio, no caso, ente administrativo público.

Concessão de direito real de uso – Modalidade que muito nos interessa, pois trata do trespasse de terrenos públicos ao uso particular exclusivo. É de fundamental importância para a implantação de programas habitacionais de interesse social, já que não se destina a imóveis construídos, só terrenos sem utilização prática. O domínio público fundiário é repassado a particular para fins de urbanização, industrialização, cultivo e habitacional de interesse social. Criado através do Decreto-Lei 271 de 1967, hoje a modalidade perpetua-se em diversos registros do direito positivo. Do ponto de vista social é muito interessante, pois dispõe da característica resolúvel, onde o beneficiário fica vinculado ao estabelecido no contrato de concessão. Em caso de desvirtuamento do objetivo, opera-se a quebra do termo e fica o Poder Público obrigado a indenização por benfeitorias realizadas e lucros cessantes, se for o caso. Para sua instituição, necessário se faz a lavratura de termo ou contrato, podendo operar-se por escritura pública; lei autorizadora; concorrência, salvo casos onde a lei dispensar; ser o bem desafetado; para fins urbanização, cultivo, industrialização e habitacional-social como anteriormente citado. A concessão de uso é transferível por ato *inter vivos* ou sucessão hereditária, gratuita ou onerosamente, com o compromisso dos adquirentes em manterem-se fixos aos propósitos determinados na ocasião da assinatura do termo inicial de concessão por parte do Poder Público.

Além das modalidades aqui descritas, cabe fazer menção a outras tidas como complexas para alguns doutrinadores, como é o caso dos consórcios, convênios, acordos de programas, termos de parceria, contratos de gestão etc. Todas viabilizando a utilização de bens públicos por particulares de forma exclusiva e muitas vezes para fins de exploração de setores onde há o interesse do Poder Público. Nessas modalidades complexas, a administração pública recorre ao particular no sentido de otimizar o resultado esperado pela sociedade, através de justa remuneração, exploração ou repasse.

4 **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

A regularização fundiária urbana se faz necessária diante dos inúmeros problemas apresentados no ordenamento da cidade, principalmente nos grandes centros onde é maior a incidência de áreas invadidas, favelas, loteamentos irregulares e clandestinos.

Em pesquisa Perfil Municipal (MUNIC – IBGE 2000), os dados apontam que a presença de assentamentos irregulares atinge 100% dos municípios com mais de 500 mil habitantes, 80% nos que têm entre 100 mil e 500 mil habitantes e 30% naqueles que têm menos de 20 mil habitantes. Tais dados indicam um montante de quase 12 milhões de domicílios com famílias de renda mensal até 5 salários mínimos com característica informal.¹³⁵

Montante que não faz parte de cadastramentos municipais ou do sistema financeiro formal e, por este motivo, não recebendo atenção dos organismos envolvidos com a questão habitacional.

Todo o quadro caótico dessas irregularidades necessita de reversão. A regularização fundiária então se configura, na atuação do Poder Público para, em conjunto com outros organismos estatais e a sociedade, buscar soluções para esses problemas de ordem habitacional, promovendo as adequações necessárias, até então inexistentes, com o objetivo da ampliação da qualidade de vida e estrutura básica aos moradores de determinada área sem aprovação, legalizando suas habitações, atenuando a angústia de seus titulares, dando-lhes tranquilidade, posse segura, endereço e cidadania. Nem todo loteamento irregular ou clandestino pode ser considerado precário, geralmente de regra o são, contudo, as experiências vão mudando a partir do ponto em que as localidades e os envolvidos também mudam, absorvendo características próprias de cada região.

A presença desse vasto contingente de assentamentos inseridos de forma ambígua na cidade é uma das mais poderosas engrenagens da máquina de

¹³⁵ ROLNIK, Raquel. Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. p.7

exclusão territorial que bloqueia o acesso aos mais pobres às oportunidades econômicas e de desenvolvimento humano que as cidades oferecem.¹³⁶

Existem casos e casos a serem tratados pela regularização fundiária. Desde os mais simples, onde o desrespeito à lei no parcelamento do solo não foi físico, ou seja, o loteamento foi planejado tecnicamente por profissionais habilitados, com observância às orientações urbanísticas vigentes no país, se resumindo à falta de cumprimento de requisitos meramente formais e burocráticos junto ao Poder Público. até os mais graves, com afrontamento às leis ambientais e sem o mínimo de estrutura física urbana como ruas, espaços destinados à construção de aparelhos públicos, recuos etc. isso sem contar com a estrutura física das moradias que, por vezes, apresentam risco de vida aos moradores.

Com relação aos casos mais aberrantes, Cláudia Maria Beré traz reflexão interessante do ponto de vista do Estado.

O Poder Público se vê diante de um dilema: abdicar do cumprimento de sua legislação ou ignorar uma situação consolidada, condenando a comunidade à exclusão social. Tratam-se de alternativas antagônicas e a escolha de um dos caminhos implicará sacrifício do outro. A solução que parece mais convincente, e que com maior frequência vem sendo adotada, é exigir do parcelador as medidas de adaptação ou compensação que sejam possíveis, tais como entrega de terras ou dinheiro para indenizar a ausência de destinação de áreas públicas.¹³⁷

Na prática, dificilmente o Poder Público consegue identificar o responsável pelo parcelamento irregular. Quando essa proeza acontece, geralmente a liquidez da personalidade física ou jurídica inexistente. Ficam o Poder Público e a comunidade adquirente de boa fé com o problema nas mãos.

Em certos casos a regularização não se apresenta viável do ponto de vista legal, pois o loteador não é o titular do domínio da área; a área é pública afetada ou de preservação ambiental. Aqui temos um sério problema, que merece reflexão sob dois caminhos: o desfazimento do bairro com a devida reintegração de posse ou o aceite dele como se apresenta. Neste caso, o lapso temporal pode ajudar nesta difícil decisão. Em se tratando de recente loteamento, deve-se optar pela sua

¹³⁶ Ibidem. p.8

¹³⁷ BERÉ, Cláudia Maria. Regularização fundiária do parcelamento do solo, In: Temas de direito urbanístico. Vol. 4 / Coordenador Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2005. p. 203.

extinção, já no caso de loteamento consolidado e de longa data, a tolerância seria mais recomendada.

Do ponto de vista dos direitos humanos, a moradia faz parte dos direitos e garantias mínimas da vida na cidade. As comunidades que vivem em áreas ilegais são assoladas constantemente pelo sentimento de insegurança, pois sempre estão na iminência de perderem suas casas. Não sendo legalizados, seus terrenos não dispõem de escritura. No direito brasileiro só é proprietário quem tem sua escritura pública, registrada em cartório.

Quando determinado loteamento não obedece a regra de parcelamento de solo, instala-se a irregularidade. O desrespeito ao preconizado na lei 6.766/79 é crime contra a administração pública, conforme vemos no artigo 50.

Art. 50. Constitui crime contra a administração pública:

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade do loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no registro de imóveis competente;

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no artigo 18, §§ 4º e 5º, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave. Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Entre os entes federados, o município é o responsável pelo desenvolvimento da política urbana nacional, conforme preceitua o artigo 30, incisos I e VIII da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, como deve o município articular o processo de regularização, objetivando o concreto benefício àqueles que estão em situação irregular sem, contudo, ferir direitos coletivos e difusos de outra parcela da

sociedade que teve a chance e, em algumas vezes, o cuidado da aquisição de unidades habitacionais revestidas de regularidade?

No Brasil, o movimento de regularização fundiária iniciou-se na década de 90, após a promulgação da Constituição Federal de 88. Geralmente ao município, sem recursos suficientes ou vontade política, mais cômoda torna-se a passividade frente a verdadeiras atrocidades urbanísticas, bem como do ponto de vista da saúde e bem estar públicos, do que o enfretamento desta realidade ilegal com políticas sérias e comprometidas. Edésio Fernandes pontua em reflexão sobre a regularização de assentamentos informais:

Dar respostas adequadas aos problemas complexos decorrentes da ilegalidade urbana é difícil, caro e exige tempo, e soluções particulares nem sempre podem ser repetidas em outros casos. Em última análise, um programa de regularização bem-sucedido depende de ação governamental sistemática e requer tanto investimentos de vulto quanto a promoção de reformas jurídicas significativas. Entretanto, em virtude da enorme pressão para que as respostas sejam encontradas para o fenômeno crescente de ilegalidade, as agências públicas têm se concentrado mais na cura do que na prevenção do problema, sobretudo no âmbito municipal.¹³⁸

Aqui temos, na maioria das vezes, o entrave das ações governamentais que são necessárias ao desenvolvimento da regularização fundiária urbana. A vontade política tem que estar aliada à possibilidade econômica dos municípios e a seriedade e comprometimento com que o administrador municipal e o poder legislativo decidem os mecanismos de promoção municipais. É de primordial importância que cada município tenha a sua política pública de regularização fundiária. Porém, o “enxugar gelo” não se apresenta de todo competente. É preciso uma política forte de fiscalização de áreas públicas e particulares no sentido de fazer cumprir todos os preceitos urbanísticos positivos. Nesse sentido, a ação do Estado deverá ir mais além, e proporcionar articulação governamental e não governamental, possibilitando uma oferta maior e mais acessível à moradia para famílias de baixa renda ou de renda nula.

Além do mais, pesquisas informam que os moradores de áreas irregulares nem sempre são pobres e miseráveis. O preço das unidades habitacionais ou terrenos acaba excluindo famílias que, apesar da baixa renda, ganham o suficiente

¹³⁸ FERNANDES, Edésio. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo da história? In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano / Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: del Rey, 2003. p.178.

para suprir suas necessidades básicas. Estes não são miseráveis, abaixo da linha de pobreza, entretanto não conseguem ter renda suficiente para suprir a família e adquirir um terreno, casa ou apartamento. E aqui incidem todos os custos de vida urbano como transporte coletivo, alimentação, vestuário, material escolar básico etc., pressionando a autonomia econômica dessas famílias. Assim, fechamos um ciclo de incidência que, ao contrário do que possa parecer, transcende a pobreza. Hoje, o aumento populacional das grandes cidades, a falta de investimentos em política habitacional acessível, o preço elevado das unidades habitacionais, o alto custo de vida, a falta de posturas fiscalizadoras por parte do Poder Público, entre outras, proporcionam o surgimento da irregularidade de habitações, dando mostra que a regularização fundiária é fundamental para a pacificação social urbana e a manutenção do equilíbrio social.

O caminho mais correto seria o desenvolvimento de ações de cunho curativo, com o desencadeamento da regularização de áreas já consolidadas, sem esquecer-se da ação curativa, onde o Executivo Municipal aprimora seus dispositivos de fiscalização e inibição, com vista a represar o surgimento de novos assentamentos irregulares.

A busca de novas práticas de planejamento urbano implica dizer que, tanto o conceito/visão da sociedade, como o ordenamento jurídico, deverão auxiliar na “disseminação desta nova cultura urbana – democrática, includente, redistributiva, sustentável – traduzida em ações de sensibilização, mobilização e divulgação”,¹³⁹ além de muita responsabilidade e seriedade na gestão.

4.1 REGULARIZAÇÃO URBANA X MEIO AMBIENTE

Se o processo de regularização fundiária tem ligação tênue com relação ao aspecto social, urbanístico e econômico de nossas cidades, o tema meio ambiente não se exclui dessa grandeza de importância, mesmo porque, a maior parte das incidências de parcelamento de solo irregulares está situada em áreas de proteção ambiental. São áreas destinadas ao meio ambiente, áreas verdes, que por abandono ou não utilização para seus devidos fins e com estrutura adequada, acabam sendo alvo daqueles que necessitam construir sua moradia, pois não têm onde abrigar-se. Outra forma de agressão às áreas verdes é a inobservância, por

¹³⁹ ROLNIK, Raquel. op. cit. p. 9

parte dos loteadores, aos índices mínimos de reserva para o fim ambiental nos loteamentos, o que acaba por ocasionar a não aprovação do parcelamento e sua conseqüente irregularidade.

Aqui é inevitável o confronto da função ambiental da propriedade urbana e a regularização fundiária, mesmo porque as destinadas ao meio ambiente não admitem regularização para tornarem-se assentamentos habitacionais.

Vale lembrar a dinâmica do direito de propriedade que incorporou o foco ambiental em geração recente, fruto da demanda ambiental que se faz cada vez mais importante na sociedade contemporânea. O desordenamento das cidades e seu excessivo crescimento são fatores degradantes e perigosos do ponto de vista do equilíbrio ecológico. O Estatuto da Cidade prega a manutenção da sustentabilidade, também do ponto de vista ambiental. Essa sustentabilidade é comprometida pela produção econômica predatória, colocando em risco os recursos naturais ainda existentes nas grandes cidades. Como se não bastasse a invasão para fins de moradia de áreas destinadas à preservação ambiental, a falta de infra-estrutura desses aglomerados habitacionais proporciona o despejo de detritos dos mais diversos oriundos de esgoto doméstico e até industriais em mananciais de vital importância para a vida na cidade. Sobre esse espectro, a reflexão das alternativas viáveis no que se refere a regularização de áreas onde há interesse ambiental confrontante, é inadiável.

Pertinentemente ao meio ambiente, a Constituição de 88 outorgou competência comum aos entes federados através de seu artigo 23. No ímpeto de regradar assuntos ligados ao tema, não são raras as contraposições entre Municípios, Estados e União.

Devemos ficar alertas, atentos para que no corpo destas contraposições entre os entes federados, absurdos não sejam validados pelo simples fato da concretização de uma regularização, como afirma Roberto Carramenha.

O desencontro de informações; a falta de controle, fiscalização e efetivo monitoramento; o descaso das autoridades; e não poucas vezes a má fé do empreendedor, que se vale de todas as circunstâncias antes citadas para pôr em prática sua ilícita atividade, levam à total desorganização do sistema, ensejando, ao final, que estados e municípios se valham de artifícios para validarem o

inválido, para tornarem lícito o que é ilícito, para ajustarem o errado em flagrante desrespeito às leis e à própria Constituição Federal.¹⁴⁰

Esse receio ronda a todos que defendem a regularização fundiária urbana. Queremos sim essa pacificação social, porém, temos que observar questões que dizem respeito a toda uma coletividade e não somente uma restrita comunidade. A saída tem que ser social, em consonância com a ambiental, com vistas à continuidade de nosso planeta.

O cumprimento da função social da propriedade encontra-se hoje estreitamente ligado à preservação do meio ambiente com a sustentabilidade da cidade e dos grandes centros urbanos. Incorpora-se à propriedade a função social e função ambiental como fazendo parte da categoria de direitos de terceira geração. Não se trata mais, neste caso, de proteções de cunho individual, vale a coletividade e seu interesse prevalecendo perante os de alcance mais individualista.

Se a função social da propriedade implica estarmos certos de que esta se prestará ao titular de domínio, em harmonia com os interesses da sociedade, sempre de toda coletividade, mais valor tem o cuidado com o meio ambiente que expressa hoje uma das mais amplas garantias de bem estar social. A preservação e respeito ecológico representa qualidade de vida para gerações atuais e garantia de sobrevivência e continuidade das gerações que ainda estão por vir.

Se o respeito ao meio ambiente é tão vital para a continuidade da humanidade, como desenvolver a regularização fundiária de assentamentos em áreas dessa natureza? Surge a idéia da regularização fundiária urbana como estratégia para a recuperação ambiental unindo dois objetivos integrados, ou seja, o de promover a recuperação da qualidade ambiental e ao mesmo tempo das condições de vida daqueles moradores. Em ensaio de autoria da arquiteta e urbanista Laura Machado de Mello Bueno, extraímos interessante ponderação.

Na escala intra-urbana da cidade consolidada, a complementação da urbanização dos assentamentos precários, sua integração ao sistema urbano e sua regularização devem ser entendidas como um instrumento de recuperação ambiental, pelo qual se promove a justiça social. Isso somente se configura quando há vinculação entre o interesse social (características socioeconômicas e culturais das populações beneficiadas) e o interesse público (garantir um ambiente saudável para toda a sociedade). Essa síntese permite

¹⁴⁰ CARRAMENHA, Roberto. Município e meio ambiente: é possível a implementação de uma gestão ambiental adequada. In: Temas de direito urbanístico. Vol. 4 / coordenador Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005. p. 224.

estabelecer os objetivos e metas dos projetos e obras a serem executados, classificando-se essas ações (necessárias para a permanência no local com salubridade e habitabilidade sustentáveis) em compensação ambiental, recuperação ambiental ou minimização de impactos para obras de interesse público ou social.¹⁴¹

Neste caso, o caminho é a harmonização das duas situações antagônicas, o que demandará mais investimentos por parte dos envolvidos no processo de regularização. De um lado a vida e bem estar de moradores de comunidades de baixa renda que adquiriram lotes em loteamentos irregulares e clandestinos, ou invadiram área com um único objetivo, ter um teto, um lar para promover a criação e o sustento de sua família. De outro, a invasão ou parcelamento de áreas tidas como de fundamental importância para as gerações atuais e as futuras por abrigarem mananciais e de preservação ecológica.

Diante desse dilema, melhor será uma análise das condições do assentamento para reunir uma série de informações importantes para a decisão. Quantas são as famílias assentadas naquele local? Há quanto tempo se instalaram naquele lugar? Qual a estrutura que dispõem até o momento? A área de preservação ambiental invadida é de vital importância para aquela região? Qual a mais próxima preservada? Em caso de desocupação da área, haveria a possibilidade desta ser destinada de forma plena ao meio ambiente?

Munido dessas e outras respostas, poderão os envolvidos na regularização fundiária chegar a dois caminhos distintos. Caso a operação de remoção e reassentamento das famílias envolvidas apresente muitos complicadores, melhor será a regularização no local onde estão, com a imediata reserva ou aquisição de área semelhante, nas imediações da área lesada, para fins de compensação ambiental. Havendo a possibilidade de remanejamento dessas famílias para outro local, compensando-as socialmente, o mais aconselhável é a destinação do terreno para fins ambientais originais. Contudo, em nenhuma hipótese se justifica a retirada, o despejo de famílias, deixando-as na rua, em abrigos ou na casa de familiares. O Poder Público deverá encaminhar a situação com olhos sociais e não unicamente

¹⁴¹ BUENO, Laura Machado de Mello. Planos diretores, aspectos urbanísticos e ambientais na regularização fundiária. In: Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes. Raquel Rolnik. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. p. 260.

jurídicos, mesmo porque a política habitacional e o desenvolvimento urbano são deveres do Estado.

Várias podem ser as ações para a recuperação, compensação ou minimização nos impactos no meio ambiente frente à regularização de assentamentos precários¹⁴², entre elas:

- controlar e reduzir o lançamento de poluentes no meio ambiente;
- expor nascentes e córregos anteriormente drenados e enterrados;
- desocupar trechos de risco;
- aumento da arborização;
- troca de solos instáveis ou contaminados;
- tratamento paisagístico;
- ampliação da cobertura vegetal, como suporte a fauna e flora;
- criação de sistemas de áreas verdes, corredores ecológicos, parques públicos e outras unidades de conservação para a biodiversidade;
- implantação de sistemas de fiscalização e monitoramento eficientes;
- recuperação das áreas de estuário;
- recuperação de vegetação restinga;
- etc.

De qualquer forma, inexistente fórmula pronta e que se encaixe nas mais variadas situações que são registradas diferentemente nos milhares de municípios brasileiros que sofrem desse mal. Cada região terá sua peculiaridade de resolução, tendo em mira sempre um fator importantíssimo. As famílias residentes em assentamentos dessa natureza necessitam da sonhada regularização. Seja qual for a situação, é direito do cidadão e dever dos organismos estatais, porém, a bem vinda regularização fundiária urbana não pode provocar o desequilíbrio ambiental do planeta para gerações futuras, com a degradação ecológica e o comprometimento da qualidade de vida dos seres humanos.

Em resolução de número 369 do CONAMA, a legislação ambiental reconhece que a regularização fundiária em áreas urbanas é uma atividade de interesse social, justificando a intervenção ou supressão da vegetação em áreas de preservação permanente. Com isso, os agentes ambientais mostram sensibilidade na condução

¹⁴² BUENO, Laura Machado de Mello. op. cit. p. 263

de certas problemáticas que atingem de forma já consolidada a proteção ambiental de determinada área.

A parceria com órgãos como IBAMA, FUNAI, INCRA, de fiscalização ambiental estadual, é fundamental para que todas as providências sejam tomadas com o objetivo de viabilizar a regularização sem, contudo, deixar de lado os cuidados e providências necessários para a compensação do meio ambiente. Em caso de agressão, o ato compensatório deverá ser equivalente ou até superior ao dano causado.

4.2 A ORDEM JURÍDICA EM TRANSFORMAÇÃO

A ordem jurídica destinada a facilitar o compartilhamento social de bens particulares parece, àqueles que insistem em afirmar que o direito continua à serviço da classe dominante, uma utopia. Essa discussão se faz necessária dentro do tema proposto, a partir do ponto onde o direito positivado servirá de instrumento legitimador de ações concretas em prol da regularização urbana.

Como já foi visto anteriormente, há uma verdadeira onda pró-função social da propriedade que vem tomando corpo a cada dia da história contemporânea. Isso se constata com a presença, cada vez mais marcante, do conceito de função social da propriedade nos mais diversos diplomas legais pátrios e em todo mundo.

Inegável, que é difícil afirmar que “todos somos iguais perante a lei”. Frase preconizada por grande parte dos operadores jurídicos, justificando que no direito, as injustiças e diferenças vão sendo deixadas de lado. Uma nova ordem está posta, onde todos têm iguais possibilidades de acesso ao básico da vida. Contudo, a letra da lei não enxerga o dia-a-dia de diferenças brutais da sociedade.

Nosso direito cede, vagarosamente, aos anseios daqueles que mereceriam uma distribuição mais justa dos benefícios sociais. O direito poderia ser arrojado, porém, acanha-se diante das demandas sociais que clamam por atenção. O Prof. Alysson Leandro Mascaro retrata com clareza essa estagnação:

Este direito, que desde a Idade Moderna só foi progressista quando quis romper com o Antigo Regime, instaurou a segurança das relações capitalistas, e desde o momento em que há Estado burguês até a atualidade o direito é instrumento da conservação, é a arma da ordem. Foi revolucionário em dia para deixar de ser

absolutista e se tornar burguês. Deste dia em diante é conservador e impede a transformação social.¹⁴³

A questão da justiça e o direito há muito vem sendo debatida e, em boa parte das situações, não caminham de mãos dadas. O tema da propriedade privada absoluta, como se via, até bem pouco tempo atrás, instituto intocável independentemente de sua utilização, foi por durante muito tempo, marca do direito injusto.

O ato de flexibilizar pró-social, o direito, é tarefa das mais árduas e morosas. Enquanto que os conflitos sociais têm velocidade de uma “Ferrari”, aguardamos nós a carona do “Fusquinha” legislativo, para o alcance da “cidade” chamada transformação e adequação da ordem jurídica.

Contudo, não há como se responsabilizar somente o ordenamento jurídico e o processo legislativo pelo não atendimento das demandas sociais latentes. A sociedade também precisa de mudança. É fácil empurrar para os organismos públicos constituídos a culpa pelas mazelas da sociedade. O direito tem sim que estar sensível às demandas, mas precisa de um conjunto de esforços da qual todos nós somos partícipes. O jurista, o médico, o engenheiro, o trabalhador, a dona de casa, o jovem, todos têm que atuar para transformar. O prof. Alysson dá o tom da transformação de maneira inequívoca:

É possível dar um sentido diverso do atual direito, sabendo que este sentido não é um modismo acadêmico dos juristas, tampouco um punhado de leis novas e bem intencionadas. O sentido novo do direito, para uma maior justiça social e popular, não está também no campo da própria legalidade apenas, não está também nos limites de nossa vontade individual, mas é antes um sentido social, prático, para a ação transformadora. O atual estado de nosso direito e de nossa sociedade não é o infável, é antes um resultado de nossa história. Se o direito até hoje, na história da humanidade, foi a história dos desmandos do poder, não se credite isto à natureza das coisas, e sim às situações históricas, sociais, humanas. Por isso, há outras possibilidades para o direito e a sociedade. São possíveis sentidos outros, de transformação pois, é possível dar-se ao direito um projeto, sentidos justos, que não saiam da tecnicidade alheada do mundo, mas que saiam sim da verdade social que urge justiça. Por isso a transformação do direito para um direito justo é, no fundo, a transformação da sociedade para uma sociedade mais justa.¹⁴⁴

¹⁴³ MASCARO, Alysson Leandro. O direito para a transformação social. In: *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. Coordenação: Eduardo Altomare Ariente. Casa Vida: São Paulo. 2002. p. 10.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

A transformação na área da propriedade privada vem acontecendo de forma satisfatória em termos legais. Hoje, muitos são os dispositivos legitimadores da utilização social da propriedade privada, porém a sociedade também precisa mudar. O conceito da função social da propriedade privada precisa estar claro e profundamente enraizado no cotidiano da comunidade. A propriedade privada só se justifica se utilizada de forma a contemplar deveres para com a coletividade. O respeito ao determinado em lei, seja em termos ambientais, Plano Diretor, respeito ao próximo etc., é importantíssimo. A utilização individual é legitimada pela noção de que o coletivo tem que ser respeitado, e envolvido no processo. Com essa preocupação, teremos condições de apostar nas transformações do ordenamento jurídico, configurando-o em mais justo socialmente.

4.2.1 Meios legais

Após todas as considerações sobre a função social da propriedade urbana e o direito do cidadão em possuir um lugar digno para chamar de lar, fica clara a proposta deste trabalho em defender a regularização fundiária urbana com o intuito de proporcionar pacificação coletiva e promover a tão sonhada justiça social. Fica evidente, também, que a atuação da regularização fundiária deve seguir algumas regras, tomando alguns cuidados no sentido de resguardar interesses ainda maiores aos de uma comunidade, localizada em determinado assentamento irregular como, por exemplo, a preservação do meio ambiente que resguarda interesse da humanidade.

O direito brasileiro apresenta, e não é de hoje, vários dispositivos que possibilitam a realização da regularização fundiária urbana. Seja na Constituição Federal de 1988, sejam em leis infra-constitucionais, pode o Poder Público e organismos afins encontrarem respaldo para a promoção desta importante ação de cidadania. A regularização fundiária urbana depende muito mais de vontade política e trabalho conjunto e harmônico entre os organismos envolvidos, do que de legislação permissiva. É necessária a vontade política e social, e isso vem sendo amplamente verificada nos processos em andamento.

Vários municípios brasileiros já se comprometeram com a política habitacional séria e deflagraram projetos com o objetivo de regularizar situações como as apontadas neste trabalho. Estas ações vão ao encontro das preocupações de ordem

social, política, ambiental, econômica e de cidadania de toda a sociedade e não somente daqueles moradores ocupantes de assentamentos irregulares.

A característica última do crescimento urbano aponta para o surgimento, cada vez mais constante, destas formas de segregação espacial e pobreza urbana. A falta de oportunidades e políticas habitacionais comprometidas com o resultado, e não só para servirem de estatística em campanhas eleitorais, empurram esses índices para cima. A regularização fundiária urbana tem que ser desenvolvida em parceria entre o governo, beneficiários, organismos afins para o combate a essa condição jurídica dominial precária, bem como a vulnerabilidade e a exclusão sócio-espacial. Em âmbito nacional, temos boas Leis em todas as esferas sejam Municipais, Estaduais ou Federal.

4.2.1.1 Constituição Federal de 1988

Como já visto em seção própria deste trabalho, a Constituição de 1988 trouxe base sólida ao instituto da função social da propriedade urbana legitimando, de forma plena, os processos de regularização fundiária. Além do mais, trouxe como defesa os direitos à moradia, à dignidade humana, combate a exclusão social e à pobreza etc.

No artigo 5º, incisos XII e XXIII, onde estão expressos os direitos e garantias fundamentais do cidadão, o legislador constituinte grava de maneira indelével que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Artigo 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;

Outro dispositivo que merece destaque, e que determinou de forma importante a competência para a regularização fundiária urbana é o de n. 30, incisos, I e VIII. Aqui, o Município é revestido de competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

No capítulo dos direitos sociais, traz a Constituição, com base na alteração da Emenda Constitucional n. 26, o direito à moradia entre outras garantias, conforme o artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, **a moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso)

O artigo 170 traz incluído no rol da ordem econômica a função social da propriedade:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

Já no artigo 182 da Constituição Federal de 1988 institui-se no Plano Diretor a observância da função social da propriedade:

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. (grifo nosso)

Outra importante inovação, que proporcionou mais um reforço na regularização fundiária, foi a usucapião especial urbana que possibilitou a regularização de áreas privadas invadidas com terrenos não superiores à 250 m², em um prazo prescricional de cinco anos. Todas as favelas e cortiços, que estavam situadas em áreas privadas, tiveram a possibilidade de utilização deste expediente para promover a regularização de seus terrenos, conforme artigo 183 da CF.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

A Constituição Federal deixa bem claro em todas as intervenções onde se refere a função social da propriedade que, antes de um direito, é a propriedade uma obrigação extremamente social e, como tal, impõe ao proprietário, seja público ou privado, obrigação de fazer. No esteio de fundamentações plausíveis pró-regularização fundiária urbana, vale ainda lembrar o § 2º do artigo 5º onde a Constituição reconhece a inclusão dos princípios constantes em tratados internacionais em que o Brasil participa como signatário a exemplo da “Agenda Habitat”¹⁴⁵ da ONU, onde é reconhecido o direito à moradia saudável e segura. Diz o § 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

4.2.1.2 Lei 6.766/79

Antes da Constituição de 1988, apesar da função social já ter espaço constitucional, havia muita reticência com relação às ações de regularização, principalmente baseada no Código Civil vigente da época, editado em 1916. Este código carregava o ideário napoleônico de direito individualista, quando fazia referência à propriedade privada.

A lei 6.766/79 regula o parcelamento de solo no Brasil, e segundo ela só pode ocorrer a venda e ocupação de um loteamento após vencidas todas as etapas burocráticas e tendo o parcelamento recebido a aprovação de todos os órgãos competentes. Esta tese defendida na lei é uma garantia ao comprador, já que, teoricamente, só haverá venda de lotes após a devida aprovação do parcelamento.

A lei faculta aos Municípios e Distrito Federal o desencadeamento de ações visando a punição e notificação do loteador de má fé, bem como a regularização da área para evitar dano social maior, conforme artigos 40 e 41.

Art. 40. A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes. (...)

¹⁴⁵ Conferência Habitat II, da ONU. Realizada em Istambul, Turquia, em junho de 1996.

Art. 41. Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.

Os citados artigos acima, tratam da regularização de áreas particulares que apresentam condições de investimento do Poder Público para se tornarem legalmente constituídas. Quando essa situação é registrada, pode o Estado promover as devidas providências estruturais e voltar-se contra o empreendedor para o ressarcimento do erário público.

A lei 6.766/79 pouco trouxe de colaboração para a regularização fundiária urbana, já que sua exigência documental/formal é muito extensa e rígida, de qualquer forma, permite que os pagamentos efetuados pelos adquirentes de lotes irregulares, possam ser efetuados no Registro de Imóveis. Tais pagamentos, caso o empreendedor efetue a devida regularização do parcelamento de sua responsabilidade, podem ser levantados posteriormente.

Hoje tramita no Congresso Nacional um Projeto de lei que altera a Lei 6.766/79 em vários quesitos, inclusive no que trata da regularização fundiária.

4.2.2.2.1 Alterações da Lei Federal 6.766/79

São vários os projetos que estão se juntando ao substitutivo 3.057/2000, que está em trâmite no Congresso Nacional. São em torno de 20 proposições de Lei, versando sobre alterações pontuais à Lei 6.766/79, que trata do parcelamento de solo para fins urbanos, conforme vimos anteriormente.

Tida como austera e resistente à certas adequações, no que tange a regularização fundiária de assentamentos precários, a Lei 6.766/79 ganhará uma nova configuração se o citado projeto vier a ser sancionado. A futura codificação terá denominação de Lei de Responsabilidade Territorial Urbana e já em seu artigo 2º, inciso II, apresenta as diretrizes da regularização fundiária urbana:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I – área urbana: a parcela do território, contínua ou não, incluída no perímetro urbano pelo Plano Diretor ou por lei municipal específica;

II – regularização fundiária sustentável: o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por 42 razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o

direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

III – regularização fundiária de interesse social: a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos em que existam direitos reais legalmente constituídos ou que se situem em zona especial de interesse social (ZEIS);

IV – regularização fundiária de interesse específico: a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais na qual não se caracteriza o interesse social, na forma do inciso III; (grifo nosso)

(...)

Dará um respaldo todo especial para a questão da regularização fundiária urbana a promulgação dessa nova Lei. Situação hoje, inexistente, do ponto de vista legal em termos de Lei de Parcelamento de Solo Urbano, já que a 6.766/79 não trata a regularização fundiária de forma tão abrangente.

Traz essa nova Lei, um título que trata exclusivamente da regularização fundiária sustentável em área urbana, além de outros dispositivos que corroboram o ideário da função social da propriedade privada. No Título III, Capítulo I, há regramentos destinados à regularização fundiária a partir nos artigos 80, 81, 82 e 83.

Art. 80. A política de regularização fundiária sustentável de assentamentos informais urbanos integra a ordem urbanística, visando à efetivação do direito social à moradia e do direito a cidades sustentáveis.

Parágrafo único. Aos parcelamentos em processo de implantação em desacordo com o projeto aprovado ou com outras irregularidades aplicar-se-ão as regras de intervenção do Capítulo VII do Título II.

Art. 81. Observadas as diretrizes gerais de política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária sustentável pauta-se pelas seguintes diretrizes:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para a sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – articulação com as políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental e mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo, e com as iniciativas públicas e privadas voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – controle e fiscalização, visando a evitar novas ocupações ilegais;

IV – participação da população interessada em todas as etapas do processo de regularização;

V – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos;

VI – preferência de titulação para a mulher.

Art. 82. Lei municipal deve disciplinar em relação à regularização fundiária sustentável, no mínimo:

- I – os critérios, as exigências e os procedimentos para a laboração e a execução dos planos de regularização fundiária;
- II – os requisitos e os procedimentos para a emissão da licença urbanística e ambiental integrada;
- III – os mecanismos de controle social a serem adotados;
- IV – as formas de compensação cabíveis.

Art. 83. A regularização fundiária não obsta a aplicação das devidas sanções penais ou de outras que se imponham na forma da lei, bem como a responsabilização na esfera civil.

Tamanha é a preocupação da propositura, com relação à regularização fundiária, que apresenta o Capítulo II, prevendo o procedimento das ações e legitimidade de iniciativa.

Art. 84. Além do Poder Público, a iniciativa da regularização fundiária sustentável é facultada:

- I – a seus beneficiários, individual ou coletivamente;
- II – às cooperativas habitacionais, associações de moradores ou a outras associações civis;
- III – ao setor privado, nos termos da legislação municipal prevista no art. 82;
- IV – ao responsável pela implantação do assentamento informal.

Art. 85. Observado o disposto nesta Lei e na lei municipal prevista no art. 82, a regularização fundiária sustentável exige a análise dominial da área e a elaboração pelo responsável por sua iniciativa de um plano que, entre outros elementos, deve definir:

- I – as áreas passíveis de consolidação e as parcelas a serem regularizadas ou, se houver necessidade, relocadas;
- II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;
- III – as medidas necessárias para a garantia da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações previstas;
- IV – as condições para garantia da segurança da população em situações de risco;
- V – as medidas previstas para adequação da infra-estrutura básica.

§ 1º A regularização fundiária sustentável que envolve apenas a regularização jurídica da situação dominial do imóvel dispensa o plano mencionado no *caput*.

§ 2º A regularização fundiária sustentável pode ser implementada em etapas.

§ 3º O conteúdo do plano de regularização fundiária, no que se refere aos desenhos, ao memorial descritivo e ao cronograma físico de obras e serviços a serem realizados deve ser definido pela legislação municipal prevista no art. 82, asseguradas as informações necessárias para o registro imobiliário.

Art. 86. A implantação da regularização fundiária depende da análise e da aprovação do seu plano previsto no art. 85 pela autoridade licenciadora, bem como da emissão da respectiva licença urbanística e ambiental integrada, observado o disposto no inciso II do art. 82.

§ 1º Não se exige licença urbanística e ambiental integrada da regularização fundiária que envolve apenas a regularização jurídica da situação dominial das áreas ocupadas irregularmente.

§ 2º Nos casos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 35, exige-se também a licença ambiental estadual.

Art. 87. A regularização jurídica da situação dominial de área ocupada irregularmente pode ser precedente, concomitante ou superveniente à elaboração ou à implantação do plano de regularização fundiária.

Dentro das futuras regulamentações que o Projeto de Lei prevê, a regularização fundiária de interesse social, foi contemplada com uma série de artigos objetivando dar respaldo aos assentamentos precários e dando autonomia para os municípios onde, dentro do Plano Diretor de cada cidade, possam ser instituídas as ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social.

Art. 88. Os assentamentos informais objeto de regularização fundiária de interesse social promovida pelo Poder Público devem integrar ZEIS definidas no Plano Diretor ou em outra lei municipal.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* aos assentamentos informais em que já se tenha consumado a aquisição do domínio pela ocorrência de prescrição aquisitiva ou a aquisição de direitos reais de uso legalmente constituídos sobre o imóvel.

Art. 89. O plano de regularização fundiária de interesse social deve definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, e identificar os lotes e as unidades autônomas, bem como as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público ou a uso comum dos condôminos.

§ 1º Para efeito do *caput*, deve-se observar o parágrafo único do art. 7º e as demais disposições desta Lei, bem como a legislação municipal de que trata o art. 82.

§ 2º É vedada a regularização de ocupações específicas que, no plano de regularização fundiária de interesse social, insiram-se em situações de risco, nos termos dos incisos I, II e III do *caput* do art. 5º, sem que sejam adotadas as medidas previstas nos referidos dispositivos.

§ 3º O plano de regularização fundiária de interesse social pode prever intervenção em APP, desde que implique a melhoria das condições ambientais da área em relação à situação de ocupação irregular anterior.

Art. 90. Na regularização fundiária de interesse social, cabe ao Poder Público, quando empreendedor, ou a seus concessionários ou permissionários, a implantação:

- I – do sistema viário;
- II – da infra-estrutura básica;
- III – dos equipamentos comunitários definidos no plano.

§ 1º As responsabilidades previstas no *caput* podem ser compartilhadas com os beneficiários, a critério da autoridade licenciadora, com base na análise:

- I – dos investimentos em infra-estrutura e equipamentos comunitários já realizados pelos moradores;
- II – do poder aquisitivo da população a ser beneficiada.

§ 2º Na regularização fundiária de interesse social, a realização de obras de implantação de infra-estrutura básica e de equipamentos comunitários pelo Poder Público pode ser realizada mesmo antes de concluída a regularização jurídica da situação dominial.

§ 3º Regularizado o assentamento, aplica-se, em relação à responsabilidade pela manutenção, o disposto no Capítulo II do Título II.

§ 4º Não se aplica o disposto no art. 24 aos assentamentos objeto de regularização fundiária mediante a usucapião especial coletiva para fins de moradia ou a concessão de uso especial coletiva para fins de moradia, instituídas na forma de condomínio especial, caso em que a manutenção fica a cargo do Poder Público ou de seus concessionários ou permissionários.

§ 5º A implantação de infra-estrutura básica e de equipamentos comunitários pelo Poder Público deve ser feita em consonância com as diretrizes e objetivos do respectivo plano plurianual, as metas e prioridades fixadas por sua lei de diretrizes orçamentárias e no limite das disponibilidades propiciadas pela lei orçamentária anual.

Art. 91. Na regularização fundiária de interesse social, a área de uso comum do povo ocupada por assentamento informal há mais de 5 (cinco) anos pode ser desafetada pelo uso, mediante certificação do Poder Público municipal.

O Projeto de Lei contempla ainda, a regularização fundiária de interesse específico, onde o Poder Público fica autorizado a atuar em conjunto com organismos licenciadores ambientais, para promoverem articuladamente a regularização de assentamentos precários instalados em áreas de preservação ambiental e que por assim serem, necessitam de cuidados e providências técnicas para resguardo de posturas frente ao meio ambiente.

Art. 92. Os assentamentos informais objeto de regularização fundiária de interesse específico devem observar o art. 5º e os requisitos previstos no Capítulo I do Título II, ressalvada nos municípios de gestão plena a possibilidade de redução, com base em lei municipal:

- I – do percentual estabelecido no art. 8º;
- II – da área mínima definida no inciso I do art. 7º.

Parágrafo único. A autoridade licenciadora pode exigir contrapartida em relação à regularização de que trata o *caput*, observado, no que couber, o estabelecido nos arts. 28 a 31 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Art. 93. A autoridade licenciadora deve definir na licença integrada da regularização fundiária de interesse específico as responsabilidades relativas à implantação:

- I – do sistema viário;
- II – da infra-estrutura básica;
- III – dos equipamentos comunitários definidos no plano de regularização fundiária;
- IV – das medidas de mitigação e compensação ambiental eventualmente exigidas.

§ 1º A critério da autoridade licenciadora, as responsabilidades previstas no *caput* podem ser compartilhadas com os beneficiários, com base na análise de, pelo menos, dois aspectos:

- I – os investimentos em infra-estrutura e equipamentos comunitários já realizados pelos moradores;
- II – o poder aquisitivo da população a ser beneficiada.

§ 2º Sendo o responsável pela irregularidade identificável, o Poder Público deve dele exigir o montante despendido para regularizar o parcelamento.

§ 3º Regularizado o assentamento, aplica-se, em relação à responsabilidade de manutenção, o disposto no Capítulo II do Título II.

Para aqueles que vivenciam as dificuldades enfrentadas na hora da prática de regularização fundiária, o Projeto de Lei traz resposta à várias angústias, já que faz previsão da demarcação urbanística e da legitimação de posse, solucionando o problema de inúmeros assentamentos irregulares que não obedeciam a disposição de loteamento prevista antes da invasão.

Art. 94. O Poder Público responsável pela regularização fundiária de interesse social pode lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e no cadastro dos ocupantes.

Parágrafo único. O auto de demarcação urbanística deve ser instruído com:

- I – planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, dos quais constem a sua descrição, com as medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e proprietário, se houver;
- II – planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do Registro de Imóveis, se identificada transcrição ou matrícula do imóvel objeto de regularização fundiária;
- III – cadastro dos ocupantes, no qual conste a natureza, qualidade e tempo da posse exercida, acrescida das dos antecessores, se for o caso;
- IV – declaração dos ocupantes de não serem possuidores ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural;
- V – certidão da matrícula ou transcrição relativa à área a ser regularizada, emitida pelo Registro de Imóveis da sua situação e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

Art. 95. Encaminhado o auto de demarcação urbanística ao Registro de Imóveis, o Oficial deve proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

§ 1º Realizadas as buscas, o Oficial do Registro de Imóveis deve proceder à notificação pessoal do proprietário da área e à notificação por edital dos confrontantes, ocupantes e eventuais interessados para que, querendo, apresentem, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnação ao registro da demarcação.

§ 2º Se o proprietário não for localizado nos endereços constantes do Registro de Imóveis ou naqueles fornecidos pelo Poder Público, deve ser procedida a notificação do proprietário por edital.

§ 3º Os editais devem ser publicados, no período de 60 (sessenta) dias, uma vez pela imprensa oficial e duas vezes em jornal de grande circulação local, constando o prazo de 15 (quinze) dias para impugnação, bem como um desenho simplificado e a descrição da área demarcada.

§ 4º Decorrido o prazo sem impugnação, a demarcação urbanística deve ser registrada na matrícula da área a ser regularizada, indicando a origem nas matrículas ou transcrições anteriores, se houver.

§ 5º Não havendo matrícula da qual a área seja objeto, esta deve ser aberta com base na planta e no memorial que instruem o auto de demarcação urbanística.

§ 6º Havendo impugnação, o Oficial do Registro de Imóveis deve dar ciência dela ao Poder Público, que tem o prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar.

§ 7º Não havendo acordo entre impugnante e Poder Público, o procedimento deve ser encaminhado ao juiz corregedor, para decisão em 30 (trinta) dias.

§ 8º Sendo julgada procedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao Registro de Imóveis para as anotações necessárias e posterior devolução ao Poder Público.

§ 9º Julgada improcedente a impugnação, os autos devem ser encaminhados ao Registro de Imóveis para que o Oficial proceda na forma dos §§ 4º e 5º.

Art. 96. A partir do registro do auto de demarcação urbanística, o Poder Público deve elaborar plano de regularização fundiária, nos termos do art. 85, a ser licenciado na forma do art. 86, e submetê-lo a registro, na forma do Capítulo V deste Título.

Art. 97. A legitimação de posse expedida pelo órgão da administração pública responsável pela regularização fundiária de interesse social, desde que registrada, constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia, podendo ser dada em garantia real e ser objeto de transferência *inter vivos* ou *causa mortis*.

§ 1º A expedição do título de legitimação de posse somente pode ocorrer a partir da aplicação da demarcação urbanística.

§ 2º A legitimação de posse não pode ser procedida em favor daquele que possuir ou for proprietário de outro imóvel urbano ou rural, nem ser outorgada por mais de uma vez ao mesmo beneficiário.

§ 3º A legitimação de posse somente pode ser registrada em matrícula de lote ou unidade autônoma.

Art. 98. Pelo registro do título de legitimação de posse, o seu detentor constitui prova antecipada para ação de usucapião.

Parágrafo único. Decorridos 5 (cinco) anos do registro do título de legitimação de posse, formaliza-se a conversão do direito real de posse em propriedade, por simples requerimento do proprietário, apresentado ao Oficial do Registro de Imóveis e instruído com certidões do Distribuidor Cível Estadual e Federal, na qual não constem ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do bem.

A alteração da Lei 6.766/79 é tão minuciosa com relação a regularização fundiária urbana, que apresenta um Capítulo destinado a organizar e regulamentar o registro da modalidade de interesse social que, até hoje, recebe resistência por parte dos notariais. Assim temos a legitimação de todas as fases necessárias para a regularização urbana, que vai do levantamento das áreas, cadastramento, preparo de projeto de regularização, parcerias com órgãos reguladores, execução e registro documental.

Art. 99. O registro de imóveis realizado no âmbito da regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, de maneira suplementar, as disposições constantes do Capítulo V do Título II e da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Parágrafo único. Na regularização fundiária de interesse específico, o registro deve ser efetivado nos termos do Capítulo V do Título II.

Art. 100. O registro da regularização fundiária de interesse social deve importar:

I – na abertura de matrícula para toda a área objeto de regularização, se não houver;

II – na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do plano de regularização fundiária.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso II do *caput* à regularização fundiária realizada mediante usucapião especial coletiva para fins de moradia ou concessão de uso especial coletiva para fins de moradia, instituídos na forma de condomínio especial.

Art. 101. O responsável pela regularização fundiária deve requerer seu registro, apresentando os documentos elencados nos incisos I a IV do *caput* do art. 33, bem como os seguintes:

I – os desenhos e documentos exigidos por lei municipal, na forma do § 3º do art. 85;

II – a licença urbanística e ambiental integrada da regularização fundiária e, se couber, da licença ambiental estadual, observado o disposto no § 1º do art. 86;

III – as cláusulas padronizadas que regem os contratos de alienação dos lotes ou das unidades autônomas, se for o caso;

IV – instrumento de instituição e convenção de condomínio urbanístico, se for o caso;

V – regimento interno da comissão de representantes;

VI – instrumento de garantia de execução das obras e serviços a cargo do empreendedor, exigido e aceito pela autoridade licenciadora, no caso de regularização fundiária promovida pelo setor privado;

VII – no caso das pessoas físicas ou jurídicas relacionadas nos incisos I a III do art. 84, certidão atualizada dos atos constitutivos que demonstrem sua legitimidade para promover a regularização fundiária.

Parágrafo único. Na regularização fundiária sustentável que envolve apenas a regularização jurídica da situação dominial, exigem-se desenhos e memorial descritivo que identifiquem as parcelas a serem regularizadas e as áreas destinadas a uso público, se houver, não se aplicando os incisos I a VII do *caput*.

Art. 102. As matrículas das áreas destinadas a uso público devem ser abertas de ofício, com averbação das respectivas destinações e, se houver, restrições administrativas, convencionais e legais.

O Projeto de Lei 3.057/2000, que hoje contém 20 outros Projetos de Lei apensados, está em discussão no Congresso Nacional, e traduz uma esperança para aqueles que ainda se vêem de mãos atadas em certas etapas da regularização fundiária urbana por falta de lei permissiva. Aguardamos que o Projeto de Lei tramite pelo Congresso o mais rápido possível e que, sendo promulgada, possa auxiliar ainda mais as Leis já existentes, dando respaldo às iniciativas de regularização espalhadas por todo país.

4.2.1.3 Lei 11.481/07

Outro avanço importante na área de Regularização Fundiária de Interesse Social foi a promulgação da Lei 11.481 de 2007. Com esse dispositivo, o Poder Público teve uma problemática resolvida, com relação à atuação nas regiões de interesse social e provisão habitacional de propriedade da união. Oriunda da Medida Provisória 355/2006, a Lei 11.481/2007 remove obstáculos para regularização fundiária de assentamentos de baixa renda em áreas públicas pertencentes à esfera federal, obedecendo ao desígnio constitucional de garantir o direito à moradia para os cidadãos brasileiros.

A Lei promove uma significativa reforma da legislação de patrimônio da União, destinada a adequar os normativos vigentes à ordem jurídico-urbanística instituída pós Constituição Federal e Estatuto da Cidade. Além de tornar inequívoca

a aplicação dos diversos instrumentos de regularização fundiária às áreas da União, o diploma legal amplia hipóteses de destinação de imóveis ociosos para a implantação de projetos habitacionais de interesse social, incluindo os imóveis vazios ou subutilizados de propriedade do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). A Lei ainda prevê alterações na legislação civil, que irão repercutir em todas as ações de regularização fundiária de interesse social, e não apenas naquelas ocupações de áreas públicas federais. É o caso dos instrumentos de regularização, como: a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão do direito real de uso e o direito de superfície – que passam a ser reconhecidos como objeto de garantia real em financiamentos habitacionais. Outro ponto importante é a isenção de custas e emolumentos de cartório para o registro dos títulos de regularização fundiária de interesse social.

Art. 1º Os arts. 1º, 6º, 7º, 9º, 18, 19, 26, 29, 31 e 45 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada.” (NR)

Do Cadastramento

Art. 6º Para fins do disposto no art. 1º desta Lei, as terras da União deverão ser cadastradas, nos termos do regulamento.

§ 1º Nas áreas urbanas, em imóveis possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva.

Uma característica interessante das Leis que tratam da Regularização Fundiária Urbana é a riqueza de detalhes com que descrevem os procedimentos da ação de forma concreta. Isso, não deixa margem para interpretações distorcidas ou equivocadas, o que dá certa rapidez no desencadeamento do processo. Vale à pena

analisar toda a Lei que dispõe de várias orientações importantes para a efetivação da regularização de áreas.

A questão de registro da documentação vem sofrendo algumas observações, principalmente com relação ao cancelamento de matrículas estipulado no artigo 18-A a 18-F. Contudo, os cartórios apresentam postura mais cautelosa, exigindo a apresentação da anuência do titular do direito inscrito ou, a comprovação de que ele foi devidamente intimado para defender seus interesses no processo de demarcação administrativa.

Art. 18-A. A União poderá lavrar auto de demarcação nos seus imóveis, nos casos de regularização fundiária de interesse social, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada.

§ 1º Considera-se regularização fundiária de interesse social aquela destinada a atender a famílias com renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos.

§ 2º O auto de demarcação assinado pelo Secretário do Patrimônio da União deve ser instruído com:

I - planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, dos quais constem a sua descrição, com suas medidas perimetrais, área total, localização, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e o nome do pretendo proprietário, quando houver;

II - planta de sobreposição da área demarcada com a sua situação constante do registro de imóveis e, quando houver, transcrição ou matrícula respectiva;

III - certidão da matrícula ou transcrição relativa à área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis competente e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes, quando houver;

IV - certidão da Secretaria do Patrimônio da União de que a área pertence ao patrimônio da União, indicando o Registro Imobiliário Patrimonial - RIP e o responsável pelo imóvel, quando for o caso;

V - planta de demarcação da Linha Preamar Média - LPM, quando se tratar de terrenos de marinha ou acrescidos; e

VI - planta de demarcação da Linha Média das Enchentes Ordinárias - LMEO, quando se tratar de terrenos marginais de rios federais.

§ 3º As plantas e memoriais mencionados nos incisos I e II do § 2º deste artigo devem ser assinados por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA.

§ 4º Entende-se por responsável pelo imóvel o titular de direito outorgado pela União, devidamente identificado no RIP.

Art. 18-B. Prenotado e autuado o pedido de registro da demarcação no registro de imóveis, o oficial, no prazo de 30 (trinta) dias, procederá às buscas para identificação de matrículas ou transcrições correspondentes à área a ser regularizada e examinará os documentos apresentados, comunicando ao apresentante, de 1

(uma) única vez, a existência de eventuais exigências para a efetivação do registro.

Art. 18-C. Inexistindo matrícula ou transcrição anterior e estando a documentação em ordem, ou atendidas as exigências feitas no art. 18-B desta Lei, o oficial do registro de imóveis deve abrir matrícula do imóvel em nome da União e registrar o auto de demarcação.

Art. 18-D. Havendo registro anterior, o oficial do registro de imóveis deve notificar pessoalmente o titular de domínio, no imóvel, no endereço que constar do registro imobiliário ou no endereço fornecido pela União, e, por meio de edital, os confrontantes, ocupantes e terceiros interessados.

§ 1º Não sendo encontrado o titular de domínio, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, que promoverá sua notificação mediante o edital referido no caput deste artigo.

§ 2º O edital conterá resumo do pedido de registro da demarcação, com a descrição que permita a identificação da área demarcada, e deverá ser publicado por 2 (duas) vezes, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, em um jornal de grande circulação local.

§ 3º No prazo de 15 (quinze) dias, contado da última publicação, poderá ser apresentada impugnação do pedido de registro do auto de demarcação perante o registro de imóveis.

§ 4º Presumir-se-á a anuência dos notificados que deixarem de apresentar impugnação no prazo previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º A publicação dos editais de que trata este artigo será feita pela União, que encaminhará ao oficial do registro de imóveis os exemplares dos jornais que os tenham publicado.

Art. 18-E. Decorrido o prazo previsto no § 3º do art. 18-D desta Lei sem impugnação, o oficial do registro de imóveis deve abrir matrícula do imóvel em nome da União e registrar o auto de demarcação, procedendo às averbações necessárias nas matrículas ou transcrições anteriores, quando for o caso.

Parágrafo único. Havendo registro de direito real sobre a área demarcada ou parte dela, o oficial deverá proceder ao cancelamento de seu registro em decorrência da abertura da nova matrícula em nome da União.

Art. 18-F. Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis dará ciência de seus termos à União.

§ 1º Não havendo acordo entre impugnante e a União, a questão deve ser encaminhada ao juízo competente, dando-se continuidade ao procedimento de registro relativo ao remanescente incontroverso.

§ 2º Julgada improcedente a impugnação, os autos devem ser encaminhados ao registro de imóveis para que o oficial proceda na forma do art. 18-E desta Lei.

§ 3º Sendo julgada procedente a impugnação, os autos devem ser restituídos ao registro de imóveis para as anotações necessárias e posterior devolução ao poder público.

§ 4º A prenotação do requerimento de registro da demarcação ficará prorrogada até o cumprimento da decisão proferida pelo juiz ou até seu cancelamento a requerimento da União, não se aplicando às regularizações previstas nesta Seção o cancelamento por decurso de prazo.”

Na possibilidade do convênio com Estados e Municípios, a Lei 11.481 de 2007, permitiu à União a possibilidade de resolução da problemática de várias situações consolidadas de assentamentos precários e que, até então, estavam emperradas por falta de Lei permissiva.

4.2.1.4 Estatuto da Cidade

A lei 10.257/2001 é o chamado Estatuto da Cidade, responsável pelas diretrizes gerais da política urbana, configurando-se como norma regulamentadora dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Se a cidade abriga hoje mais de 80% dos brasileiros, segundo dados do IBGE, não é difícil compreender sua importância.

Caramuru Afonso Francisco, em seu livro Estatuto da Cidade Comentado, fala sobre o avanço provocado por este diploma legal.

A lei foi aprovada, é avançada e se apresenta como um dos mais inovadores diplomas que o Brasil já conheceu, sendo um verdadeiro marco na própria história de nosso direito, um documento que rompe com séculos de irresponsabilidade, de patrimonialismo e de descaso para com o povo na condução da política urbana.¹⁴⁶

O Estatuto da Cidade é, sem dúvida, uma das mais importantes e inovadoras leis demonstrando uma característica de modernidade e sintonia com o que há de melhor em termos jurídicos. O Poder Público Municipal, ganha competência concreta na lida com o desenvolvimento urbano, já que partindo de pressupostos constitucionais, a lei define claramente a função social da propriedade urbana.

Em seu artigo 2º, o Estatuto da Cidade fala de regularização fundiária e imprime um ritmo muito interessante para aqueles que desejam esse caminho.

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

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

¹⁴⁶ FRANCISCO, Caramuru Afonso. Estatuto da cidade comentado. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001. p. 7.

A efetividade deste documento, visando a regularização fundiária urbana, é tão explícita que, no artigo 4º, o legislador fornece o elenco de instrumentos para o ordenamento urbano, onde grifamos os úteis ao nosso objetivo.

Art. 4º Para os fins desta Lei serão utilizados, entre outros instrumentos:

I - planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II - planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III - planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV - institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V - institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação;

b) servidão administrativa;

c) limitações administrativas;

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

e) instituição de unidades de conservação;

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

g) concessão de direito real de uso;

h) concessão de uso especial para fins de moradia;

i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;

j) usucapião especial de imóvel urbano;

l) direito de superfície;

m) direito de preempção;

n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;

o) transferência do direito de construir;

p) operações urbanas consorciadas;

q) regularização fundiária;

r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;

s) referendo popular e plebiscito;

VI - estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

§ 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.

§ 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem

ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil. (grifo nosso)

Para o ordenamento da cidade e para a regularização fundiária urbana, o Estatuto da Cidade configura-se em documento de muito valor. Nem todos os instrumentos mencionados neste artigo são inovações, como a concessão de direito real de uso, por exemplo, já instituída desde 1967, porém, acrescentou, em se tratando de terreno público, a possibilidade de ser realizada coletivamente, quando de interesse social e promovida por órgãos da Administração Pública. Outra novidade vem com o artigo 48, inciso II, que versa sobre os contratos de concessão, “constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais”, garantido acesso a financiamentos para a melhoria das unidades habitacionais.

Já a concessão de uso especial para fins de moradia, citada artigo 4º, tinha nos artigos de 15 a 20 suas especificidades, porém, foram vetados pelo Poder Executivo Federal, com a justificativa de que, na redação apresentada, poderiam surgir dúvidas e problemas de ocupação irresponsável. O governo assumiu então a edição de outro instrumento que tratasse do assunto de forma menos lacunosa e, assim o fez, com a edição da MP 2.220/2001, diploma legal que veremos em seção mais adiante.

A usucapião especial de imóvel urbano tinha sido uma novidade da Constituição de 1988 e que, no Estatuto da Cidade, ganhou mais força com base também nos artigos de 9 a 14. Na verdade proporcionou, o Estatuto da Cidade, mais detalhes procedimentais da usucapião especial. Deixou facilitado o registro das sentenças declaratórias nos Cartórios de Registros e instituiu a faculdade da usucapião coletiva urbana em terrenos com mais de 250m² e que não seja possível identificar ou individualizar os terrenos dos ocupantes. Neste caso, a legitimidade ativa de ação foi estendida para a associação de moradores do local, dando margem para uma participação da comunidade como um todo, conforme o artigo 12. Tal possibilidade, contudo, enseja críticas daqueles que temem pela utilização fraudulenta das associações e cooperativas de moradores, de qualquer forma, do ponto de vista teórico é avanço.

Sobre os instrumentos constantes no Estatuto da Cidade para a promoção da regularização fundiária, Adilson Abreu Dallari pondera.

Não se trata de criar privilégios para os economicamente fracos, nem de lhes conferir menos garantias de salubridade e segurança, mas, sim, de aplicar o direito com razoabilidade, promovendo um temperamento entre os diversos objetivos e valores constitucionalmente consagrados. Estas considerações também se aplicam ao instrumento jurídico ou político na atuação em matéria urbanística designado pelo Estatuto da Cidade como regularização fundiária. Tal designação não corresponde a qualquer específico instituto jurídico, mas, sim, identifica a prática de enfrentar situações desconformes com a legislação urbanística, registral ou civil (como, por exemplo, nos loteamentos irregulares ou clandestinos), visando a conferir segurança jurídica aos adquirentes de boa-fé.¹⁴⁷

Outros artigos do Estatuto da Cidade servem à regularização fundiária urbana, quando dão ferramentas ao Poder Público Municipal para as providências no caminho da regularização de determinadas áreas, ou quando provocam o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Assim, o artigo 5º é exemplo disso. Versando sobre parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana, alerta para a subutilização ou não utilização de terreno urbano contrariando plano diretor, tal situação implica ao proprietário medidas drásticas e coercitivas. Vale dizer que um dos objetivos é a utilização de áreas para a regularização fundiária urbana ou para o assentamento de famílias.

Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I - cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II - (VETADO)

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I - por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II - por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

¹⁴⁷ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 81.

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Do artigo 5º, o Estatuto da Cidade apresenta no artigo 7º, outra medida coercitiva do ponto de vista do descumprimento da função social da propriedade.

Nesta categoria, figura o IPTU progressivo no tempo.

Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

§ 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

§ 2º Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.

§ 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.

Além dos citados, outros dispositivos instrumentalizando a regularização fundiária urbana estão expressos no Estatuto, impregnando-o de caráter social. Como vemos nos artigos 8º, que pondera sobre desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública; 26, onde o Poder Público terá preferência na aquisição de área para fins de regularização; 31 com a destinação dos recursos obtidos com a outorga onerosa do direito de construir; 32, §2º, inciso II, que possibilita as operações urbanas consorciadas; 35, inciso III, transferência do direito de construir.

O Estatuto da Cidade configura-se num aliado incondicional na luta pela regularização fundiária urbana, seja pela exaustiva abordagem do tema, seja pela ampliação e segurança que outorga aos administradores municipais para a efetivação destas ações nos municípios brasileiros.

4.2.1.4.1 Zonas Especiais de Interesse Social

A instituição de Zonas Especiais de Interesse Social é outro avanço em termos de lei ordinária, mas que já vinha sendo praticada por vários municípios

brasileiros que resolveram enfrentar seriamente a questão da irregularidade de assentamentos, como é o caso das cidades de Belo Horizonte e Recife. Através das ZEIS, o ente municipal fica autorizado a dar um tratamento diferente para situações já consolidadas, e que carecem de regularização, dispensando-se o rigor urbanístico em determinadas áreas, com o objetivo primeiro de garantia à moradia promovendo a dignidade como direito constitucional. Do ponto de vista prático, o município delimita a área que será gravada como Zona de Especial Interesse Social e submete à aprovação do legislativo. Aprovada, pode o Poder Público Municipal, promover sua regularização sem ater-se aos exaustivos requisitos urbanísticos que essas áreas de invasão geralmente não apresentam.

Na década de 80, movimentos populares associados à Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Olinda e Recife-PE, desenvolveram uma experiência pioneira de utilização de um novo instrumento de planejamento, as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS. O objetivo desse instrumento era promover a regularização fundiária de assentamentos habitacionais irregulares com concentração de população de baixa renda, assim como de melhoria da infraestrutura urbana e serviços públicos essenciais.

O grande mote das ZEIS é incluir no zoneamento da cidade uma categoria que permita, mediante um plano específico de urbanização, estabelecer padrões urbanísticos próprios para determinados assentamentos. “A possibilidade legal de se estabelecer um plano próprio, adequado às especificidades locais, reforça a idéia de que as ZEIS compõem um universo diversificado de assentamentos urbanos, passíveis de tratamentos diferenciados.”¹⁴⁸

Há então, a necessidade da criação de um plano de regularização das Zonas Especiais de Interesse Social, a chamada PREZEIS, que visa a estruturação de planejamento e gestão das ZEIS. Segundo o relatório de 10 anos das PREZEIS de Olinda, o plano é fundamental:

As PREZEIS caracteriza-se antes de tudo, como um sistema de gestão do processo de reabilitação de favelas, no qual ficam definidas, além das normas de regulação urbanística, as responsabilidades dos agentes governamentais e representações das comunidades representadas, bem como a institucionalização de

¹⁴⁸ ROLNIK, Raquel. Zonas de Especial Interesse Social. In: Cento e Vinte Cinco Dicas e Idéias para a Ação Municipal. Instituto Pólis. São Paulo, 2000. P.214.

áreas de discussão e deliberação sobre investimentos e políticas voltadas para as ZEIS.¹⁴⁹

Através de regulamentação municipal, viabiliza-se a regularização de certas áreas de maneira articulada com os grupos interessados. As ZEIS possibilitam essa autonomia importante às cidades.

O Estatuto da Cidade, ao criar a Zona Especial de Interesse Social, teve o escopo de estabelecer um instrumento que possibilitasse ao Poder Público, reconhecer e acolher, com respaldo legal, a disposição urbanística posta em determinado assentamento precário, em discordância com o preconizado em legislação urbanística e de parcelamento de solo pátria. Obviamente que, para isso, necessário se faz a constatação do interesse social para que o instrumento não seja alvo de manipulações inescrupulosas.

4.2.1.4.2 Concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso foi instituída pelo Decreto-Lei n. 271/1967, atingindo terrenos públicos e privados com o objetivo de urbanização, industrialização, edificação de interesse social. Apesar de já modificado por várias leis mais recentes como a 6.766/79, Estatuto da Cidade, entre outras, vale menção a este Decreto-Lei pela importância na introdução de um dispositivo ainda usado na atualidade como instrumento da regularização fundiária, abrindo valioso precedente de concessão principalmente em terrenos públicos. Em seu artigo 7º, encontramos a primeira citação dessa natureza em legislação pátria.

Art. 7º. É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

§ 1º. A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

§ 2º. Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º. Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no

¹⁴⁹ MARINHO, Geraldo. 10 anos do PREZEIS – Relatório final. Recife, maio, 1998. Disponível em: [http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/10%20Anos%20de%20PREZEIS\(1\).pdf](http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/10%20Anos%20de%20PREZEIS(1).pdf). Acesso em janeiro de 2008.

contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º. A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

Quando tratarmos de terrenos públicos estes, necessariamente, terão que ser dominicais, estar livres de projetos e destinações futuras. Caso, o terreno público em questão tenha a afetação de bem de uso comum do povo ou de uso especial, terão que, inicialmente, passar pelo processo de desafetação para posteriormente estarem aptos a concessão de direito real de uso.

A letra da Lei é auto-explicativa e determina procedimentos claros com relação ao instituto de concessão, requisitos e providências. Tem sido de extrema valia na regularização de terreno público, pois, do ponto de vista licitatório, fica o Poder Público dispensado por razões óbvias.

Outra vantagem social, a princípio, é a não transferência da titularidade. O Poder Público concede, porém, não transfere o título do domínio. Alguns defendem e nós concordamos, que num primeiro momento de regularização, a não transferência de titularidade evitaria a comercialização das unidades habitacionais. Se estas moradias destinam-se para a habitação da família, não deverão ser objeto de comercialização. Após um determinado tempo, esta situação poderia ser revista, contudo, faz sentido essa restrição no momento nascedouro de regularização. Além da cautela administrativa de não tomar atitudes para privilegiar pessoas que realmente não se enquadram no apelo de promoção social.

Com o mesmo objetivo de cautela, o fato de a concessão de direito real de uso ser resolúvel, inibe encaminhamento diverso do avençado no termo de concessão. Se o objetivo é ter determinado bem público disponibilizado para particular com fins de moradia de sua família, nenhuma outra destinação pode ser dada.

Em apanhado primoroso, Bárbara Miranda Turra descreve sobre o fator resolúvel da concessão.

A aplicação da concessão de direito real de uso é interessante pelo caráter resolúvel deste instrumento legal. (...) Como direito real, permite que o concessionário transmita o terreno por ato entre vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, exceto por disposição contratual em contrário, admitindo também a oneração por hipoteca ou outro gravame, e a única condição resolutiva que impõe é a

devolução ao Poder Público concedente, no caso de desvio da finalidade que ensejou a concessão, ou seja, se for dada ao imóvel destinação diversa da determinada em contrato.¹⁵⁰

Assim, apesar de remodelada por leis posteriores, a concessão de direito real de uso continua sendo um ótimo dispositivo a serviço da regularização fundiária, sendo eficaz quando tratamos de áreas públicas. O clamor atual pela transcrição de título fez com que outras normas fossem editadas, todavia, tem a CDRU pertinência cautelar social. Um ser humano não se promove do dia para noite, nem muito menos muda ou amplia seus conceitos como num passe de mágica. Na lida com os problemas sociais é preciso ter paciência, persistência e não ser apressado.

4.2.1.5 Medida Provisória 2.220/2001

Com o veto dos artigos de 15 a 20 do Estatuto da Cidade, que tratavam da concessão de uso especial para fins de moradia, o governo editou a Medida Provisória 2.220/2001, que traz na sua estrutura muita semelhança com o objetivo dos artigos vetados no Estatuto. Baixada para regulamentar o artigo 183, § 1º da Constituição Federal, a MP trouxe avanços significativos na órbita da regularização fundiária urbana.

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Asseguram-se o direito a moradia para ocupantes de terrenos públicos, aqueles que cumprem os requisitos elencados no artigo 1º da MP. O avanço é fantástico em se tratando de área pública.

¹⁵⁰ TURRA, Bárbara Miranda. A concessão de direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano / Edésio Fernandes e Betânea Alfonsin – Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.

Toda a estrutura da MP é digna de elogios e admiração, não fosse por dois aspectos. No primeiro, apesar da preocupação com o meio ambiente, a MP não disseca o processo de articulação conjunta com os organismos ambientais o que pode originar procedimentos sem a devida preocupação ecológica mesmo porque, a grande maioria das áreas públicas invadidas é de destinação ambiental.

Numa segunda crítica, alguns doutrinadores condenam o limite temporal datado de 31 de junho de 2001. Segundo estes, determinar tempo para uma política pública excluindo pessoas nas mesmas condições em épocas vindouras é no mínimo inconstitucional, sustentando esses doutrinadores que “a consecução de uma política de desenvolvimento urbano que preze o direito à cidade sustentável e o direito à moradia deve perceber que suas medidas de integração urbanística, pela regularização fundiária, são um esforço constante”¹⁵¹.

Críticas à parte, o instrumento é bom e muito útil para a proposta de regularização de assentamentos irregulares e tomadas as devidas cautelas pertinentes, têm os municípios a faculdade de promover tais medidas.

O artigo 2º prevê a concessão também de forma coletiva desde que todos os possuidores não tenham título de outro imóvel, podendo ser acrescentado prazo do antecessor para fins cumprimento do requisito temporal.

Os artigos 4º e 5º facultam, ao Poder Público, a destinação de outro local para assentamento de famílias nos casos expressos.

Art. 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local.

Art. 5º É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

I - de uso comum do povo;

II - destinado a projeto de urbanização;

III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;

IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou

V - situado em via de comunicação.

A questão pode ser resolvida do âmbito administrativo e, em caso de desídia política ou falta de interesse da administração pública, pode o possuidor pleitear seu direito na esfera judicial, conforme artigo 6º.

¹⁵¹ LOUREIRO, Carlos Henrique A. O teto no chão. Consultor Jurídico, São Paulo, 29, set. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br//static/text/48751,1>. Acesso em 10/12/2007.

Art. 6º O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

§ 2º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

§ 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

Conhecendo o comportamento e atividades de muitas famílias que residem em áreas invadidas, e que junto a suas moradias também instalam algum tipo de comércio para subsistência o artigo 9º teve preocupação nesse sentido.

Art. 9º É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais.

§ 1º A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.

§ 2º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 3º Aplica-se à autorização de uso prevista no caput deste artigo, no que couber, o disposto nos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória.

Por fim, o artigo 15 facilita ainda mais os procedimentos de regularização com base na concessão de uso especial para fins de moradia, modificando o inciso I do artigo 167 da Lei de Registros Públicos, 6.015/73 com o intuito de garantir o registro, "28) das sentenças declaratórias de usucapião; 37) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia; 40) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público."

4.2.1.6 Emenda Constitucional Paulista 23/2007

Até pouco tempo o Estado de São Paulo enfrentava um entrave na regularização fundiária urbana de áreas públicas em zona de preservação. O artigo 180, inciso VII da Constituição Estadual, vedava tal procedimento. A alteração deste artigo era uma necessidade para dar continuidade ao processo de regularização

fundiária em muitos municípios, já que em outros Estados brasileiros o tema caminhou de forma primorosa. A Emenda 23/07 permite que os municípios alterem a destinação das áreas verdes, quando estas estiverem ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social consolidados até dezembro de 2004. Essa mudança de destinação polêmica, do ponto de vista ambiental, poderá ser realizada, desde que seja compensada por outros espaços nas proximidades da área que teve alterado seu fim precípua. O problema é a dispensa de compensação se nas proximidades do assentamento já existirem áreas que atendam as necessidades verdes e institucionais.

Nestes termos, a redação do artigo 180 da Constituição Paulista ficou da seguinte forma:

Artigo 180 - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I - o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

III - a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;

IV - a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;

V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

VI - a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;

~~**VII** - as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados.~~

VII - as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originais alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social, destinados à população de baixa renda e cuja situação esteja consolidada;

b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da

aprovação do loteamento.
()Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 31 de janeiro/2007**

()§1º** - As exceções contempladas nas alíneas "a" e "b" do inciso VII deste artigo serão admitidas desde que a situação das áreas objeto de regularização esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a realização de compensação, que se dará com a disponibilização de outras áreas livres ou que contenham equipamentos públicos já implantados nas proximidades das áreas objeto de ompensação.

()§2º** - A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade competente, desde que nas proximidades já existam outras áreas com as mesmas finalidades que atendam as necessidades da população local.

()Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 31 de janeiro de 2007 (grifo nosso)**

Ainda alguns embates vão surgir do ponto de vista ambiental, porém, essa mudança proporciona um avanço sem precedentes na regularização fundiária urbana paulista que teve muito de seu desenvolvimento obstado por essa norma Constitucional estadual.

4.3 PASSO A PASSO NA REGULARIZAÇÃO URBANA

A regularização fundiária urbana se transformou em uma obrigação do Poder Público, já que a moradia digna é um direito fundamental do cidadão brasileiro, conforme consta na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º.

O Ministério das Cidades em parceria com a Secretaria Nacional de Programas Urbanos editou em 2007, um Manual da Regularização Fundiária Plena a qual servirá de base para desenvolvermos esta seção da pesquisa.¹⁵²

O rito ditado através deste manual é coerente, e bem próximo das experiências vividas pelas cidades que já se lançaram na busca pela resolução da problemática da regularização fundiária urbana. Uma série de providências seqüenciais são necessárias para o bom andamento dos trabalhos, já que, a realização da regularização fundiária urbana em fases distintas, ajuda na conscientização da comunidade que precisa participar de cada discussão, planejando e tomando decisões em conjunto com os organismos encarregados do

¹⁵² CARVALHO, Celso Santos. GOUVÊA, Denise de Campos. RIBEIRO, Sandra Bernardes. Manual da regularização fundiária plena. Brasília. Ministério das Cidades: 2007.

projeto. Em apontamento sobre o projeto favela-bairro do Rio de Janeiro, no livro *O Centro e a Metrópole*, extrai-se a seguinte afirmação: “A favela necessita, em doses iguais de ajuda externa e de esforço próprio”.¹⁵³

Cabe destacar que a regularização fundiária tem, também, o objetivo de erradicar a pobreza urbana e para tanto são primordiais, esforços de todas as áreas do Poder Público contribuindo nesse sentido. Com o início da resolução urbanística, devem haver outras iniciativas de cunho social para a promoção daquela comunidade. A questão jurídica é de suma importância, porém não é a única que receberá atenção e dedicação. A intervenção do Estado com o objetivo de orientar e ampliar o conceito de cidadania, comunidade, educação, trabalho e saúde, é fundamental para uma verdadeira mudança, que vai muito além da mudança física e documental.

Cada fase acumulará dados e ações que vão incorporando um Projeto maior, que terá sucesso a partir do momento que reúna informações minuciosas e precisas sobre o local e as pessoas envolvidas.

4.3.1 Fiscalização e pacto anti-invasão

Antes de qualquer tomada de decisão, o Poder Público deve ter a consciência de que precisa se aparelhar de forma adequada, para cuidar de suas áreas e promover fiscalização eficiente para as áreas particulares. Muitas das situações de assentamentos precários, que hoje representam problemas crônicos para a comunidade, são frutos da incompetência de gestão e fiscalização do Poder Público. Sem uma fiscalização aparelhada e eficiente, o Poder Público estará “enxugando gelo” como diriam no dito popular. Para a promoção da regularização fundiária plena, há a necessidade de extermínio das possibilidades de criação de novas situações irregulares.

No caso de instalação de novos núcleos irregulares, ao Poder Público não cabe uma saída jurídica unicamente, ou seja, reintegração de posse, colocando famílias inteiras na rua ou em abrigos provisórios. Se não houve competência para se evitar invasões e consolidação de situações irregulares, cabe ao Estado uma saída social e não jurídica somente, do ponto de vista de recuperação da posse. Terá o Estado que, providenciar a regularização de suas permanências ou o

¹⁵³ ALMEIDA, Marco Antonio Ramos. op. cit. p. 96

encaminhamento para conjuntos habitacionais estruturados. Daí a importância de um grupo de fiscalização efetivo para evitar o surgimento de novos assentamentos precários.

Feito o aparelhamento de fiscalização, cabe um pacto com a comunidade que será alvo do início de estudos pró-regularização, para que auxiliem o Poder Público evitando novas invasões, bem como, evitando a ampliação do problema no local. Neste caso, os moradores da área precisam assumir que farão parte da força tarefa instalada no assentamento, para a resolução da problemática vivida por todos. Isso implica dizer que para a chegada do benefício de regularização, alguns deveres devem ser cumpridos a risca. Entre esses deveres estão: ajuda dos moradores para coibirem qualquer tipo de nova invasão ou construção de novas unidades habitacionais irregulares; limpeza do local; facilitação para o ingresso, trânsito e coleta de dados por parte dos agentes do Poder Público; participação em grupos de discussão social, cidadania e educação; criação de associação de moradores e cooperativas de geração de renda; frequência das crianças regularmente na escola etc.

4.3.2 Levantamento/cadastramento do assentamento

Todos os aspectos físicos e sociais do assentamento precário devem formar um banco de dados que auxiliará o Poder Público na tomada de decisão sobre o melhor caminho a seguir em termos de regularização.

O cadastramento social será o primeiro levantamento a ser realizado para uma avaliação da situação dos moradores daquela área. Através das diretrizes da Política Nacional de Regularização Fundiária Sustentável, tal levantamento é fundamental para a caracterização ou não do interesse social, considerando a renda familiar da comunidade.

A legislação incidente sobre a área ocupada deve receber especial atenção já que, dependendo da esfera governamental e legislação envolvida, a regularização fundiária terá um caminho diverso a seguir. Plano Diretor; Leis ambientais; Leis Federais, Estaduais e Municipais; Constituição Federal entre outras, deverão ser consultadas para o encaminhamento dos trabalhos.

Com o início do trabalho, a pesquisa fundiária resolve questões que são próprias da regularização fundiária. O proprietário da área, o seu domínio e qualificação, ações que estejam pendendo sobre o local e outros dados são vitais

para o processo. A pesquisa fundiária terá como alvo os cadastros municipais, registro de imóveis, cadastros dos demais órgãos federados. Dentro da pesquisa fundiária a averiguação sobre penhora, indenizações e desapropriações podem auxiliar a intervenção do Estado naquela área alvo de estudos.

Por fim, neste primeiro momento, o levantamento topográfico dará toda a formatação física do assentamento. Disposição dos lotes, arruamento, áreas confrontantes, áreas para a revitalização e construção de aparelhos coletivos de convivência, disposição do uso do solo, situação ambiental e recursos ambientais do local, infra-estrutura disponível, infra-estrutura necessária. Com essa fase serão confeccionados os memoriais descritivos que se configuram em peça primeira na discussão jurídica da regularização fundiária em termos procedimentais.

Com o apanhado de informações, os técnicos terão condição de analisar a situação em que se encontra o assentamento precário e, a partir daí, iniciar os estudos com o objetivo de melhorar as condições e infra-estrutura do local. Redes de água, captação de esgoto, captação de água fluvial, energia elétrica, tamanho das ruas e todas as outras providências do ponto de vista urbanístico para transformar o assentamento em um bairro que apresente qualidade de vida e dignidade mínima para abrigar famílias inteiras.

4.3.3 Envolvimento da comunidade e entidades parceiras

Esta fase se dá desde o início da regularização fundiária. O envolvimento da comunidade, chamando-a à responsabilidade. Mostrando os benefícios que virão, mas também impondo regras e deveres para todos os participantes, vai instalando um sentimento de empoderamento para com o projeto em si. A comunidade deve ser despertada para tornar-se protagonista principal do processo e não mera expectadora. Aqui, o trabalho social é crucial, envolvendo as lideranças daquele assentamento ou fazendo despertar líderes e multiplicadores que sejam a ponte de comunicação entre o Poder Público e a sociedade.

Assembléias gerais periódicas, reuniões, ações em conjunto e gestão democrática são componentes da aproximação que deve haver no contexto da regularização. Ouvir os envolvidos direitos que, neste caso, são os assentados é uma forma de deixá-los expressar suas expectativas.

Um escritório da regularização deve estar localizado no bairro onde técnicos urbanísticos, legais e assistentes sociais estarão em diário contato com os moradores, orientando e promovendo a participação de todos.

A regularização fundiária de uma área, não pode ser um ato isolado. O Poder Público precisa articular-se com as demais entidades governamentais ou não, para um trabalho em conjunto através de parceiras sólidas. A Câmara Municipal, o Poder Judiciário, o Ministério Público, o Governo Estadual, entidades certificadoras ambientais, o Governo Federal, ONGs e entidades, Cartórios de Registro de Imóveis, todos devem participar desde o início dos trabalhos visando o bem estar da comunidade, que receberá os benefícios da regularização fundiária. Na maioria das vezes, a ação integrada dos parceiros desde o princípio, agiliza o processo e faz com que o resultado final seja absolutamente satisfatório.

4.3.4 Elaboração e execução do projeto de regularização

Com base em todos os dados coletados pelas fases anteriores é chegada a hora de, dependendo da característica levantada de área e envolvidos, elaborar projeto final e colocá-lo em execução.

Aqui a ordem é fazer acontecer junto às instituições competentes, com a juntada de toda documentação individual e coletiva, em conjunto com as devidas contribuições dos parceiros como: Câmara Municipal, através de Lei de autorização ou de instituição de ZEIS; Poder Judiciário; Ministério Público; órgãos ambientais e Poder Executivo.

Como já foi visto, cada assentamento precário possui característica própria, que vai desencadear um tipo de procedimento. Haverá mudança se o assentamento estiver sobre área pública (município, estado e união), privada, de preservação ambiental etc. Daí a importância do licenciamento do assentamento na Prefeitura, incluindo em seu cadastro os levantamentos e projeto de regularização aprovado. Diante da diferenciação de procedimentos, conforme a situação do assentamento, vejamos de forma resumida o passo a passo de cada uma delas.

De forma genérica os passos para a regularização de áreas, segue, guardadas as devidas especificidades, o seguinte rito:

1 – Caracterização do assentamento

Todos os levantamentos necessários para o início do projeto de regularização como vimos anteriormente.

2- Definição do instrumento de regularização

Neste caso a concessão de uso para fins de moradia de forma individual ou até coletiva.

3- Elaboração do projeto de regularização fundiária

Planta do assentamento, identificação do perímetro, confrontantes, arruamento etc.

4- Encaminhamento de projeto de lei para a Câmara de Vereadores apontando áreas como Zona de Especial Interesse Social, por exemplo, ou solicitando outra autorização ao Poder Legislativo.

5- Depósito e cartório do projeto de regularização fundiária

É o momento de confrontação da compatibilidade entre as informações constantes no projeto e as contidas nos cadastros de registro.

6- Elaboração dos memoriais descritivos individuais

A coleta de dados topográficos auxilia na confecção do memorial, peça importante para o momento do registro.

7- Elaboração dos termos administrativos

São instrumentos produzidos pelo Poder Executivo concedendo o uso para fins de moradia ou direito real de uso.

8- Entrega dos títulos

Com o projeto aprovado na Prefeitura e depositado no cartório, os termos administrativos podem ser entregues. Munidos dos termos, podem os beneficiários registrar o título no Cartório de Imóveis.

Há de se considerar se a área é pública ou privada; se é do Município, Estado ou União; se é um loteamento irregular, clandestino ou área invadida; se tem o

premente interesse social ou não. Apontando cada uma, para os procedimentos específicos da regularização fundiária urbana em suas respectivas modalidades.

4.3.5 Acompanhamento social e legal posterior

Feita a entrega dos termos e documentos, pode-se afirmar que a comunidade deu um grande passo para a conquista de sua dignidade e cidadania plena. Porém, é preciso mais. A comunidade não pode ser abandonada a própria sorte. Os organismos que por lá estiveram durante meses, às vezes anos, têm que continuar os trabalhos de orientação e promoção. Não é do dia para a noite que essas famílias vão dispensar a orientação jurídica sobre suas habitações ou orientação de cidadania e educação. Sendo comunidades de baixa renda, os organismos de geração de renda deverão subsistir.

Os exemplos vitoriosos que o Brasil registra, em termos de regularização fundiária urbana, dão conta que o trabalho junto aos moradores foi além da regularização documental e jurídica, na verdade por uma somatória de esforços, atingiu a alma e a mudança de hábitos daquela comunidade graças ao trabalho de várias entidades parceiras durante o processo de regularização e, principalmente, o trabalho que foi feito depois da situação regularizada.

Os encarregados do processo precisam ter noção de que o trabalho não é só formal, mas de formação.

CONCLUSÃO

Em meados de 1997, tive a oportunidade de participar do início um trabalho importantíssimo junto a moradores de áreas irregulares, clandestinas e invadidas, tanto públicas como particulares, na cidade de Sorocaba. A Administração Pública local da época decidiu, após um ano de muitas chuvas que provocaram enchentes de proporções catastróficas e que atingiram muitas casas de áreas ribeirinhas, que promoveria o Projeto de Desfavelamento na cidade. Decorrido dois mandatos do Prefeito Renato Amary, onde esse projeto reassentou 1.080 famílias, vindas de áreas de risco de Sorocaba, além do melhoramento e urbanização de tantas outras favelas, foi estabelecida uma comissão de regularização fundiária urbana, já no mandato de seu sucessor, o Prefeito Vitor Lippi, com o objetivo de desenvolver estudos para oferecer alternativas para a regularização fundiária urbana na cidade em áreas públicas e privadas, mais uma vez estava envolvido com esse grupo de pessoas experientes e comprometidas com a causa. Faço essa introdução/depoimento, pois, destas experiências que tive, pude perceber o quão importante é o desenvolvimento de políticas sérias de regularização e promoção habitacional nas cidades.

Durante todos esses anos, em contato com os moradores de áreas irregulares, pude perceber a angústia e desespero de pais de família que não sabem se vão ficar em determinado local, ou se um dia, alguém surgirá para retirá-los forçosamente através da famosa reintegração de posse. Na maioria das vezes, compraram um terreno irregular ou clandestino, pagaram para empreendedores inescrupulosos ou estelionatários com muita dificuldade, edificando sobre aquele pedaço de chão, uma moradia simples, que recebera toda a modesta economia de uma vida inteira de trabalho, esforço e suor.

Outra situação tão comovente quanto à primeira, é a de uma família que, não tendo lugar para onde ir, invade uma área pública, geralmente de preservação ambiental, as chamadas áreas verdes, e ali, sem estrutura alguma de saneamento básico, edifica uma unidade habitacional de madeira, na verdade, de pedaços de madeira que foram encontrados pelo chão e de uma forma absolutamente

rudimentar, nada adequada para os mínimos padrões de dignidade humana, começa a trilhar sua vida buscando a cidadania.

O quadro é ainda pior do que o descrito nestas rápidas palavras. A aridez, a falta de infra-estrutura mínima como água potável e esgoto, crianças brincando em meio ao lixo e dejetos, falta de comida, falta de roupa, violência, promiscuidade, drogas, alcoolismo, descaso, seres humanos vivendo em regime de total exclusão. Esse quadro, num país de dimensões continentais e que por muito tempo usou o jargão “onde se plantando, tudo dá”, é inaceitável. A aflição chega às raias da loucura, quando surgem os organismos estatais falando sobre a promoção da cidadania, respeito e dignidade. Sem CEP, além de toda a situação caótica narrada, essas pessoas não podem receber uma carta de parentes ou do comércio local. Inclusão digital? Literalmente só na mídia, na prática, a realidade é outra. Alguma coisa precisava ser feita.

Claro que nessa convivência prática, também detectamos moradores espertalhões, sem compromisso com suas famílias, aventureiros, que vivem do sistema invadindo uma área, habitando por determinado tempo e vendendo para invadir outra área. Deflagram a desordem e a ocupação predatória dos ambientes destinados a preservação do verde. Verdadeiros comerciantes de áreas verdes. Como em todas as camadas da sociedade, aqui, também temos aqueles que não mereceriam o esforço que vem sendo feito para a regularização de áreas. Contudo, estes agentes perniciosos são poucos, a grande maioria dos moradores dessas áreas é trabalhadora, luta pela vida e pela família e só não está em um lugar melhor por falta de oportunidades.

O panorama jurídico nacional no sentido da regularização fundiária urbana vem recebendo um inegável apoio. Nos últimos tempos, muitas têm sido as contribuições positivas no sentido de facilitar o processo. A propriedade urbana finalmente é revestida do seu cunho social que eleva seu papel como de extrema importância no dia-a-dia da sociedade. A Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade e outros diplomas legais, apontam para o caminho sem volta da regularização fundiária urbana como forma de pacificação social, de diminuição das diferenças, de inclusão e acima de tudo de justiça.

O cuidado com o meio ambiente não pode ser deixado de lado. Esses fatores regularização e meio ambiente, têm que estar conjugados, onde a saída seja social e ambientalmente sustentável, não podemos correr o risco termos uma se

sobrepondo, em ordem de importância, à outra. Para isso o acompanhamento e a parceria com entidades reguladoras é muito importante. Participar do processo implica em transparência, por mais que dê trabalho, a articulação entre os vários interesses é necessária.

A regularização fundiária urbana é viável no Brasil desde a década de 60. Já, naquela época, dispunha o Poder Público de ferramenta adequada para implantá-la. Talvez tenha faltado consciência social e vontade política, motivada por interesses outros. De qualquer forma, fica claro que o problema habitacional do Brasil e seu enorme déficit, só será atenuado quando medidas amplas e complexas forem implantadas. A construção de conjuntos habitacionais, para famílias de baixa renda, através das companhias de habitação, não é suficientemente eficaz. É preciso ir além.

Neste emaranhado de ações tem, o Poder Público, que destinar suas áreas de forma adequada e fiscalizá-las eficientemente. No caso de desídia, áreas serão invadidas. Se invadidas, a solução não poderá ser jurídica, através de reintegração de posse. Terá que ser social, com o devido encaminhamento para a regularização ou reassentamento dos ocupantes, estamos falando de seres humanos excluídos e não meras peças que mudamos facilmente do lugar, ou deixamos ao léu, cumprindo decisão judicial de cunho individualista.

A propriedade privada e o respeito à propriedade pública são importantes para o contexto da própria sobrevivência do sistema social contemporâneo. Não pregamos a anarquia nem, muito menos, o fim da propriedade privada. O que não suportamos é maneira amadora e sem compromisso com que algumas administrações vêm tratando essa problemática que assola a todos que vivem na cidade, não só os excluídos espacialmente, mas também aqueles que convivem numa cidade que apresenta situações irregulares.

A união de esforços entre organismos governamentais e não-governamentais, da comunidade afetada diretamente e da sociedade como um todo, proporcionará uma mudança de conceito e perspectiva possibilitando dias melhores e mais dignos a todos que vivem nas grandes cidades.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. O contrato e direitos fundamentais, Lisboa: Coimbra, 2005.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

AGHIARIAN, Hercules. Curso de direito imobiliário. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teologia. Vol. III. Parte II-II (a), 5ª impressão. Madrid: biblioteca de Autores Cristianos, 2002.

ARAÚJO, Telga Gomes de. Função social da propriedade. Verbete in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 39. São Paulo: Saraiva, 1977.

ARISTOTELES. Política. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Unb, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

BERÉ, Cláudia Maria. Regularização fundiária do parcelamento do solo, In: Temas de direito urbanístico. Vol. 4 / Coordenador Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento – Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIANCA, Massimo. Diritto civile: la proprietà. Milano, Giuffrè, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.

BUENO, Laura Machado de Mello. Planos diretores, aspectos urbanísticos e ambientais na regularização fundiária. In: Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes. Raquel Rolnik. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique. In: O Centro da metrópole: reflexões e propostas para a cidade democrática do século XXI – São Paulo: Ed. Terceiro Nome: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

CARRAMENHA, Roberto. Município e meio ambiente: é possível a implementação de uma gestão ambiental adequada. In: Temas de direito urbanístico. Vol. 4 / coordenador Daniel Roberto Fink. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

CARVALHO, Milton Paulo. Notas sobre a função social da propriedade e do contrato. In Disciplina: Função social do contrato e da propriedade – Mestrado em direito político e econômico – São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 26/05/2007.

CARVALHO, Celso Santos. GOUVÊA, Denise de Campos. RIBEIRO, Sandra Bernardes. Manual da regularização fundiária plena. Brasília. Ministério das Cidades: 2007.

COELHO, Antônio Baptista. As grandes cidades e a origem das cidades. Infohabitar, Lisboa, Portugal, 22 set. 2005. Disponível em: <http://infohabitar.blogspot.com/2005/09/as-grandes-cidades-e-origem-das.html>.

Acesso em 24/03/2008.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1989.

CORREIA, Fernando Alves. As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COSTA, Hugo. Falta de moradia não será resolvida somente com casa. Agência Brasil, Brasília, 26 nov.2007. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/11/26/matéria.2007-11-26.0285283780....> Acesso em 02/12/2007.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da cidade (comentários à Lei Federal 10.257/201). São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 4º volume : direito das coisas / Maria Helena Diniz – 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUGUIT, Leon. Las transformaciones generales del derecho privado. Madri: Posada, 1931.

ESPÍNOLA, Eduardo. Posse – propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução: Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERNANDES, Edésio. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo da história? In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano / Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: del Rey, 2003.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. Lições de direitos reais. 2ª ed. Lisboa: Quid Júris? Sociedade Editora. 1997.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ra. Manual de derecho urbanístico. 16ª edición. Madri: El Consultor de Los Ayuntamientos y de Los Juzgados, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Estatuto da cidade comentado. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.

FREITAS, José Carlos. Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão - In Temas de direito urbanístico, vol. 2, coordenação geral José Carlos Freitas, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das Ações possessórias*. v. 1, 8.ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1994.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In Fundamentos da história do direito / Antonio Carlos Walkmer, organizador. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. A crise do direito. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade, in Problemas de direito civil-constitucional, coord. GUSTAVO TEPEDINO, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das coisas. 8º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (Direito econômico). In Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 39. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3° ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Ylves José Miranda. Direito natural. Visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

HIRST, Paul. The law of property and marxism. IN: --- On Law and Ideology. London, MacMillan, 1979.

JACOBS. Jane. Morte e vida de grandes cidades; tradução Carlos S. Mendes Rosa; revisão da tradução Maria Estela Heider Cavalheiro – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOWARICK, Lúcio. As lutas sociais e a cidade – São Paulo: passado e presente. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEPORE, Paulo Eduardo. Função social da propriedade. Revista Jurídica Unicoc. Agosto 2007. Disponível em: www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_14.pdf. Acesso em 22 de janeiro de 2008.

LOUREIRO, Carlos Henrique A. O teto no chão. Consultor Jurídico, São Paulo, 29, set. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br//static/text/48751,1>. Acesso em 10/12/2007.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUHMANN, Niklas. A nova teoria dos sistemas. Baeta Neves, Clarissa Eckert e Barbosa Samios, Eva Machado (orgs.). Porto Alegre: Ufrgs, Goethe-Institut e ICBA, 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiente brasileiro. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, Sérgio. Sobre a cidade: habitação e democracia no Rio de Janeiro – São Paulo: Pro Editore, 2002.

MARINHO, Geraldo. 10 anos do PREZEIS – Relatório final. Recife.maio.1998. Disponível em: [http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/10%20Anos%20de%20PREZEIS\(1\).pdf](http://www.logolinkla.org/conteudos/documentos/10%20Anos%20de%20PREZEIS(1).pdf). Acesso em janeiro de 2008.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã. Lisboa: Ed. Presença, 1974.

MASCARO, Alysson Leandro. O direito para a transformação social. In: Fronteiras do Direito Contemporâneo. Coordenação: Eduardo Altomare Ariento. São Paulo: Casa Vida. 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. Senado. Brasília. dez.2005. disponível em: http://senado.gov.br/_web/cegraf/ril/pdf/168 Acesso em 20 de março de 2008.

MATTOS, Liana Portilho. A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. São Paulo: Saraiva, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 11. Ed. atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro, 10 ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, José Diniz. A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

NOGUEIRA, Wagner Rodolfo Faria. Parcelamento do solo . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 84, 25 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4349>>. Acesso em: 10 set. 2007.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de. Estatuto da cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. Curitiba: Juruá, 2002.

PIPES, Richard. Propriedade e liberdade. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do Direito Civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. V. 3. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 5. Direito das coisas / Silvio Rodrigues. – 27 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLNIK, Raquel. Zonas de Especial Interesse Social. In: Cento e Vinte Cinco Dicas e Idéias para a Ação Municipal. Instituto Pólis. São Paulo, 2000.

ROLNIK, Raquel. Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.

SALLES, José Carlos Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: RT, 1980.

SANTOS, Arlindo Veiga dos. Filosofia política de Santo Tomás de Aquino, 3ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

SANTOS, Marcus Vinícius Monteiro dos. Loteamentos irregulares e clandestinos – In Temas de direito urbanístico, vol. 2, coordenação geral José Carlos Freitas, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SCHMIDT, Benício. FARRET, Ricardo. A questão urbana. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1986.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Rafael Egídio Leal. "Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos". Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo.,v. 37, ano 9, out./dez. 2001.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. Lua Nova, São Paulo, 66: 205-214,2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos. São Paulo: Atlas, 2003.

SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 5 ed. rev. e atualizada de acordo com a constituição em vigor / pelos profs. A. Fontes M Delmas, R. Reis Friede. Rio de Janeiro: Thex Ed.: Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Função social da propriedade e legalidade constitucional. SCHREIBER, Anderson. In: Revista do Departamento de Direito da PUC do Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, v.9 – n. 17 – p.41 a 57- 2000.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel. Problemas do direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar 2000.

TURRA, Bárbara Miranda. A concessão de direito real de uso como alternativa para a regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte. In: A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano / Edésio Fernandes e Betânea Alfonsin – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. Curso de direito civil - vol. 3 – Direito das coisas. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1993.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro vol. III – Direito das coisas - 10ª ed., revista, aumentada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988, com a colaboração do Prof. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

WEBER, Max. Conceito e categorias de cidade. Organizador Otávio G. Velho. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.