

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

Guilherme Augusto Faccenda

CONSTRUÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Porto Alegre

2017

Guilherme Augusto Faccenda

CONSTRUÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre oferecido pela Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Dra. Betânia de Moraes Alfonsin

Porto Alegre

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Faccenda , Guilherme Augusto

Construção, natureza jurídica e efetivação do direito à cidade / Guilherme Augusto Faccenda ; orientadora Betânia de Moraes Alfonsin . -- Porto Alegre 2017.
177 f.

Dissertação (Mestrado)-- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2017

1. Cidade . 2. Moradia . 3. Regularização Fundiária . 4. Direito À Cidade . I. Alfonsin , Betânia de Moraes , orient. II. Título.

Guilherme Augusto Faccenda

CONSTRUÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

DISEERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM
DIREITO PÚBLICO

COMISSÃO JULGADORA

Presidenta e Orientadora: Prof. Dr^a. Betânia de Moraes Alfonsin

2^o Examinadora: Prof. Dr^a. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

3^o Examinador: Prof. Dr. Ricardo Liebel Waldman

Porto Alegre, 18 de janeiro de 2018.

*Ora, uma cidade tem sua origem, segundo creio,
no fato de um de nós não ser autossuficiente,
mas sim necessitado de muita coisa.
Ou pensam que uma cidade se funda por qualquer razão?
(Sócrates.)*

RESUMO

A presente pesquisa busca perquirir acerca do processo de construção, nacional e internacional, do direito à cidade, bem como seu conteúdo e seus possíveis efeitos. Se tratando de um tema em construção e franca ascensão doutrinária, não há qualquer pretensão de exaurimento da análise da matéria, mas sim de estabelecer parâmetros iniciais e, a partir destes, instigar questionamentos com base em análise legislativa, doutrinária e, na medida do possível, jurisprudencial. Por fim, será analisado em qual medida, e por quais caminhos, o procedimento de regularização fundiária é capaz de efetivamente promover esse direito à cidade. O objetivo da presente dissertação, assim, é compreender o conteúdo do direito à cidade, seu processo de construção, suas determinações, sua natureza normativa e os possíveis diálogos e pontes com outros postulados normativos já presentes no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada nesta pesquisa é a dialética, com o confronto argumentativo de idéias, e o procedimento técnico foi a análise bibliográfica qualitativa.

Palavras-chave: Cidade. Moradia. Regularização fundiária. Direito à cidade.

ABSTRACT

The presente research seeks to inquire about the process of construction, national and international, of the right to the city, as well as its contents and possible effects. Being a subject under construction and doctrinaire ascension, there is no intention to exhaust the analysis of the subject, but rather establish initial parameters, and, from those, instigate questioning, based on legislative, jurisprudential and doctrinaire analysis. Finally, the measure, and by which means, the legislative procedure of land regularization can effectively promote the right to the city will be analyzed. The purpose, thus, of this dissertation is to understand the content of the right to the city, its construction process, its determinations, its normative nature and the possible dialogues and bridges with other normative postulates already present in the Brazilian legal order. The methodology used in this research is the dialectic, with the argumentative confrontation of ideas, and the technical procedure was the qualitative bibliographical analysis.

Keywords: City. Housing. Urban land regularization. Right to the city.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	–	Parágrafo
ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	–	Agravo Regimental
art.	–	Artigo
CC	–	Código Civil
CENSEC	–	Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados
CF	–	Constituição Federal
CJF	–	Conselho da Justiça Federal
CNJ	–	Conselho Nacional de Justiça
CONAMA	–	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPC	–	Código de Processo Civil
CRC	–	Central de Informações do Registro Civil
DER–MG	–	Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais
ECOSOC	–	Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
IBGE	–	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IMAZON	–	Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia
INCRA	–	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IPTU	–	Imposto Predial Territorial Urbano
MP	–	Ministério Público
MP	–	Medida Provisória
ONG		Organização Não Governamental
ONU	–	Organização das Nações Unidas
PA	–	Pará
PNDHs	–	Planos Nacionais de Direitos Humanos
REsp	–	Recurso Especial
SEMA	–	Secretaria Estadual do Meio Ambiente
SFI	–	Sistema de Financiamento Imobiliário
SP	–	São Paulo
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
ZEIS	–	Zona Especial de Interesse Social

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À CIDADE	12
2.1 AS BASES TEÓRICAS DO PENSAMENTO DE LEFEBVRE	18
2.2 SURGIMENTO DO DIREITO À CIDADE NO PLANO INTERNACIONAL ..	31
2.3 SURGIMENTO DO DIREITO À CIDADE NO PLANO NACIONAL.....	40
2.4 INERÊNCIA DO DIREITO À CIDADE AO URBANO.....	49
3 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À CIDADE	51
3.1 ELEMENTOS COMPONENTES DO DIREITO À CIDADE.....	51
3.1.1 Função social e sua proximidade com o direito à cidade	59
3.2 ESPÉCIE NORMATIVA DO DIREITO À CIDADE DENTRO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	68
3.3 EFICÁCIA E PERSPECTIVAS DO DIREITO À CIDADE	76
4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE.....	83
4.1 A RELAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À CIDADE	90
4.2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA LEI 11.977/09.....	95
4.2.1 Legitimados	106
4.2.2 Projeto	107
4.2.3 Demarcação Urbanística.....	108
4.2.4 Registro do Parcelamento	117
4.2.5 Legitimação de Posse E Conversão	121
4.3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA LEI 13.465/17	128
4.3.1 Instrumentos Urbanísticos	132
4.3.2 Legitimação Fundiária e de Posse.....	139
4.3.3 Direito Real de Laje	140
4.3.4 A (Re)Adaptação da Regularização Fundiária ao Direito à Cidade.	142
4.4 A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE	146
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
REFERÊNCIAS.....	167

1 INTRODUÇÃO

Segundo o último relatório da ONU, cerca de 54% da população mundial atualmente vive em zona urbana; a expectativa é que esse número suba para 70% até 2050¹. O cenário nacional não é diferente. Na região sudeste do Brasil, estima-se que mais de 95% da população viva atualmente em cidades, enquanto a média nacional ultrapassa os 84%². Na maior megalópole do país, São Paulo, o número de pessoas em habitações irregulares passa dos 4 milhões³. Segundo o censo de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE⁴), mais de 84% da população vive em áreas urbanas. Ainda, segundo a referida autarquia, em 2013, constatou-se que dos 5.570 municípios do Brasil, apenas 2.780 possuem plano diretor⁵, 2.476 possuem legislação sobre ZEIS⁶ (averbando-se que a ZEIS é Zona Especial de Interesse Social, parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo); 3.125 possuem legislação sobre parcelamento do solo⁷ e 1.485 possuem legislação sobre estudo de impacto de vizinhança⁸.

Ou seja, a questão da urbanização irregular é grave e afeta a sociedade como um todo, em detrimento da qualidade de vida de um modo geral, e o Direito, ferramenta de pacificação social por excelência, não pode quedar-se inerte diante de tal cenário. Assim, a presente pesquisa abordará o direito à cidade, o direito à moradia, a função social da cidade e a função socioambiental da propriedade, investigando as bases constitucionais, legais e doutrinárias destes preceitos, seus

¹ UNITED NATIONS. Departamento of Economic and Social Affairs. Population Division. **Urbanization**. New York, 2016. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/urbanization/index.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

² Disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/04/total-de-habitantes-das-areas-urbanas-cresce-e-chega-a-84-4-em-2010>. Acesso em 24 fev. 2017.

³ NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.3.

⁴ URBANIZAÇÃO. In: ATLAS do Censo Demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64529_cap6.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017. p.71-81.

⁵ PERFIL dos Municípios Brasileiros 2013: pesquisa de informações básicas municipais. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab13.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017. Tabela 13, p.134.

⁶ PERFIL dos Municípios Brasileiros 2013: pesquisa de informações básicas municipais. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab16.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017. Tabela 16, p.112.

⁷ Ibidem, Tabela 16, p.112.

⁸ Ibidem, Tabela 16, p.112.

alcances, consequências, relações recíprocas e diferenças. Após tais pontos, a análise será direcionada aos meios capazes, ou não, de efetivar ou de fomentar estes direitos, com ênfase na política pública de regularização fundiária. Essa se propõe como forma de efetivação de preceitos constitucionais fundamentais, com escopo de recuperar áreas irregulares (especialmente as favelizadas) através de institutos jurídicos dos direitos urbanístico e civil, definida como “conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, 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”. Como o próprio conceito exterioriza, a regularização fundiária não é em si um instrumento, mas um conjunto de medidas organizadas na forma de uma política pública. Diante destas colocações, os problemas a serem abordados serão os de como ocorre o processo de construção do direito à cidade nos planos nacional e internacional; como esse direito, uma vez construído, se relaciona com outros institutos já consolidados; se o direito à cidade ostenta natureza jurídica de direito fundamental; e em que medida a política pública de regularização fundiária, unida a determinados instrumentos legislativos, consegue concretizar esse direito.

É inegável que a temática abordada engloba assuntos pertinentes a outras áreas do conhecimento, tais como arquitetura, urbanismo e engenharia. Inclusive, um dos principais autores, cuja obra merecerá análise, tido como o idealizador do direito à cidade, Henri Lefebvre, não era jurista, mas sim filósofo e sociólogo. Entretanto, a delimitação da presente pesquisa será no sentido de abranger os aspectos jurídicos do tema, quais sejam, os direitos e deveres positivados pelas normas pátrias, seus fundamentos de validade e a forma de concretização destes. Sem dúvida, a pesquisa encontra-se diante de um problema antigo no Brasil e no mundo, o que possibilita, nesse limiar de terceiro milênio, o enfrentamento desse desafio para encontrar meios mais eficazes de concretizar os direitos fundamentais propostos, em especial a longo prazo.

O método será o dialético, no qual se parte do princípio de que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, onde as contradições se

transcendem dando origem a novas contradições que requerem soluções. Segundo Bonat⁹, o método dialético:

[...] disciplina a *construção de conceitos* para diferenciar os objetos, e examiná-los, com rigor científico. Dessa forma, aquilo que se coloca perante o pesquisador como verdade deve ser contraditado, confrontado com outras realidades e teorias para se obter uma conclusão, uma nova teoria.

Quanto à forma de abordagem, a pesquisa será qualitativa, uma vez que o estudo não estará restrito a uma contagem ou a uma descrição, mas sim buscará a essência do direito à cidade como fenômeno jurídico, social e urbano, sua forma de concretização ou de fomento, e suas implicações no ordenamento jurídico, em especial de ordem constitucional, para que todos os dispositivos analisados sejam interpretados em harmonia com a Magna Carta.

Por sua vez, quanto aos procedimentos técnicos, o estudo se dará através da revisão de literatura, realizado a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Quanto isso vale destacar que a pesquisa bibliográfica tem por fonte “material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”, enquanto a pesquisa documental “vale-se de materiais que, basicamente, ainda não receberam um tratamento analítico”¹⁰. Dessa forma, o estudo proposto se utilizará de livros e artigos publicados sobre o tema, assim como da legislação e jurisprudência.

Dessa forma, a presente pesquisa encontra-se estruturada em três capítulos. Primeiro, será analisada a gênese do direito à cidade desde sua concepção teórica e filosófica, até o estado atual de seu contínuo e paulatino processo de construção hodierno, com estudo dos processos e influências nacionais e internacionais. Após, o escopo dissertativo é elucidar a natureza jurídica do direito à cidade, em vistas ao já construído e positivado atualmente, caracterizando seus aspectos jurídicos, seus componentes, sua relação com outros institutos já positivados, e suas consequências. Por fim, serão estudadas formas de se concretizar o direito à cidade, seja em aspectos judiciais, seja em aspectos legislativos e administrativos, para o fim de que se busque a real eficácia desse importante direito, dotado de potencial para moldar a cidade, o predominante habitat humano, nesse limiar do terceiro milênio.

⁹ BONAT, Débora. **Metodologia da pesquisa**. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2009. p.27.

¹⁰ FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Notadez, 2008. p.43.

2 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Desde o Direito Romano existe, doutrinariamente, a *summa divisio* entre direito público e privado. Embora didática, nos dias de hoje, essa divisão acaba coibindo alguns diálogos necessários para a concretização de direitos fundamentais, mesmo porque muitas áreas do Direito são inevitavelmente ecléticas nesse aspecto, além dificultar uma leitura constitucional do direito civil.

Explica-se: enquanto deficiências econômicas podem gerar carência de moradia por conta de uma geral falta de acesso à propriedade privada (âmbito tradicionalmente privado), a deficiência de políticas públicas ou de administração eficiente gera a falta de acesso a serviços e recursos públicos necessários, e estas duas esferas possuem múltiplas influências mútuas dignas de nota. De antemão, esclarece-se que não se trata de estabelecer hierarquia entre direito público e privado, pois nem o próprio constituinte o fez ao elencar o rol de direitos fundamentais dos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal – deixando de estabelecer preferências em abstrato.

A realidade fática – e seus conflitos que, inexoravelmente, ecoam na política, na legislação e nos tribunais – é muito mais diversa e rica que a teorização dogmática jurídica, e torna-se incompatível com conceitos jurídicos que permanecem imutáveis (por vezes, anacrônicos). Daí origina-se o brocardo latino *ex facto oritur jus*, “o direito surge dos fatos”, ideal que permeará necessariamente toda a presente pesquisa, que analisa um conceito jurídico em processo de construção – e grande parte dessa construção partirá de observações feitas sobre a própria realidade urbana, inerente à cidade e derivada da sociedade humana que a compõe em determinado local.

O problema está em estabelecer equilíbrio e harmonia entre direitos que são objeto de estudo de diferentes campos da ciência jurídica. Exemplificativamente, em uma cidade, a inexistência de propriedades privadas acarretaria sérias consequências, tais como tolhimento do direito à intimidade e à vida privada; enquanto a inexistência de bens e serviços públicos obstaría a própria funcionalização do urbano, tais como vias de circulação, áreas verdes, educação e saúde. Não se pode, em nome de um direito, ainda que fundamental, causar o completo sacrifício de outro que esteja igualmente consagrado. Conforme se verá, ao tratar de direitos fundamentais, é princípio instrumental de hermenêutica

constitucional a unidade, que afasta a existência de hierarquia entre normas constitucionais e determina não haver preferência apriorística entre estas normas, não sendo possível o total sacrifício de uma norma em benefício de outra.

Nessa senda, em sede doutrinária, está em construção o chamado direito à cidade, cujo conteúdo esta pesquisa buscará investigar, a par dos já consolidados conceitos de direito à moradia, função social da propriedade e a função social da cidade, prevista no artigo 182 da Constituição Federal. Suas matrizes principiológicas, a fim de se determinar o conteúdo do direito em construção, devem ser analisadas conjuntamente. O direito social à moradia foi integrado ao artigo 6º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 26/00, e, no entanto, já era reconhecido como direito humano desde 1948, pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No campo do Direito privado, de maneira acertada e precisa, Francisco Eduardo Loureiro¹¹ inicia seus comentários ao Livro III da Parte Especial do Código Civil ressaltando que os direitos reais passam por uma crise. Um dos motivos dela seria o anacronismo principiológico dos institutos; segundo o autor “o direito das coisas ainda encontra-se ancorado em princípios oitocentistas, como a tipicidade, a propriedade como direito subjetivo absoluto e instituição monolítica”. O autor aponta um atraso em relação a outras áreas jurídicas, a exemplo do direito das obrigações que há muito adotou a boa-fé objetiva, a justiça contratual e a função social do contrato como parâmetros, e do direito de família, com a igualdade entre filhos, entre cônjuges e a proteção integral à criança e ao adolescente.

Grande parte da crise dos direitos reais tem causa na falta de ponderação sobre o conflito entre estrutura e função. Norberto Bobbio¹², nos anos setenta, publicou obra intitulada “*Dalla Struttura Alla Funzione*”, na qual explica, em apertada síntese, que o direito se dedicou excessivamente ao estudo de estruturas, por influência de Hans Kelsen. Não se nega em momento algum a contribuição deste último, com sua obra clássica da Teoria Pura do Direito. É digno de nota, inclusive, que o positivismo dogmático gera uma inegável segurança jurídica, pois, ao congelar o poder decisório de juiz a determinados parâmetros, emoldurados nos limites traçados pelo legislador, torna-se extremamente previsível o que será decidido em

¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do adimplemento e extinção das obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.) et al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013. Parte Especial, livro 3, p.1126.

¹² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007.

cada caso concreto. Um sistema assim valoriza a segurança jurídica e a certeza. Todavia, outros valores extremamente caros acabam prejudicados, tais como a Justiça – em especial para determinados grupos sociais marginalizados dos processos decisórios, ou mesmo que não possuam adequado acesso às raias do judiciário.

O positivismo e a dogmática parecem coincidir com uma forma de pensar baseada em estruturas, em uma constante inquirição acerca de “o que é”, com essa marcante influência de Hans Kelsen. É muito importante, em termos gnosiológicos, saber o que é; porém, igualmente importante deveria ser a investigação de, após se descobrir o que é, “para que”. Para que serve? Qual sua função ou finalidade? Dessa maneira, durante muito tempo, o estudo da função dos institutos jurídicos restou prejudicado. Como fucionalizar a propriedade urbana de modo que todos tenham moradia adequada? À luz da necessidade de harmonia interpretativa e aplicativa, anteriormente exposta, a resposta pode, inclusive, não residir unicamente dentro do direito privado (por mais que dele se extraia arcabouço conceitual ou principiológico).

Ainda estará presente, no entanto, o estudo do positivismo dogmático. Uma das mais iniciais lições do direito é a diferenciação entre direito objetivo e direito subjetivo, sendo o primeiro o texto da Lei e o segundo a pretensão jurídica que dele se extrai. A título de exemplo, o direito das sucessões é direito objetivo, enquanto o direito a suceder é direito subjetivo. Perceba-se que não se tem um sem o outro. Além disso, para a correta compreensão do direito subjetivo e da sua extensão, antes de qualquer coisa, deve-se conhecer o direito objetivo que o embasa e o origina.

Não e se pode pretender uma compreensão do Direito sem forte base dogmática e conhecimento do texto da Lei, fonte do Direito por excelência. A dogmática estabelece bases, conceitos e parâmetros para a construção de uma ciência jurídica, dotando o estudioso de linguagem e de conceitos prévios sobre os quais poderão ser construídas ideias jurídicas. O conhecimento é essencialmente linguístico, e, para que se possa construir um adequado conhecimento jurídico, será imprescindível conhecer a dogmática conceitual que gera a linguagem jurídica (prática e acadêmica).

É justamente de uma abordagem kelseniana que parte Norberto Bobbio¹³, ao explicar a transição de uma análise estrutural a uma funcional do Direito. Para o autor, o Direito era um jardim fechado a influências externas, apenas iniciando análises éticas e filosóficas com Rudolf Von Ihering, utilizando elementos até então “extrajurídicos” como os costumes sociais. Nas palavras de Bobbio¹⁴:

O que faz a teoria pura do direito um momento decisivo da jurisprudência teórica e portanto uma etapa obrigatória dos estudos de teoria do direito inclusive para os reticentes são alguns traços fundamentais seja quanto ao método seja quanto à perspectiva sobre o próprio objeto seja quanto à implantação teórica geral da disciplina os quais a teoria pura do direito tem em comum com as teorias Gerais que se desenvolviam aproximadamente nos mesmos anos em outros Campos das ciências humanas.

O estudo do arcabouço normativo é mais que válido: é essencial. Não se pode conceber um processualista que não conheça o Código de Processo Civil, um civilista que não conheça o Código Civil, ou um consumerista que não conheça o Código de Defesa do Consumidor. Ainda que o profissional faça críticas a determinados dispositivos (muitas vezes merecidas, pois o legislador não é um técnico do Direito, mas sim uma pessoa comum do povo), ele deve conhecer o seu conteúdo normativo. Isto é verdade até mesmo em termos procedimentais, como prazos, causas suspensivas processuais, instrumentos recursais, requisitos documentais de petições, etc.

Mesmo no campo da argumentação racional, o texto da lei goza de privilegiada carga argumentativa, sendo que a sua rejeição ou invalidade demandam razões muito fortes¹⁵. Tanto isto é verdade que o constituinte viu por bem incluir a chamada *full bench* ou cláusula de reserva de plenário na Constituição Federal¹⁶, pela qual apenas o voto da maioria absoluta dos membros de uma Corte local pode ser declarada inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007. p.182.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.209.

¹⁶ CF/88, “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017).

Um estudo meramente estrutural, assim, esquece a carga valorativa. Ao elencar características do positivismo, Bobbio¹⁷ menciona o dever de obediência (“Gesetz ist Gesetz”, significando que a lei é a lei), a interpretação mecânica daquilo que a Lei determina, inexistência de lacunas no Direito (verdadeiro dogma de completude do ordenamento) e o Direito é um fato, não um valor. O positivismo buscava ser avalorativo e objetivo, excluindo juízos de valor e abordagens axiológicas. É bastante interessante notar que, à mesma época, o constitucionalismo construía os direitos fundamentais de primeira geração, voltados para igualdade formal, liberdade e segurança. Oprimidos por um tirânico regime absolutista, a sociedade desejava liberdade e previsibilidade, dividindo o Poder do Estado de maneira bastante rígida. Em tempos passados sequer se considerava de caráter científico a análise que considerasse a axiologia do objeto de estudo. Conforme Norberto Bobbio¹⁸:

Onde quer que o cientista deixe que se insinuem as próprias preferências, expressas em juízos de valor, a empreitada científica está destinada ao fracasso, pela simples razão de que os juízos de valor não são passíveis de ser submetidos aos controles constitutivos do universo científico. Em outras palavras, a empreitada científica só é possível quando procura ser avalorativa. Naturalmente, para não se deixar influenciar pelas próprias preferências ético-políticas o cientista deve renunciar a pretensão de oferecer receitas para a ação. A tarefa da ciência escrever e não prescrever. Qualquer um que tenha alguma familiaridade com as obras de Kelsen sabe muito bem a importância que tem, em sua concepção da ética do cientista, o compromisso de nada prescrever: Kelsen leva esse compromisso tão longe a ponto de estendê-lo da teoria geral do direito, na qual parece mais óbvio, ao trabalho dos juristas, que deveriam limitar-se a propor as várias interpretações possíveis de uma Norma ou de um complexo de normas, já que qualquer escolha, implicando uma valoração, seria cientificamente insustentável.

Pensar o Direito, hoje, é inexoravelmente pensar em valores sociais, em consequências gerais das decisões que se tomar, em concretização de direitos fundamentais sociais, em proteger o meio ambiente, em encontrar meios de tornar a Constituição Federal mais eficaz e concreta, e buscar um equilíbrio ainda que as partes processuais sejam flagrantemente desiguais.

É preciso acrescentar que as mudanças ocorridas na função do direito não anulam a validade da análise estrutural tal como foi elaborada por Kelsen. O que ele disse acerca da estrutura do ordenamento jurídico permanece perfeitamente em pé, mesmo depois dos desenvolvimentos mais recentes

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007. p.131.

¹⁸ Ibidem, p.191.

da análise funcional. A construção do Direito como sistema normativo dinâmico não é minimamente abalada pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito. Para ela, uma norma é jurídica sempre que tenha sido produzida nas formas previstas, isto é, em conformidade com outras normas do ordenamento, em particular aquelas que regulam a produção das normas do sistema¹⁹.

Do ponto de vista mais geral, a crise da teoria estrutural kelseniana já começa com a simples observação de que o Direito não prevê apenas sanções e consequências negativas: na fórmula geral “se A, então B”, sendo A um comportamento lícito e devido, B não corresponderá a uma sanção coativa²⁰. Possíveis exemplos são um pagamento, o registro de uma propriedade imobiliária, o exaurimento do prazo de usucapião, dentre outros que, uma vez encaixados na hipótese de incidência normativa, geram benefícios àquele que se comportou de determinada forma. Sendo tais condutas jurídicas, é insuficiente classificar o ordenamento como um sistema estruturado exclusivamente em condutas determinadas sob pena de coação.

Nesse cenário, a regularização fundiária surge como proposta de política pública de efetivação de diversos direitos, em sua maioria conexos com a moradia digna. Na realidade brasileira atual, muitos carecem desse direito à moradia - acarretando inexorável reflexo em outros direitos, como o direito à saúde, à segurança, quando não a própria dignidade humana. Ainda, muitas moradias decorrem de expansão urbana desordenada, igualmente incapaz de oferecer vida digna (a chamada “favelização” da cidade).

A falta de funcionalização e de reconhecimento do direito de propriedade são algumas das principais causas dessa carência de moradia adequada. Elege-se a palavra “reconhecimento”, pois, em inúmeros casos, os indivíduos denominados “ocupantes” já possuem constituídos seus direitos de alodial propriedade, sem ao menos saber desse fato (e, desafortunadamente, por vezes sequer o próprio Estado assim reconhece, embora a lei determine), pois a usucapião, forma de aquisição originária da propriedade imóvel, ocorre com o fechamento do prazo temporal incontestado da posse, e não do reconhecimento judicial ou registral do fato. Por exemplo, não faz sentido sob a ótica do direito privado ordenar a expulsão de um indivíduo que habita um imóvel há mais de quinze anos com fundamento em direito à propriedade privada do antigo dono, pois o alegado direito de propriedade não

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007. p.209.

²⁰ Ibidem, p.73-74.

mais existe, extinto unicamente em decorrência do tempo, independente de registro ou de reconhecimento judicial.

No pensar de Marcelo Neves²¹, tanto a legislação simbólica como a constitucionalização simbólica caracterizam-se simplesmente pela ausência de concretização de preceitos legais ou constitucionais, conquanto representem um papel político relevante. Visível a existência desse simbolismo tanto no campo privado (usucapiões não reconhecidas) como no campo público, a exemplo da Lei de Parcelamento do Solo urbano, que existe desde 1979, porém um simples olhar à realidade demonstra que suas diretrizes não vêm surtindo efeitos. Assim, surgem propostas de soluções no âmbito legislativo (Lei 11.977/09) e administrativo (Provimento 44/2015 do CNJ), as quais merecem análise jurídica. Eventuais retrocessos, ainda, devem ser cuidadosamente interpretados e combatidos em vias adequadas.

2.1 AS BASES TEÓRICAS DO PENSAMENTO DE LEFEBVRE

Quem primeiro idealizou o direito à cidade, com alguns de seus contornos, foi o sociólogo e filósofo francês Henri Lefebvre, em 1968, observando inicialmente como as diferenças econômicas entre diversas classes sociais afetam seus posicionamentos no cenário urbano, e, a partir dessa observação, desenvolve seu raciocínio sobre as condições e comportamentos que geram a impactante realidade. A obra não possui um direcionamento jurídico imediato, contendo alta carga filosófica e axiológica que embasam a sua análise da realidade, e tecendo diversas críticas, principalmente, às estratégias de mercado que buscam transformar o urbanismo em vendas²². Todavia, como se verá, algumas de suas conclusões possuem caráter eminentemente jurídico, ao teorizar a necessidade de um direito (mesmo que primeiro costumeiro, para após ingressar nos códigos²³) que dê acesso à cidade para todos os habitantes em medida equânime. Por óbvio, por não possuir um foco totalmente jurídico, outras conclusões do autor desfrutam de caráter social e

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.101.

²² LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.32.

²³ Ibidem, p.138.

econômico, tais como a necessidade de uma revolução voltada à planificação da economia e a um controle democrático do poder estatal²⁴.

Logo ao primeiro capítulo, Lefebvre²⁵ apresenta ao leitor uma advertência de que sua obra tem caráter “chocante”, pois busca desafiar visões fechadas em determinados paradigmas ou sistemas, que impedem ou dificultam pensamentos diversos. O objetivo do autor não é substituir eventual sistema de pensamento por outro, mas sim alertar a existência de outras possibilidades. Não há desejo de se montar um novo sistema porque essa sistematização é justamente o fator que diminui possibilidades de ideias e de pensamentos, e, conseqüentemente, do surgimento de novas soluções e observações - sendo que o objetivo de Lefebvre²⁶ é esse lançamento de um novo olhar ao urbano, identificando suas características, defeitos, e estabelecendo perspectivas futuras.

Sua primeira observação é que o fato gerador da urbanização moderna, com todos os seus inseparáveis problemas, é a industrialização, que é capaz de moldar o espaço urbano, os costumes, os direitos e até os lazeres²⁷. As cidades existiram desde muito antes dessa industrialização, mas suas características e objetivos foram drasticamente modificados – citando o exemplo de Atenas, cidade da Grécia que, industrializada, não guarda qualquer semelhança com a cidade antiga²⁸. O processo de industrialização gera um “centro” urbano, um conglomerado centralizado de poderes de decisões e produção, e que requer toda uma periferia de mão-de-obra disponível para operar²⁹. Portanto, a realidade demonstra uma relação inequívoca entre o processo de industrialização e a forma como se escolhe urbanizar determinado espaço.

Da industrialização nasce o capitalismo e o lucro, bem como o seu acúmulo³⁰ por parte de empresários, e, de maneira descentralizada e diversa do que ocorreu na idade média³¹, a riqueza principal deixa de ser focada em bens imóveis, adquirindo mobilidade. O cenário atual, em comparação àquele observado por Lefebvre há meio século, apenas demonstra a intensificação dessa transformação, onde cada vez mais se valorizam as trocas comerciais virtuais e móveis,

²⁴ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

²⁵ Ibidem, p.9.

²⁶ Ibidem, p.9.

²⁷ Ibidem, p.11.

²⁸ Ibidem, p.17.

²⁹ Ibidem, p.16.

³⁰ Ibidem, p.12

³¹ Ibidem.

descentralizadas. A legislação brasileira, no entanto, permanece emprestando maior proteção ao patrimônio imobiliário, a exemplo do artigo 108 do Código Civil, que exige forma pública para negócios imobiliários em valor superior a trinta salários mínimos. Alguns instrumentos legislativos mais recentes buscam imprimir maior agilidade e flexibilidade para tais negociações, como é o caso da alienação fiduciária em garantia para imóveis, promovida pela Lei 9.514/1997, regulamentadora do SFI - Sistema de Financiamento Imobiliário, inspirada pela agilidade e dinamismo do comércio empresarial. É interessante observar que Lefebvre não faz um juízo valorativo das muito bem observadas transformações (que permanecem na linha relatada pelo autor até hoje), limitando-se a relatar as novas formas tomadas e os resultados urbanísticos que surgem em consequências destas.

As práticas comerciais, sua velocidade e mesmo sua competitividade não se dissociam de certas condições, e acabam por afetar todo o ambiente convivencial do ser humano, com todos os pertinentes reflexos urbanísticos. Reconhece o autor, também, que a concentração não é apenas de riquezas, mas de conhecimentos e de técnicas³², sendo perceptível que nas grandes cidades, além de centralização de capitais, há a centralização dos conhecimentos, artes e ciências, a exemplo das universidades.

Perdendo-se aquilo que formava a vida “camponesa”, antes da industrialização, forma-se um tecido urbano, uma malha socialmente desigual sobre o território³³. É ponto crítico para a compreensão de toda a obra e suas conclusões a observação sobre a realidade urbana que o autor faz: este “tecido urbano” se estenderá sobre todo o território e moldará a forma como a própria sociedade se constitui, sendo muito mais que meras formas de moradias definidas por padrões matemáticos de engenharia. Para Lefebvre³⁴, o urbanista age como um médico de um espaço urbano doente, que foi moldado de maneira segregacionista pelos controladores do mercado imobiliário.

Ainda será abordada pelo autor a maneira como o urbano é um reflexo da sociedade, todavia, em sua análise social das relações hierárquicas ou verticalizadas entre os detentores do poder e do capital e as massas, a observação principal é a de que, como produto direto da industrialização, a exploração substitui

³² LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.12.

³³ Ibidem, p.18.

³⁴ Ibidem, p.49.

a opressão³⁵. Apesar de ser usada a palavra “substitui”, a opressão sobre os menos favorecidos não foi “trocada”, atenuada ou deixou de existir, mas toma novas formas diante da sociedade massificada prestes a nascer.

Essa verdadeira mutação da opressão é analisada de forma histórica e comparada por Raquel Rolnik³⁶, ao abordar a financeirização da habitação, quando a estratégia do mercado passa a ser endividar as famílias através de hipotecas, e não mais o Estado. Este passa a ser um facilitador, não um provedor de moradias³⁷. Nas épocas de crise, em que as bolhas imobiliárias estouram, os responsáveis pelas dívidas seriam os “beneficiários” do financiamento, cujos imóveis e patrimônios responderiam pelas dívidas cumuladas a juros compostos, restando blindado o patrimônio do agente estatal que promoveu a dita política de financiamento imobiliário. O credor, por sua vez, possuirá um devedor para a pertinente execução – e um imóvel como garantia real de pagamento.

Lefebvre³⁸, ainda, identifica que a cidade é usada para aquilo que chama de “Festa”, que seria, interpretando-se contextualmente as palavras do autor, o consumo improdutivo e direcionado unicamente ao prazer daqueles que podem suportá-lo. Esse conceito é abordado em outros momentos³⁹, e o autor indica haver antítese entre festa e produtividade, sendo que ambos não podem conviver em um mesmo espaço. Da maneira como o filósofo expõe sua ideia de uso do urbano (e da propriedade imóvel em geral) para fins de “Festa”, ou seja, para finalidades supérfluas e alheias à responsabilidade social e econômica, a ideia toma moldes muito semelhantes às da função social dos imóveis. O uso da cidade para fins de “Festa”, no pensamento de Lefebvre, é aquele uso que viola a função social, afetando, como consequência, e consoante a moderna doutrina, um elemento intrínseco e constitutivo do próprio direito de propriedade, o que será adiante abordado.

Para que se tenha essa possibilidade de “festa”, e para que certos indivíduos possam desfrutar de dispêndio, haverá concentração de capitais, e, na ótica de Lefebvre⁴⁰, uma concentração urbana porque o urbano consolida a desigualdade na forma de construções imóveis. Ou seja, a causa dos imóveis formadores de uma

³⁵ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.14.

³⁶ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015. p.35.

³⁷ LEFEBVRE, op. cit., p.36.

³⁸ Ibidem, p.12.

³⁹ Ibidem, p.60,128.

⁴⁰ Ibidem, p.16.

cidade possuírem a forma e o local que possuem, reside na sociedade que os precede, não sendo fruto de mera casualidade, ou coincidência. Esse é um forte aspecto pelo qual o direito à cidade vai muito além da(s) moradia(s): estas compõem-se basicamente de um teto e de determinadas estruturas que satisfaçam necessidades primordiais. Uma cidade, no entanto, é um habitat produzido pela sociedade humana a sua própria semelhança: privilegiando alguns em detrimento de muitos outros. Segundo Rolink⁴¹, Lefebvre enxerga no urbano mais que meras estruturas, mas sim um modo de viver, este oriundo da sociedade – no caso, industrializada, desigual, monetarista, e sistematizada de forma a fomentar a exploração do trabalho alheio para fins de concentração de renda. Alguns conflitos e crises de direitos, tais como insegurança e desigualdade, serão os inevitáveis frutos dessas causas, e tais patologias acabam por transformar o urbano em um habitat hostil e desigual.

Outro exemplo dessa patologia urbanística, a ser enfrentada pelos urbanistas, é “o lugar de consumo e o consumo do lugar”⁴². São duas faces de uma mesma moeda monetarista sistêmica: criam-se centros para a compra e a satisfação de necessidades superficiais e, ao mesmo tempo, bens imóveis que deveriam ser adequadamente funcionalizados transformam-se, impulsionados pela sede de lucro, em mercadorias, desprendido de suas finalidades essenciais (dentre elas, a moradia). Na cidade, ao invés de habitat, os fatores de poder fixam um lugar de consumo. As unidades imobiliárias que, uma a uma, formam a infraestrutura de uma cidade, passam a ser vistas como produtos a ser ofertados para os melhores compradores – postura essa que, naturalmente, apresentará desprezo por quaisquer normas urbanísticas.

Conforme o sociólogo francês, antes, o Senhor Feudal subordinava as terras, e, na atualidade, o Estado subordina⁴³. Paris, no século XIX, demonstra a crise da cidade⁴⁴ quando o povo, clamando por uma democracia urbana, ao criar a Comuna de Paris, lutou contra a segregação e ameaçou a classe dominante⁴⁵. O Barão de Haussman, como reação a esse movimento, projetou ruas largas com o fim de

⁴¹ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015. p.19.

⁴² Ibidem, p.20.

⁴³ Ibidem, p.39.

⁴⁴ Ibidem, p.21.

⁴⁵ Ibidem, p.23.

dificultar a resistência e a guerrilha urbana⁴⁶, criando, conseqüentemente, um novo modelo de “embelezamento” que foi útil tanto ao mercado imobiliário, que desejava mais-valias urbanas para absorção do ágio resultante, quando aos poderes centrais, que desejam mais meios e ferramentas de manter seu controle monopolizador e centralizado. David Harvey⁴⁷ menciona, em sua obra, a Comuna de Paris como primeiro grande exemplo de uma “cidade rebelde”, onde os menos favorecidos, unidos, opuseram resistência ao sistema opressor instalado, e tudo foi iniciado por crises urbanísticas e de moradia: houve derrota porque a resistência criou dissidências entre si, e porque o poder central já estava instalado e organizado para o fim de reprimir tais levantes.

Rosângela Luft⁴⁸, ao comentar as colocações de Henri Lefebvre sobre como as estratégias de classe presentes na sociedade condicionam o urbano, ressalta que as correntes técnico-racionalistas buscavam embelezamento e funcionalização do tecido urbano, sem preocupações com condições de existência. Todavia, conclui a autora que, hoje, para que o Estado possua legitimidade para atuar, o mesmo tem o dever de concretizar imperativos funcionais originários de pleitos sociais (em outras palavras, a legitimidade da atuação do ente Estado deriva do fato da própria atividade estar em conformidade com os pleitos e necessidades sociais):

A intensificação das atividades econômicas e o aumento da especialização profissional, ocorridos no período pós-Revolução Industrial, colocaram em movimento ascendente a pluralidade e a complexidade sociais. Toda esta diversificação do mundo moderno trouxe em seu bojo aspirações e demandas de diferentes ordens. A relativa conformidade social mantida com a ideologia liberal foi desamparando o Estado de Direito, que teve que se adequar às demandas de uma funcionalidade diferenciada, proveniente de novos pleitos sociais⁴⁹.

Contudo, a organizada especulação imobiliária acaba vencendo a disputa pelo espaço urbano, e a única preocupação (inclusive da esquerda política, Lefebvre aponta) do Estado é a obtenção de casas a preços módicos⁵⁰. O autor aponta que cerca de 80% dos franceses à época queriam pavilhões⁵¹, demonstrando a ausência

⁴⁶ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015. p.24.

⁴⁷ HARVEY, David. **Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution**. Londres: Verso, 2012. p.31.

⁴⁸ LUFT, Rosângela Marina. **Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.42.

⁴⁹ Ibidem, p.41.

⁵⁰ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.25.

⁵¹ Ibidem, p.26.

de consciência de cidade: lutava-se por uma moradia, ao invés de situar a plataforma de lutas no direito à cidade, e mesmo as lideranças dos movimentos não tinham consciência então de que o objeto da disputa não eram imóveis, mas sim a cidade. Considerar a cidade como mera rede de consumo, para Lefebvre⁵², é “perigoso, arbitrário e terrorista”.

Henri Lefebvre⁵³ observa que dentro da própria ciência urbanística não há corrente única de axiologia, havendo urbanistas que valorizam mais o aspecto humano, e outros que preferem aspectos tecnológicos como carros e eletricidade. Todavia, o que realmente termina por moldar a cidade é o “urbanismo das vendas”⁵⁴, que transforma a cidade em produto de consumo. O grande equívoco dessa política é tratar as pessoas, cidadãos, como se consumidores fossem. Nesses moldes puramente capitalistas, as pessoas são vistas como clientes potenciais para certos produtos, e não como sujeitos de direitos, dotados de garantias inerentes pelo simples fato de serem humanos. Assim, melhorias sociais urgem para que se melhore o tecido urbano da cidade, e Lefebvre⁵⁵ defende a formação de uma “ideologia urbanística” oriunda da ciência urbana, que se disponha a estudar a cidade de maneira aberta, plural e, conforme dito inicialmente, não enclausurada a um sistema.

Conforme já se mencionou, abordando os ensinamentos de Raquel Rolnik, a visão das pessoas naturais como clientes de um mercado imobiliário atenua a responsabilidade que o Estado deveria para si tomar e fortalece fatores mercadológicos no momento da busca pelo direito à moradia – o lado prejudicado é aquele mais vulnerável economicamente, pois não possuirá capacidade para aquisição do “produto moradia” adequado. Não se está a defender geral padronização de imóveis ou tabelamento de preços imobiliários, dado que o próprio Lefebvre ensina que o urbano é necessariamente plural e variado, e haverá reflexos destas diferentes personalidades nos eventuais caminhos imobiliários da cidade.

A definição de cidade fornecida por Henri Lefebvre⁵⁶, ao se conhecer o contexto de sua obra, não causa surpresa: “projeção da sociedade sobre um local”. A sociedade forma a cidade como seu habitat e, inexoravelmente, será uma o

⁵² LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

⁵³ Ibidem, p.31-32.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, p.47.

⁵⁶ Ibidem, p.62.

reflexo da outra. Sob essas premissas é possível concluir que a cidade apenas apresentará verdadeiras melhorias se estas próprias, antes, ocorrerem na sociedade. Processos econômicos moldam o espaço urbano, e as descontinuidades sociais geram descontinuidades urbanísticas⁵⁷.

Ao filosofar sobre eventual diferença entre a “cidade” e o “urbano”, o autor chega à conclusão de que essa diferenciação é “perigosa”⁵⁸. Portanto, estas ideias possuem muito mais em comum do que o contrário, sendo seguro tratar a cidade como um espaço urbanizado nos moldes da sociedade humana que a ocupa, afetada pelos mesmos fatores de poder que afetam a sociedade, mormente financeiros.

A cidade pode ser estudada nos seus mais diversos aspectos pelas “ciências parcelares”⁵⁹, mas a missão do urbanista é unir todas estas. A análise da cidade demanda o uso de todas as ferramentas metodológicas disponíveis⁶⁰, a fim de que todos os níveis de realidade sejam estudados. Por exemplo, um prédio não é uma instituição, mas serve para representá-la perante a cidade (por isso igrejas são altas e imponentes).

A cidade, outrossim, é composta por variadas dimensões e subsistemas⁶¹, ideia esta que fica gramaticalmente bastante próxima do conceito de cidade de José Afonso da Silva⁶², que defende ser o conceito de cidade mais adequado na realidade brasileira o seguinte: “um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e sócio-culturais”. Porém, as colocações de ambos são filosoficamente distintas. O constitucionalista José Afonso da Silva busca fixar um conceito de maneira eminentemente jurídica, e a noção de “sistema” vem, de maneira didática, auxiliar a compreensão de que a cidade é um organismo coletivo em funcionamento. Lefebvre já explanou não desejar o estabelecimento de um sistema, pois acabaria restringindo o pluralismo inerente ao urbano, e esses mencionados subsistemas lefebvrianos são um reflexo da sociedade desigual, passíveis de modificação para que se crie o direito à cidade. Já as dimensões são o que obrigam o urbanista a efetuar profunda análise nos mais diversos aspectos

⁵⁷ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.57-59.

⁵⁸ Ibidem, p.54-55.

⁵⁹ Ibidem, p.43.

⁶⁰ Ibidem, p.65-66.

⁶¹ Ibidem, p.70.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.25.

urbanísticos, e sendo a ciência insuficiente para tanto, dado sua exatidão e afastamento ao humanismo, até mesmo a arte terá seu papel no urbano⁶³.

O filósofo disserta, ainda, sobre o problema da mobilidade urbana, ao citar o exemplo do uso do automóvel – afirma Lefebvre⁶⁴ que seria mais lógico morar na cidade e trabalhar no subúrbio, o que não se concretiza por não ser a vontade dos poderosos que concentram e centralizam o capital. Mais uma vez demonstrando vanguardismo em suas observações, o autor aborda um problema bastante atual e impactante nos grandes centros urbanos, ao passo em que sugere, em uma obra de 1969, uma das soluções mais adotadas hodiernamente, qual seja, a execução do trabalho no “subúrbio”. Recente pesquisa do IBGE apontou que um quarto da população brasileira trabalha no mesmo local em que reside, principalmente usando a rede mundial de computadores⁶⁵.

Dentre as dimensões da cidade e do urbano, as quais o urbanista deve diligentemente estudar, deverá ser estabelecida até mesmo uma dialética e equilíbrio entre o urbano e o rural, dada a tendência do primeiro em tomar conta de todo o espaço, destruindo o rural⁶⁶. A ideia por trás do conceito de solo urbano remonta ao direito romano, onde a “urbs” era a cidade, mas em oposição à área rural “rus”⁶⁷. O solo urbano é mais trabalhado que o rural pela presença de equipamentos urbanos e comunitários que servem à população – e o conhecido problema do parcelamento desordenado do solo é a ausência destes equipamentos, o que diminui gravemente a qualidade de vida da população afetada. Para José Afonso da Silva⁶⁸:

A qualificação do solo como *urbano* e função dos planos e normas urbanísticos, que lhe fixam o *destino urbanístico* a que fica vinculado o proprietário. O solo passa a ter qualificação urbana quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a *edificabilidade* e a *vialidade* (de viário)—que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação e função das normas urbanísticas que lhe fixam o *destino urbanístico*, a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste

⁶³ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.68.

⁶⁴ Ibidem, p.83.

⁶⁵ UM quarto da população trabalha em casa indica estudo do IBGE. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/um-quarto-da-populacao-trabalha-em-casa-indica-estudo-do-ibge-2dfkue86hzm6itj1bs9f2n7f2>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁶⁶ LEFEBVRE, op. cit., p.73.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.2.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.80.

primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções do urbanismo.

É notável que na visão dos brilhantes autores, Henri Lefebvre e José Afonso da Silva, o urbano exerce uma função vinculada à cidade, e não uma função comercial ou mercadológica. Seja para fins de dar destino urbanístico, seja para fins de tornar-se habitat para uma sociedade humana melhor, não se desprende da ideia de funcionalização – razão pela qual, conforme se abordará mais adiante nesta pesquisa, a proximidade entre os institutos do direito à cidade e a função social da cidade é extrema.

Talvez uma das mais importantes críticas de Lefebvre⁶⁹ seja na insuficiência da “moradia”. O autor observa que os revolucionários esquecem-se do urbano, enquanto os “táticos políticos” só enxergam e prometem a moradia como solução para o adoecido, dividido e desigual espaço urbano afetado e observado. O problema das cidades vai muito além do aspecto “moradia”⁷⁰.

As críticas de Henri Lefebvre⁷¹ pousam inclusive no economista Karl Marx, que apenas falou em carências de moradias, ignorando completamente a ideia de urbano, seus fatos geradores e suas consequências. O urbano, sendo necessariamente plural e coletivo, termina por unir o povo em um ambiente comum; já o Estado e as empresas, ora aliados, ora rivais, não possuem interesse em que exista união dentre aqueles que não exercem poder normativo ou econômico sobre o todo. A lógica monetária, conseqüentemente, não se importa com o urbano, e, havendo demanda, serão ofertados imóveis mesmo com infração a normas urbanas e ambientais. Lefebvre⁷² aponta, ainda, que o próprio discurso político (inclusive por parte da esquerda) voltado ao “fornecimento de casas” fomenta a segregação, pois estas supostas moradias operam como forma de expulsão.

A política brasileira segue rumo semelhante e, salvo exceções, doutrina jurídica nacional também. O direito social à moradia foi integrado ao artigo 6º da Constituição Federal através da Emenda nº 26/00. No entanto, já era reconhecido como direito humano desde 1948, pelo artigo 25 da Declaração Universal dos

⁶⁹ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.80-81.

⁷⁰ Ibidem, p.86.

⁷¹ Ibidem, p.85-87.

⁷² Ibidem, p.99.

Direitos Humanos. Para José Afonso da Silva⁷³, o direito à moradia já era previsão originária da Constituição Federal de 1988, pois, em seu artigo 23, estabelecia ser competência comum dos entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento. Defende o constitucionalista que a moradia deve garantir uma série de outros direitos (como dignidade, saúde e intimidade) sob pena de ser um “direito empobrecido”⁷⁴. Sob uma ótica lefebvriana, ao constitucionalista, apesar de defender ideias benéficas e corretas, faltou apenas o encontro de suas colocações em um mesmo lugar: a cidade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵, no entanto, esse *locus* de encontro de todas estas necessidades é expresso:

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei n. 8.009/90, art. 3º), sobre a qual já há inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia. Nessa seara, um caso bastante polêmico é o que envolve a constitucionalidade das exceções legais à regra geral da impenhorabilidade do único imóvel residencial (com destaque para o imóvel de propriedade do fiador em contrato de locação), pois apesar da tendência no sentido da inconstitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador em contratos de locação, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de fevereiro de 2006, reconheceu a compatibilidade da penhora com a salvaguarda do direito à moradia, afirmando a necessidade de assegurar-se o acesso à moradia por meio da oferta de imóveis para serem alugados, mesmo que se venha a penhorar o único imóvel do fiador, ainda mais quando este tenha dado livremente o bem em garantia. É preciso lembrar que a própria CF (art. 5º XXVI) assegura a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, além de impor ao Poder Legislativo a criação de meios de financiamento da propriedade rural produtiva. Por sua vez, em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, importa mencionar o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10-07-2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade. (grifo nosso)

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p.318.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.1168.

Lefebvre⁷⁶, ainda, é muito enfático em criticar o zoneamento, usado como forma de segregar e expulsar. Estes elementos encontram-se presentes em todas as grandes cidades, consolidados e usados como forma de criar e de transformar o espaço urbano. A segregação é uma estratégia de classes, e a criação de “guetos” demonstra muito bem como essa estratégia opera e molda o espaço urbano – e não necessariamente apenas para a população pobre, pois Lefebvre⁷⁷ aponta a existência de guetos dos ricos. Ainda outra prática criticada pelo autor, e muito presente até os dias de hoje, é a primazia aos chamados “equipamentos comerciais”, que, ao moldarem o urbano a seu bel-prazer, buscam o lucro através de vendas, e são de todo insuficientes para a satisfação das necessidades humanas.

Necessário ressaltar que algumas formas da prática de zoneamento são benéficas, como situar indústrias longe de áreas residenciais. No caso, não se deve confundir o zoneamento administrativo planejado, com vistas a organizar a cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, com aquele zoneamento referido pelo autor, que constitui segregação.

Também, o que o autor chama de “equipamentos comerciais” são, de fato, imprescindíveis para o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas, para o fornecimento de bens e serviços essenciais, e, mais importante, para a garantia efetiva de direito ao trabalho. O que se deve criticar, assim, é a primazia que alguns espaços urbanos tendem a fornecer para esses elementos, em detrimento de outros (por exemplo, comprometer a mobilidade urbana com o objetivo de estruturar um centro de compras em região inadequada).

Com esses conhecimentos e observações sobre o urbano é que o autor propõe que se monte uma estratégia urbanística, sem a preocupação de isso ser ou não realizável, e os agentes dessa transformação seriam os proletários, não a burguesia – o autor aponta que a burguesia não vive na cidade, mas sim em palácios⁷⁸. No tocante à realizabilidade, mais adiante será analisado que a grande falha do neoconstitucionalismo reside nesse ponto: a criação de demasiadas promessas sem a preocupação de efetivação. Apesar de ser necessário um programa de metas – o que o Brasil já possui em termos constitucionais – é

⁷⁶ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.105.

⁷⁷ Ibidem, p.105.

⁷⁸ Ibidem, p.114,118.

igualmente essencial a criação de instrumentos e de meios de concretização para esses direitos.

No entanto, Lefebvre⁷⁹ lembra que o homem urbano é rico em necessidades que os antigos não possuíam, pois os novos produtos oriundos da industrialização geram novas necessidades: o resultado são novas pobreza. Nessa lógica, a existência de novas necessidades será perene e constante, o que de certa forma justifica a dispensa do sociólogo em preocupar-se, *a priori*, com a possibilidade de realização das promessas. Todavia, é alto o risco de interpretação perversa dessas palavras, transformando a Constituição em mera Carta de intenções, e não em documento dotado de força normativa.

Em vias de conclusão, o autor aponta que o futuro do “homem está no urbano”⁸⁰, e o direito à cidade é uma forma superior do direito de habitar e engloba direito à liberdade, direito à obra (que é o direito ao trabalho, nas palavras do autor) e o direito à apropriação. Apenas a construção de uma ciência da cidade gera mudanças, e o direito à cidade encontra-se em vias de construção⁸¹. Apesar de inseridos em um processo lento de mudanças históricas, reivindicações e eventuais retrocessos momentâneos, essas previsões estão se realizando paulatinamente. Não há dúvidas de que as críticas de Lefebvre permanecem atuais, porém, para sua subsunção tanto na realidade como no ordenamento jurídico pátrio, essas mesmas críticas devem ser lidas e relidas com concomitante observação da realidade social. Nas palavras de Rosângela Luft⁸², para que não seja importada uma doutrina estrangeira à revelia dos padrões jurídicos e éticos brasileiros, certas considerações jurídicas e sociais devem ser apresentadas. Dois exemplos já foram mencionados: os “equipamentos comerciais”, que devem existir em harmonia com os demais e não simplesmente extintos; e a técnica de zoneamento, que será benéfica para a cidade se for usada como instrumento de planejamento e de alocação adequada de certas atividades, e nunca como forma de segregar grupos determinados.

Os ensinamentos do idealizador do direito à cidade podem ser assim resumidos: a cidade é um reflexo da sociedade, e dessa forma o urbano fica condicionado, apresentando os mesmos problemas que a sociedade. A moradia

⁷⁹ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.124-125.

⁸⁰ Ibidem, p.134.

⁸¹ Ibidem, p.137.

⁸² LUFT, Rosângela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.79

digna é efetivamente um problema, conforme exposto, porém está longe de ser um problema único e isolado, e sequer é benéfico que receba esse tratamento. De nada adianta, em termos urbanísticos, uma moradia que não esteja integrada em equânime usufruto das funções da cidade. A lógica que Lefebvre adiantou encaixa-se surpreendentemente bem no histórico de instrumentos legislativos internacionais que surgiram e que vêm surgindo paulatinamente.

Portanto, o direito a cidade é um instituto em processo de construção e de aperfeiçoamento, baseado na visão pioneira de Lefebvre sobre a realidade urbana. Sua gradual construção é fenômeno internacional e nacional, dada a natural tendência do ser humano a viver em agrupamentos cada dia mais numerosos, diversificados e dotados de específicas necessidades.

2.2 SURGIMENTO DO DIREITO À CIDADE NO PLANO INTERNACIONAL

O direito à cidade não pode ser considerado uma invenção isolada de um pensador, mas sim uma síntese que se subsume numa série de processos históricos mais abrangentes que o próprio. Para que mais adiante seja possível caracterizar o direito à cidade, esmiuçando os elementos jurídicos e axiológicos que nele são sintetizados, é imprescindível uma análise histórica de qual processo o introduziu na realidade nas esferas nacional e internacional.

Antes do ingresso no histórico específico do direito à cidade, deve-se ter em mente que o surgimento de direitos a prestações positivas por parte do Estado, de uma maneira geral, é recente. Além de recente, o direito à cidade é produto de um fenômeno ainda mais amplo. O movimento chamado “constitucionalização”, responsável por limitar os poderes absolutistas dos soberanos, inicia em 1776, precedido pelas construções jusnaturalistas referentes aos “direitos do homem” – que Ingo Sarlet⁸³ denomina como a “pré-história” dos direitos fundamentais – com a notável prevalência dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão⁸⁴. Esses direitos constituíam uma defesa contra o Estado absoluto, pautados por um

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.30.

⁸⁴ Há certa divergência quanto ao uso das expressões “dimensão” ou “geração”. É preferível, aqui, o uso da primeira expressão, dado que o surgimento destes direitos é paulatino, que alguns possuem caráter múltiplo e que a expressão “geração” poderia causar a falsa impressão de que os direitos posteriores substituem os anteriores, o que não é o caso.

pensamento liberal⁸⁵ de igualdade formal, liberdade e participação política. Seu cunho “negativo” vem da ideia de que esses direitos garantiam uma esfera onde o Estado não poderia intervir.

Como resultado dessas novas liberdades, aliadas a uma era de industrialização, houve crescente desigualdade social e econômica, fazendo-se necessária uma intervenção ativa do Estado para a garantia de certas prestações positivas, tais como direito ao trabalho, à saúde, à educação e à assistência social. Os marcos de surgimento dessa segunda dimensão de direitos fundamentais no cenário internacional são as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Como terceira dimensão de direitos fundamentais aponta-se direitos de solidariedade e de fraternidade, eminentemente difusos, como o meio ambiente, o desenvolvimento, a conservação do patrimônio histórico, entre outros. Por ser uma construção mais recente, a doutrina especializada aponta que seu conteúdo poderá abranger aspectos diversos, de acordo com o desenvolvimento das tecnologias e com o grande número de tratados internacionais⁸⁶, destacando-se a diversidade.

Ingo Sarlet⁸⁷ aponta, ainda, a tendência de se reconhecer uma quarta dimensão, formulada originalmente pelo autor Paulo Bonavides, a qual perpassa a ideia de globalização dos direitos fundamentais e de democracia direta. Apesar da franca carência de positivação, um exemplo seria justamente o orçamento participativo, com a noção de participação popular diretamente no processo de tomada de decisões. Mais adiante o tema será retomado, dada sua coincidência com importantes aspectos que direito à cidade busca concretizar.

Sem esse início constitucional, jamais seria abolido o poder absoluto de monarcas e jamais se cogitaria em direito à cidade, ou mesmo à moradia. Apesar de haver impactante debate político nacional baseado em aparente antinomia entre direito a liberdades e a prestações positivas por parte do Estado, é preciso frisar que, do ponto de vista da ciência do direito, a Constituição não elege um “direito superior” aos demais. Liberdade, vida, segurança, propriedade, educação, moradia, alimentação, são todos igualmente protegidos e detêm status de direitos

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.46.

⁸⁶ Ibidem, p.49.

⁸⁷ Ibidem, p.51.

fundamentais. O constituinte originário, mesmo sendo homem comum do povo e não um técnico legislativo, não escolheu um direito como “melhor” que o outro.

Sem garantias de liberdades mínimas, nem mesmo a liberdade de pensamento, geradora dos direitos a prestações positivas por parte do Estado, seria viável (sendo que nestas se encontram boa parte dos elementos componentes do direito à cidade, como moradia, trabalho, lazer, serviços públicos e meio ambiente). Apesar de um histórico lento e conflituoso, existe uma lógica encadeada por trás da rota traçada pelos direitos fundamentais até os dias de hoje – lembrando que, no futuro, novos ainda surgirão.

Em relação ao direito à cidade propriamente dito, em que pese essa nomenclatura tenha sido idealizada por Lefebvre em 1968, já em 1948, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos previu o “direito ao alojamento” de forma tímida, junto com o direito à alimentação, abraçando a ideia de direitos fundamentais prestacionais (de segunda geração), sob o dever do Estado. Ausentes, portanto, qualquer noção de adequação da habitação e de integração com os equipamentos urbanos da cidade, nos termos em que Henri Lefebvre relata: usa-se politicamente a promessa de casas, e, em realidade, muitas dessas promessas transformam-se em expulsão (o que não foi diferente no plano nacional, conforme se verá).

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, artigo 11, previu expressamente “direito à moradia”. Inobstante a ausência de menções qualitativas a essas moradias, trata-se de direito mais avançado que o anterior “alojamento”. Ao menos o uso da expressão moradia traz a ideia de permanência no tempo e de habitat, que, conseqüentemente, comporá o debate futuro sobre as condições de morada. A expressão “alojamento” é de todo inadequada, pois leva à ideia de que ao ser humano bastaria estar “guardado” sob um teto – ou mesmo nos “pavilhões” utilizados na França no século XIX para acomodações em massa da população carente.

Os comentários gerais números 4 e 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ECOSOC) da ONU trataram, respectivamente, em 1991, do direito à moradia; e, em 1997, das expulsões forçadas como forma de violação de direitos humanos. Desde já se percebe a série de sobreposições que a casuística pode trazer nessa seara jurídica, pois é possível que, a um só tempo, ocorram violações ao direito à moradia, à liberdade e ao direito à cidade.

O avanço gerado pelo comentário geral número 4, consoante o processo de lógica aqui exposto, abre o debate internacional sobre o que constitui uma moradia digna – e parece inexorável que esse debate levará às raias do direito à cidade, como ocorre na futura Agenda Habitat. Para fins de análise do processo de construção do direito à cidade, destaca-se o seguinte trecho do referido comentário:

As noted above, the right to adequate housing cannot be viewed in isolation from other human rights contained in the two International Covenants and other applicable international instruments. Reference has already been made in this regard to the concept of human dignity and the principle of non-discrimination. In addition, the full enjoyment of other rights - such as the right to freedom of expression, the right to freedom of association (such as for tenants and other community-based groups), the right to freedom of residence and the right to participate in public decision-making - is indispensable if the right to adequate housing is to be realized and maintained by all groups in society. Similarly, the right not to be subjected to arbitrary or unlawful interference with one's privacy, family, home or correspondence constitutes a very important dimension in defining the right to adequate housing⁸⁸.

Na exposição de razões do referido comentário, a ONU relata que, ao observar o cumprimento mundial dos direitos humanos prometidos na Convenção, foi detectado que muitas das casas fornecidas para moradia não apresentavam mínimas condições de habitabilidade, sendo tão somente utilizadas para que alguns Estados aleguem o cumprimento do direito humano – sem, no entanto, realizar efetivos investimentos para tanto. Sendo inadmissível um cumprimento meramente formal do tratado, o comentário foi editado para guiar a própria fiscalização do cumprimento do direito humano à moradia.

São sete os requisitos para que, perante a comunidade internacional, a moradia seja considerada adequada, segundo o referido comentário: segurança legal da propriedade, disponibilidade de serviço e infraestrutura, custo acessível,

⁸⁸ Em tradução livre: “Conforme mencionado acima, o direito a uma habitação adequada não pode ser visto isoladamente de outros direitos humanos contidos nas duas Convenções Internacionais e outros instrumentos internacionais aplicáveis. Referência já foi feita a este respeito ao conceito de dignidade humana e ao princípio da não-discriminação. Além do que o pleno gozo de outros direitos - como o direito à liberdade de expressão, a direito à liberdade de associação (como para inquilinos e outros grupos), o direito à liberdade de residência e o direito de participar em público tomada de decisão - é indispensável para se realizar o direito à habitação adequada e mantido por todos os grupos da sociedade. Da mesma forma, o direito de não ser submetido a interferência arbitrária ou ilegal com a privacidade, família, domicílio ou correspondência de alguém constitui uma dimensão muito importante na definição do direito a uma habitação adequada”. (UNITED NATIONS. Office of High Commissioner for Human Rights. **CESCR General Comment Nº 4**: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant). Adopted at the Six Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

habitabilidade, acessibilidade, local adequado e adequação cultural. Apesar de serem requisitos bastante claros, o comentário geral 4 apresenta detalhes de cada um deles, a fim de que os Estados participantes do Pacto de direitos sociais e econômicos gerem o devido cumprimento. Para evitar ainda mais o descumprimento do Pacto, a seguinte disposição aparece ao artigo número 10:

Regardless of the state of development of any country, there are certain steps which must be taken immediately. As recognized in the Global Strategy for Shelter and in other international analyses, many of the measures required to promote the right to housing would only require the abstention by the Government from certain practices and a commitment to facilitating “self-help” by affected groups. To the extent that any such steps are considered to be beyond the maximum resources available to a State party, it is appropriate that a request be made as soon as possible for international cooperation in accordance with articles 11, 22 and 23 of the Covenant, and that the Committee be informed thereof⁸⁹.

Já foi citado o entendimento teorizado por Ingo Wolfgang Sarlet na seguinte passagem, “como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações)”⁹⁰. A posição apresentada apela ONU demonstra perfeitamente o aspecto da moradia como direito de defesa, ou seja, em certos aspectos não se requer investimentos especiais e dispendiosos para que o Estado proveja moradias adequadas, bastando que se abstenha de certas condutas.

Dentre estas condutas positivas de que se quer proteger os cidadãos contra ação opressiva do Estado (lembrando que Henri Lefebvre mencionava que os fatores de poder da sociedade frequentemente se uniam para promover segregação e exploração), a mais grave é, sem dúvida, a expulsão forçada. Não sendo suficiente essa passagem do Comentário Geral nº 4, de 1991, seis anos depois, foi editado o

⁸⁹ Em tradução livre: “Independentemente do estado de desenvolvimento de qualquer país, existem certas medidas que devem ser tomadas imediatamente. Conforme reconhecido na Estratégia Global de Abrigo e em outras análises internacionais, muitas das medidas necessárias para promover o direito à habitação só exigem a abstenção pelo Governo de certas práticas e um compromisso de facilitar a “auto-ajuda” por parte dos grupos afetados. Na medida em que tais medidas sejam consideradas além dos recursos máximos disponíveis para um Estado Parte, é apropriado que um pedido seja feito o mais rápido possível para cooperação internacional de acordo com os artigos 11, 22 e 23 do Pacto, e que o Comitê seja informado disso”. (UNITED NATIONS. Office of High Commissioner for Human Rights. **CESCR General Comment Nº 4: The right to adequate housing** (art. 11 (1) of the Covenant). Adopted at the Six Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.1168.

Comentário Geral nº 7 que trata especificamente das expulsões forçadas. Sobre o tema dessas expulsões, inclusive, o autor americano David Harvey ressalta que algumas chegam a escala dos milhões de pessoas, forçadamente retiradas de seus lares, como foi o caso da China⁹¹.

O Comentário nº 7, primeiro, expõe a dificuldade de se nomear propriamente as expulsões, porque mesmo forçadas podem ser necessárias ou legais, e, segundo, em estabelecer parâmetros seguros. O item 12 do comentário categoriza como violadoras de direitos humanos as expulsões usadas como forma de punição. Se imprescindível para a segurança dos ocupantes, as expulsões devem acarretar compensação financeira adequada e a garantia de moradia em outra localidade (itens 13 e 14). Por óbvio, expulsões em massa resultantes de conflitos armados são violação dos direitos humanos estabelecidos no Pacto de 1966 (item 6).

Para estabelecer proteção contra remoções forçadas, o Comentário Geral nº 7 sugere um procedimento – essa mesma lógica procedimental para a proteção de direitos fundamentais será novamente abordada nesta pesquisa, em vistas à concretização do direito à cidade, pois sua mera previsão política, desprovida de ferramentas legislativas e administrativas de eficácia não basta – nos seguintes termos:

15. Appropriate procedural protection and due process are essential aspects of all human rights but are especially pertinent in relation to a matter such as forced evictions which directly invokes a large number of the rights recognized in both the International Covenants on Human Rights. The Committee considers that the procedural protections which should be applied in relation to forced evictions include: (a) an opportunity for genuine consultation with those affected; (b) adequate and reasonable notice for all affected persons prior to the scheduled date of eviction; (c) information on the proposed evictions, and, where applicable, on the alternative purpose for which the land or housing is to be used, to be made available in reasonable time to all those affected; (d) especially where groups of people are involved, government officials or their representatives to be present during an eviction; (e) all persons carrying out the eviction to be properly identified; (f) evictions not to take place in particularly bad weather or at night unless the affected persons consent otherwise; (g) provision of legal remedies; and (h) provision, where possible, of legal aid to persons who are in need of it to seek redress from the courts⁹².

⁹¹ HARVEY, David. **Rebel Cities**: from the right to the city to the urban revolution. Londres: Verso, 2012. p.57.

⁹² Em tradução livre: “A proteção procedimental adequada e o devido processo legal são aspectos essenciais de todos os direitos humanos, mas são especialmente pertinentes em relação a uma questão como os despejos forçados que invocam diretamente um grande número de direitos reconhecidos nas Convenções Internacionais dos Direitos Humanos. O Comitê considera que as proteções processuais que devem ser aplicadas em relação aos despejos forçados incluem: (a) uma oportunidade para uma consulta genuína com os afetados; (b) aviso adequado e razoável

Apesar dos parâmetros da ONU serem muito referenciados em situações de guerra e expulsões em massa, a realidade brasileira é capaz de fornecer exemplos. De maneira mais surpreendente, inclusive, Raquel Rolnik⁹³ relata o uso do Programa Minha Casa minha Vida, inicialmente idealizado para regularização fundiária de assentamentos consolidados de população de baixa renda, como ferramenta de expulsão no Rio de Janeiro, como preparação para as Olimpíadas. Relata a autora que, sem notificações prévias e nem indenizações o suficiente, cerca de 67 mil pessoas foram realocadas para locais mais de 25 km distantes de suas residências, com pleno uso de força policial⁹⁴.

As duas primeiras Agendas Habitat, em 1976 e 1996, debateram propostas para aprimoramento da urbanização mundial. A Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, de 1996, que derivada da segunda Agenda, reconheceu a urgência do problema e propôs cooperação internacional em busca de, gradualmente, garantir moradia digna a todos os seres humanos. Entretanto, a referida declaração não teve caráter eminentemente obrigatório, conforme observa-se em seu ponto 8:

8. Nós reafirmamos nosso compromisso com a total e progressiva realização do direito a moradias adequadas, conforme estabelecido em instrumentos internacionais. Com essa finalidade, deveremos procurar a participação dos nossos parceiros públicos, privados e não-governamentais, em todos os níveis, para a garantia legal de posse, proteção contra discriminação e igual acesso a moradias adequadas, a custos acessíveis, para todas as pessoas e suas famílias⁹⁵.

para todas as pessoas afetadas antes da data programada de despejo; (c) informações sobre os desalojamentos propostos e, se for caso disso, sobre o propósito alternativo para o qual a terra ou habitação deve ser utilizada, seja disponibilizada em tempo razoável a todos os afetados; (d) especialmente onde grupos de pessoas estão envolvidos, funcionários do governo ou seus representantes presentes durante um despejo; (e) todas as pessoas que realizam o despejo para serem devidamente identificadas; (f) desalojamentos que não ocorram em condições particularmente ruins ou à noite, a menos que as pessoas afetadas consentem o contrário; (g) prestação de recursos legais; e (h) providenciar, sempre que possível, a assistência judiciária a pessoas que o necessitem para solicitar reparação judicial". (UNITED NATIONS. Office of High Commissioner for Human Rights. **CESCR General Comment N° 4: The right to adequate housing** (art. 11 (1) of the Covenant). Adopted at the Six Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

⁹³ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015. p.364.

⁹⁴ Ibidem, p.365.

⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos**. Conferência sobre Assentamentos Urbanos, Istambul, 3 e 14 de junho de 1996. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

O mencionado caráter “progressivo” apresenta um problema comum no neoconstitucionalismo, que é, basicamente, as promessas vagas. Há hipertrofia jurídica de caráter fundamental, sem que o Estado disponha de meios para efetuar tudo a que se obriga⁹⁶. Alguns autores, como Uadi Bulos, apontam para um novo constitucionalismo, que seja dotado de verdade, continuidade e participatividade, a fim de que o Estado não dissimule a ineficiência administrativa com promessas⁹⁷.

A terceira Agenda Habitat, realizada em 2016, consolidou diversas propostas, tais como o reconhecimento de espaços verdes como geradores de valorização imobiliária, usar crescimento econômico como estratégia urbanística, encorajar a integração da cidade (ou seja, evitar zonas segregadas), financiamento de infraestrutura como um dos maiores desafios e garantir uma cidade para todos. Após votação, foi aprovada a Nova Agenda Urbana, a qual reconhece o progresso feito desde o primeiro encontro em Vancouver em 1976, bem como os novos desafios que se colocam, buscando integração com os planos da Agenda de Desenvolvimento Sustentável de 2030. Para a garantia das presentes e futuras gerações, mais do que nunca, se faz necessário consolidar um crescimento urbano sustentável, dado que a população mundial tende a dobrar até 2050.

Após o reconhecimento dessas metas importantes, e do trabalho até então realizado, o texto é expresso, logo ao seu ponto número 11, em adotar o direito à cidade, *in verbis*:

11. We share a vision of cities for all, referring to the equal use and enjoyment of cities and human settlements, seeking to promote inclusivity and ensure that all inhabitants, of present and future generations, without discrimination of any kind, are able to inhabit and produce just, safe, healthy, accessible, affordable, resilient, and sustainable cities and human settlements, to foster prosperity and quality of life for all. We note the efforts of some national and local governments to enshrine this vision, referred to as right to the city, in their legislations, political declarations and charters⁹⁸. (grifo nosso).

⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.97.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Tradução livre: “compartilhamos a visão de cidades para todos, referindo ao equânime uso e desfrute de cidades e de assentamentos humanos, buscando promover inclusão e garantindo que todos os habitantes, de presentes e futuras gerações, sem qualquer discriminação, consigam habitar e produzir justas, seguras, saudáveis, acessíveis, custeáveis, resistentes e sustentáveis cidades e assentamentos humanos, para nutrir prosperidade e qualidade de vida para todos. Tomamos nota dos esforços de alguns governos nacionais e locais para consagrar esta visão, referida como direito à cidade, em suas legislações, declarações políticas e planos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Habitat III Conference**. Quito, 2016. Disponível em: <<https://www2.habitat3.org>>. Acesso em: 10 mar. 2017).

Apesar de não ostentar caráter impositivo, as conferências Habitat formam importantes parâmetros internacionais daquilo que se considera adequado em termos de direitos, inseridos em um cenário global, bem como fornecendo bases para futuros tratados. O nascimento da ONU, ademais, remonta a uma necessidade premente e constante de comum união entre entes federados soberanos para objetivos comuns e para que, sem renunciar tal soberania, passem a existir formas de negociação e de *standards* globais em diversos direitos – com destaque para o meio ambiente sustentável e para a paz. Assim, a partir do momento em que organizações internacionais estabelecem padrões mínimos para moradia e convivência digna na cidade, cria-se uma forte ferramenta de pressão interna e externa frente aos Estados soberanos. Sob um ponto de vista histórico, raramente os direitos surgem unicamente de uma livre e benévola atitude dos detentores do poder político. Mesmo o início dos direitos fundamentais, voltados à liberdade e à igualdade formal, foi fruto de pressão política e de exigências constantes.

No âmbito constitucional, todavia, o único país que apresenta expressa menção ao direito à cidade é o Equador. Sua Constituição analítica e recente, fruto do referendo constitucional de 2007, em vigência desde 2008, possui a seguinte redação do artigo 31:

Art. 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.⁹⁹

O notável vanguardismo da Constituição Equatoriana encontra-se em perfeita sintonia com os instrumentos internacionais já consagrados, e segue a contínua lógica de avanço no processo de construção do direito à cidade. A realidade urbana, por si, criará condições inegavelmente apropriadas para o surgimento desse direito, porém sua positivação em seara constitucional é forte garantia para seja respeitado

⁹⁹ Tradução livre: “Art. 31 – As pessoas têm direito ao desfrute pleno da cidade e de seus espaços públicos, sob os princípios da sustentabilidade, justiça social, respeito às diferentes culturas urbanas e equilíbrio entre o urbano e o rural. O exercício do direito à cidade se baseia na gestão democrática desta e na função social e ambiental da propriedade e da cidade, e no exercício pleno da cidadania”. (ECUADOR. Constitución (2008). **Constitución de La Republica del Ecuador**. Quito, 20 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortallInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017).

pelos poderes estatais. Apesar de o Brasil não contar com similar posituação constitucional, o ordenamento jurídico pátrio apresenta seu próprio processo construtivo desse direito, que deverá ser explorado.

2.3 SURGIMENTO DO DIREITO À CIDADE NO PLANO NACIONAL

Marcelo Benacchio¹⁰⁰ explica que o problema urbanístico brasileiro remonta às capitanias hereditárias, passando por um regime escravocrata, pela Lei de Terras de 1850, até a intensificação da migração, todas tendentes a formação de habitações incipientes e irregulares – sendo proposital, para fins de colonização e interiorização, a rápida ocupação do território sem o necessário preparo. Edésio Fernandes¹⁰¹ sintetiza com precisão o problema:

Todos os números e estatísticas existentes indicam, claramente, a escala e natureza complexa do processo de urbanização no Brasil, amplamente discutido há décadas na literatura acadêmica interdisciplinar. Em suma, a rápida urbanização gerou e continua gerando uma profunda crise urbana caracterizada pela combinação de segregação socioespacial, déficit habitacional, impactos ambientais e acesso informal à terra urbana e à moradia. A despeito da longa tradição de centralização política, jurídica e financeira durante a maior parte do processo de urbanização, antes da criação do Ministério das Cidades, a falta de respostas governamentais adequadas na esfera federal — incluindo a natureza elitista e tecnocrática da limitada intervenção governamental então existente — foi um dos principais fatores que determinaram a natureza excludente do processo de desenvolvimento fundiário e urbano do País. Isso foi agravado ainda mais pelas condições de exclusão política que resultaram do sistema jurídico em vigor até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o qual não apenas comprometeu as competências jurídico-políticas dos governos municipais e estaduais, como também afetou a qualidade política do sistema de representação democrática em todos os níveis governamentais.

No Brasil, como bem sistematiza Vicente de Abreu Amadei¹⁰², o processo e a ideologia predominantes não divergem desse panorama internacional – por “ideologia” entenda-se o direcionamento de políticas públicas que se buscaram executar. A nível social e organizacional, a expansão das cidades como habitat humano por excelência, previsto por Henri Lefebvre, invariavelmente levará a uma mudança na forma e no conteúdo das normas vigentes. Na década de 1960,

¹⁰⁰ NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.60.

¹⁰¹ FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. **Pulic Completa**, p. 55-70, 31 nov. 2010. Disponível em: <https://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CA_Images/CityStatuteofBrazil_Port_Ch4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰² NALINI; LEVY, op. cit., p.416.

marcada pela Lei 4.380/64 (Lei do Sistema Financeiro de Habitação), a preocupação central era garantir acesso a moradias individuais, através de financiamentos com condições especiais – discutido em muitas ações judiciais coletivas que pendem até hoje, dada a grave crise econômica que seguidamente se instalou.

Saliente-se que essa estratégia de financeirização, dado o atual sistema capitalista de mercado imobiliário, nunca terminou, e sua contínua relação com o urbano é analisada com a devida profundidade por Raquel Rolnik¹⁰³. Por mais difíceis que sejam as mudanças sistemáticas em um nível nacional, no entanto, há constante valorização do urbano por parte da doutrina e, paulatinamente, dos instrumentos legislativos.

Tal valorização do urbano, superando a preocupação única por moradias, iniciou-se na década de 1970. Vicente Amadei aponta como marco de valorização das políticas urbanas a Lei de Parcelamento do Solo urbano (Lei 6.766/79), conhecida como Lei Lehmann (em homenagem ao falecido senador Otto Cyrillo Lehmann). É sucessora do Decreto-Lei 58/1937, o qual se dedicava quase exclusivamente a proteger os adquirentes de lotes. A nova lei preocupou-se com os requisitos urbanísticos do solo, definiu equipamentos urbanos e equipamentos comunitários como parte da infraestrutura esperada em solo urbano:

Art. 2º [...]

§ 5º A infra-estrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

[...]

Art. 4º [...]

§ 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.¹⁰⁴

Carlos Magno Miqueri da Costa¹⁰⁵ realizou denso estudo comparado acerca do direito urbanístico de Portugal e suas impactantes influências no ordenamento jurídico brasileiro. À semelhança do que ocorre de maneira geral, o período absolutista português não apresentou preocupações urbanísticas, prevalecendo uma liberdade de edificação, apenas em 1864 surgem planos urbanos de melhoramentos

¹⁰³ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

¹⁰⁵ COSTA, Carlos Magno Miqueri da. **Direito Urbanístico comparado: planejamento urbano – das constituições aos tribunais luso-brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2009. p.69.

de construções. Todavia, uma efetiva norma urbana, dispendo sobre loteamentos, surge apenas em novembro de 1965, com o fim de evitar que loteadores concretizassem parcelamentos sem promoção de melhorias de equipamentos urbanos - controles e licenciamentos a serem efetivados pelas chamadas câmaras municipais¹⁰⁶. É visível o paralelo que se pode traçar com a história das cidades do Brasil: inicialmente, com interesse apenas em se povoar o território, não há qualquer preocupação urbanística. Quando a ocupação cresce e problemas de ordem urbana surgem, em especial com loteamentos clandestinos, busca-se uma regulação (em período próximo, editando-se leis sobre loteamentos nos anos sessenta em Portugal e nos anos setenta no Brasil).

A Lei de Parcelamento valorizou e traçou parâmetros para a urbanização, o que ainda será abordado com mais detalhes. Concomitantemente, porém, tornou o processo de parcelamento mais dispendioso e demorado, o que inevitavelmente levou a irregularidades urbanas. Edésio Fernandes¹⁰⁷ igualmente se pronuncia sobre esse fenômeno:

De fato, algo significativo está acontecendo desde o final da década de 1970. Basta ver a lista crescente de leis federais sobre matérias de desenvolvimento territorial, planejamento e gestão urbana:
 Nº 6.766/1979 – Parcelamento do Solo Urbano
 Nº 7.347/1985 – Ação Civil Pública
 CF de 1988: arts. 182 e 183: Política Urbana
 Nº9.790/1999 – OSCIPs
 Emenda Constitucional nº 26/2000: Direito de moradia
 Nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade
 MP nº 2220/2001 – Concessão de uso para fins de moradia
 Nº 11.079/2004 – PPPs
 Nº 10.931/2004 – Crédito e registro imobiliário
 Nº 11.107/2005 – Consórcios Públicos
 Nº 11.124/2005 – FNHIS
 Nº 11.445/2007 – Saneamento
 Nº 11.481/2007 – Terras da União
 Nº 11.977/2009 – PMCMV e regularização fundiária
 Nº 11.952/2009 – Amazônia Legal
 Nº 12.035/2010 – Resíduos Sólidos.

Não se pode ofuscar um importante ponto de destaque do direito urbanístico brasileiro, que é a Constituição Federal de 1988. A força normativa mais intensa para condicionamento das políticas públicas, da legislação e da jurisprudência

¹⁰⁶ COSTA, Carlos Magno Miqueri da. **Direito Urbanístico comparado: planejamento urbano – das constituições aos tribunais luso-brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2009. p.70.

¹⁰⁷ RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira (coord.). **Direito à cidade moradia e equilíbrio ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.9-10.

encontra-se concentrada nos artigos 182 e 183 da CF – os quais são demonstrações da importância da participação popular e de organizações da sociedade civil na busca constante por melhorias. Nos debates para a criação da Constituição Federal de 1988, com os trabalhos do Movimento Nacional de Reforma Urbana para inclusão de emendas populares, como ensina Betânia Alfonsin¹⁰⁸, foram incluídos, pela primeira vez em uma Constituição brasileira, artigos referentes às políticas urbanas, numerados 182 e 183. Positiva-se, em seara constitucional, a função social das cidades, a garantia de bem-estar de seus habitantes, a importância do plano diretor para a ordenação do solo urbano, e até mesmo a usucapião especial urbana. Nas palavras da autora:

Sem dúvida, é no capítulo “Da Política Urbana” da Constituição Federal, portanto, que localizamos a introdução ao direito à cidade como um novo direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Embora, curiosamente, a Constituição Federal não tenha utilizado a expressão “direito à cidade”, que viria a ser mencionada pela primeira vez de forma expressa apenas no Estatuto da Cidade, 13 anos depois de promulgada a Constituição Federal, a hermenêutica do texto constitucional nos autoriza a chegar à conclusão de que esse direito coletivo à cidade sustentável tem o seu nascedouro no artigo 182 da Carta Magna¹⁰⁹.

David Harvey¹¹⁰ também considera que a Constituição Federal brasileira já contém o direito à cidade, e cita como seu principal aspecto a gestão participativa no orçamento da cidade. Todavia, esse não pode ser considerado o “fim da história” do processo de construção nacional do direito à cidade. Primeiro, porque doutrina, jurisprudência e políticas públicas ainda focam esforços unicamente na singular questão da moradia; segundo, porque a expressa menção ao direito à cidade, a fim de espancar quaisquer dúvidas gramaticais e hermenêuticas sobre sua existência, vem ocorrer apenas mais de uma década após a promulgação da Constituição Cidadã.

¹⁰⁸ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil:** natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012. p.323.

¹⁰⁹ Ibidem, p.324.

¹¹⁰ HARVEY, David. **Rebel Cities:** from the right to the city to the urban revolution. Londres: Verso, 2012. p.13.

O já citado constitucionalista José Afonso da Silva¹¹¹, exemplificando o entendimento da maioria da doutrina, confere focalizada importância ao direito à moradia, relatando que o mesmo já era previsão originária da Constituição Federal de 1988, pois, em seu artigo 23, estabelecia ser competência comum dos entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento. Apesar de não referir expressamente um direito à cidade, seus ensinamentos reconhecem, no mínimo, a conexão necessária entre uma moradia e o urbano para atingirem plenitude. O autor relata que a urbanização é inerentemente problemática, enquanto a solução reside na busca pela urbanificação:

Emprega-se o termo urbanização para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. [...] A urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico. Modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana. A solução desses problemas obtém-se pela intervenção do Poder Público, que procura transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas. Dá-se, então, a urbanificação, processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a reurbanização, ou na criação artificial de núcleos urbanos, como as cidades novas da Grã-Bretanha ou Brasília. O termo "urbanificação" foi cunhado por Gaston Bardet para designar a aplicação dos princípios do urbanismo, advertindo que a urbanização é o mal, a urbanificação é o remédio¹¹².

Ingo Wolfgang Sarlet¹¹³, consagrado autor no tocante a direitos fundamentais e moradia, considera que a Constituição Federal silencia acerca da qualidade da moradia:

Se o texto constitucional não traz parâmetros explícitos quanto à definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre registrar o esforço legislativo e jurisprudencial no sentido recepcionar e, em alguns casos, adequar ao contexto interno, os critérios materiais desenvolvidos no âmbito do sistema internacional, como são exemplo a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de infra-estrutura básica capaz de assegurar condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a serviços essenciais e o respeito às peculiaridades locais, inclusive em termos de identidade e diversidade cultural da população, como propõem os órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU). De qualquer sorte, a definição do conteúdo concreto do direito à moradia não poderá prescindir da relação estreita com o

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p.318.

¹¹² *Ibidem*, p.27.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.587-588.

princípio da dignidade humana e com a garantia de padrões qualitativos mínimos a uma vida saudável.

O legislador pátrio, no entanto, apenas positivou a expressão “direito à cidade”, *ipsis litteris*, com a promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, que veio regulamentar os supracitados artigos constitucionais. A Lei, considerada norma geral do direito urbanístico no Brasil, trouxe inúmeras inovações instrumentais e principiológicas buscando regulamentar o desenvolvimento das cidades, com notável consciência ambiental e primando pelo planejamento como forma de desenvolvimento do solo urbano. Edésio Fernandes¹¹⁴ explica claramente a importância do Estatuto:

Lei Federal de Política Urbana – o Estatuto da Cidade – foi aprovada em 2001 depois de doze anos de intensas discussões e negociações no Congresso Nacional. Desde então, a lei tem sido aclamada internacionalmente, a ponto de o Brasil ter sido inscrito no Rol de Honra da ONU (UN-HABITAT) em 2006 tão somente por tê-la aprovado. Abertamente invejado por formuladores de políticas públicas e gestores urbanos de diversos países, o Estatuto da Cidade tem sido repetidamente promovido pela importante iniciativa internacional Aliança das Cidades/ Cities Alliance como sendo o marco regulatório mais adequado para oferecer bases jurídicas sólidas para as estratégias governamentais e sociopolíticas comprometidas com a promoção da reforma urbana. [...] A aprovação da lei federal em 2001 foi em grande medida resultado de um amplo processo nacional de mobilização sociopolítica clamando pela promoção de reforma urbana no Brasil. O Estatuto da Cidade regulamentou o capítulo original sobre política urbana que tinha sido aprovado pela Constituição Federal de 1988, capítulo esse que também tinha sido precedido por uma mobilização sociopolítica sem precedentes, e que se manifestou especialmente por meio da Emenda Popular pela Reforma Urbana.

Existe um marco legislativo com foco em grandes aglomerações urbanas, datado de janeiro de 2015, que é o Estatuto da Metrópole, Lei 13.089/2015. É uma norma geral que traça parâmetros para o planejamento das grandes aglomerações, nas quais, muitas vezes, os limites municipais se perdem em meio à expansão.

Em 2005, após debates iniciados em 2001 pela ONG FASE, na VI Conferência Brasileira de Direitos Humanos¹¹⁵, foi discutida e elaborada a Carta Mundial do Direito à Cidade. A Carta elenca diversos aspectos do direito à cidade, que serão em tempo analisados, e reconhece a necessidade de implementação do

¹¹⁴ FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade, mas de 10 anos depois: razão de descrença, razão de otimismo? **Revista UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 212-213, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/20/10-estatuto_da_cidade_edesio_fernandes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹¹⁵ ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (coord.). **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.193.

ideal de sustentabilidade urbana, de acesso equânime aos bens comuns do espaço público na cidade e enfoque na melhoria da qualidade de vida geral, diante do cenário de desigualdade social e econômica presentes hoje nos centros urbanos.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70059981126¹¹⁶) há brilhante exemplo de precedente que, atento a todo o histórico de ocupação e segregação nas cidades brasileiras, julgou favoravelmente à usucapião urbana coletiva como forma de regularização da Vila Operária, ação que tramitou durante décadas e afetou milhares de pessoas. Julgada procedente em primeiro grau, o Ministério Público ofereceu recurso alegando que as milhares de pessoas afetadas pela ocupação não faziam jus à usucapião urbana coletiva, devendo perseguir individualmente seus direitos através de ações de usucapião urbana individuais. Merece transcrição trecho do voto do Desembargador Relator Carlos Cini Marchionatti, utilizando o histórico da formação urbana brasileira como parte da *ratio decidendi* do acórdão:

O modelo de desenvolvimento urbano adotado no Brasil no período de expansão social-territorial foi pautado pela exclusão de pessoas pobres do acesso às condições básicas de urbanidade. Esse modelo, além de excludente, mostrou-se altamente concentrador, formando um panorama em que “60% da população urbana vive hoje em 224 municípios com mais de 100 mil habitantes, dos quais 94 pertencem a aglomerados urbanos e regiões metropolitanas com mais de um milhão de habitantes”, conforme afirma a Relatora Especial da ONU para o Direito à Moradia Adequada, Raquel Rolnik (2008).

O vertiginoso crescimento da urbanização no Brasil marcado pela exclusão social e pela segregação espacial fez com que se verificasse a chamada urbanização da pobreza (Edésio Fernandes, “*A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*”. In. Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin, “*Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais*”, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4), processo que tem causado impactos socioambientais

¹¹⁶ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVO. ESTATUTO DA CIDADE. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. URBANIZAÇÃO DE GLEBA IRREGULAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REQUISITOS DO USUCAPIÃO COLETIVO. O requerimento do usucapião coletivo é pedido juridicamente possível, especialmente regulado em lei, e a petição inicial atende os requisitos previstos no Estatuto da Cidade. A situação de ter três posses com características diferenciadas, dentro do todo que forma o objeto do usucapião coletivo, não descaracteriza a situação propícia ao usucapião especial coletivo. A comunidade organizada, sem a oposição do proprietário, pode requerer usucapião coletivo, identificando da maneira possível a posse de cada possuidor, em situação em que os usucapiantes estão de acordo com o estabelecimento de frações ideais diferenciadas em consonância com as características e dimensões do lote de terreno que ocupam. O usucapião coletivo tem como uma das suas finalidades a urbanização da gleba a partir do registro da sentença no Registro de Imóveis. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70059981126**, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 27/08/2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70059981126&ano=2014&codigo=1333736>. Acesso em: 10 out. 2017).

equiparáveis às consequências dos grandes desastres naturais. Edésio Fernandes (Op. Cit.) traz como resultado da urbanização da pobreza:

[...] de acordo com dados recentes de diversas fontes, 26 milhões dos brasileiros que vivem em áreas urbanas não têm água em casa; 14 milhões não são atendidos por sistema de coleta de lixo; 83 milhões não estão conectados a sistema de saneamento; e 70% do esgoto coletado não é tratado, mas jogado em estado bruto na natureza. Mais de 50 milhões de brasileiros têm andado da casa para o trabalho, por não poderem arcar com os custos do deslocamento por transporte coletivo; um percentual crescente de pessoas tem dormido na rua, mesmo tendo casas, para não terem que arcar seja com os custos do transporte, seja com o longo tempo de deslocamento até o trabalho e o risco de demissão no caso de atraso. O déficit habitacional em áreas urbanas foi recentemente estimado em 7,2 milhões de unidades no país, sendo que o número de imóveis vazios nessas áreas foi calculado em cerca de 5 milhões de unidades. Em suma, o país está enfrentando uma profunda, e crescente, crise urbana.

Um dos principais aspectos dessa crise urbana reside na informalidade do acesso ao uso e à produção do solo e da moradia nas cidades, apontando-se que a taxa de crescimento da informalidade tende a ser superior até mesmo à taxa de crescimento da pobreza. Instaura-se, portanto, uma lógica do caos (cf. Ermínia Maricato, “As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias – Planejamento urbano no Brasil”. In: Otília Beatriz Fiori Arantes; Ermínia Maricato; Carlos B. Vainer, “A cidade do pensamento único: desmanchando consensos”, 7ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, pp. 121-192), na medida em que às maiorias sobram apenas as terras que a legislação urbanística ou ambiental vetou para a construção ou não disponibilizou para o mercado formal, ou os espaços precários das periferias. Com isso, instaurou-se também um contingente vasto de assentamentos irregulares nas cidades, formando uma zona de ilegalidade habitacional em paralelo à legalidade urbanística.

Dessa forma, o direito à cidade desponta como um dos direitos humanos mais negligenciados pelo Estado: o direito de ir e vir, de melhorar e de construir de forma participativa o espaço urbano e as garantias de acesso igualitário e democrático aos bens culturais, econômicos e sociais da cidade. Nesse contexto é que se opera a legitimidade e a aplicação fundamental da Lei nº. 10.257/01, mais conhecida como Estatuto da Cidade.¹¹⁷

Apesar da importância do estudo do positivismo dogmático para o estabelecimento de terminologias e bases teóricas comuns à ciência jurídica, o Direito não consiste em fórmulas legislativas, mas sim em uma ferramenta de organização da sociedade e, assim como o urbano, dela não se dissocia. Uma numerosa ocupação não surgiu ali por força do acaso, mas foi fruto de uma série de fatores políticos, sociais e econômicos geradores de determinada situação fática, e qualquer decisão judicial que afete o direito à cidade de tantos deve levar em

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70059981126**, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 27/08/2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70059981126&ano=2014&codigo=1333736>. Acesso em: 10 out. 2017.

consideração tantos elementos quantos necessários para a concretização da justiça. No caso, a interpretação histórica foi aplicada corretamente para fins de embasar o uso de um importante instrumento, previsto no Estatuto da Cidade, para regulação da ordem urbanística em grande escala.

A breve demonstração desse histórico deixa claro, que apesar da consolidação da fundamentalidade do direito à moradia ser de suma importância como direito social, as moradias isoladamente consideradas, bem como as propriedades individuais (mesmo que funcionalizadas), não são o suficiente para desenvolver, em uma cidade, a noção de urbano. O urbano é essencialmente integrado e conectado por uma série de sistemas, que vão desde o transporte até a própria convivência social. Resta claro que Lefebvre, desde 1968, estava correto em apontar para necessidade de um direito à cidade.

Pode-se dizer, sob esse ponto de vista histórico, após análise das sucessivas criações jurídicas, que o surgimento de um direito à cidade é a próxima etapa do direito urbanístico. Haverá não apenas a consagração do direito à moradia, ao meio ambiente e ao desenvolvimento, mas de todos esses de forma conjunta, integrada e planejada. Apesar de a colisão ser inerente aos princípios – conforme ainda se verá na análise normativa do direito à cidade – é no direito à cidade que se buscará harmonia e diálogo entre esses postulados, de maneira que seja dada máxima efetividade a todos eles.

A exposição desse histórico nacional acerca do direito urbanístico, ao contrário do que se disse sobre o Equador no capítulo anterior, não terminou com a positivação constitucional expressa do direito à cidade, permanecendo esse no campo das futuras reivindicações. Todavia, é plausível a hipótese (também aceita pela doutrina e pela jurisprudência especializadas, adianta-se) de que o Brasil já alcançou juridicamente esse *status*, ainda que ausente a positivação expressa na Carta Política. A explanação dessa hipótese demandará análise jurídica mais profunda, interpretando-se sistematicamente dispositivos constitucionais, o artigo segundo do Estatuto da Cidade, bem como a teoria geral dos direitos fundamentais.

2.4 INERÊNCIA DO DIREITO À CIDADE AO URBANO

Henri Lefebvre¹¹⁸ mencionou que é “perigoso” buscar diferenciar o urbano e a cidade, dada sua conexão próxima, a ponto de serem sinônimos. Lúcia Valle Figueiredo¹¹⁹ explica que o próprio conceito de urbanismo vem da palavra *urbs*, que significa cidade. Um consectário lógico oriundo da soma dos ensinamentos de Lefebvre e dos elementos integrantes direito à cidade, aliado ao histórico do processo de formação das cidades, é a de que existirá uma relação de necessariedade entre o urbano e o direito à cidade. Ou seja, à medida em que determinado conjunto populacional cresce e se “urbanifica”, o direito de todos de usufruírem do espaço comum formado deveria ser consectário lógico desse mesmo processo de formação, sendo jurídica e socialmente patológico que se afastem certos habitantes da cidade daquilo que é urbano - como se existisse uma “não cidade” em determinados pontos da cidade. Se todos os componentes da sociedade que habita um local contribuem, em maior ou menor medida, para a formação do espaço urbano, esses mesmos componentes serão contemplados com direito de acesso a estes benefícios. “A segurança, a moradia, o lazer, a saúde, entre inúmeros outros direitos sociais são também direitos ligados ao ambiente urbano, o que faz que uma associação se torne inevitável”¹²⁰.

Na lição de Nelson Saule Junior¹²¹, sendo o direito à cidade o direito ao equitativo acesso aos bens e serviços urbanos, e estes bens e serviços necessariamente surgem em um espaço urbano (são de sua essência, pois sem eles haveria tão somente um espaço rústico), a formação e a existência de uma cidade é a própria gênese desse direito à cidade. Ainda, do ponto de vista das funções sociais da cidade, não faz sentido o investimento e a valorização do solo urbano, com a dotação dos competentes equipamentos e utilidades, para que não seja devidamente aproveitado (isso é verdade até mesmo para obras destinadas a embelezamento do espaço urbano). O urbano e a cidade são necessariamente coletivos e polivalentes. Tal abordagem possui uma medida de jusnaturalismo, pois

¹¹⁸ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.58.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.32.

¹²⁰ BONIZZATO, Luigi. **A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.172.

¹²¹ SAULE JUNIOR, Nelson. **O direito à cidade como paradigma da governança urbana democrática**. São Paulo, Instituto Polis, 30 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/750/750.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

insere o surgimento do direito à cidade como fato natural e inafastável das aglomerações humanas. O estudo histórico demonstra a tendência do ser humano em formar cidades, mesmo que iniciem em meros aglomerados familiares.

Além do mais atual caminhada progressiva dos direitos humanos e fundamentais, aliados ao princípio da proibição do retrocesso e ao crescente número de população que vive em áreas urbanas no planeta inteiro, dificulta muito a não admissão do surgimento de um princípio síntese, de maneira geral, que dite o direito que os habitantes de uma área urbana possuem sobre esse mesmo espaço e todos os melhoramentos que o fazem efetivamente Urbano. Assim, da forma como foi construído idealizado e vem se consolidando, não será mais possível admitir a justa existência de uma cidade sem a paralela e concomitante existência de um direito à cidade – de maneira globalizada, inclusive, diante das Agendas internacionais fixadas.

3 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À CIDADE

É importante esclarecer que a obra de Lefebvre, idealizador do direito à cidade, possui grande carga filosófica, dedicada à gênese de novas ideias a partir de certos conceitos e de observações críticas à realidade urbana, apontando problemas e sugerindo soluções. Não há, efetivamente, uma preocupação de sistematização jurídica acerca da abrangência do direito à cidade, dado que o autor não era jurista – ao passo que o foco desta pesquisa é eminentemente jurídico. Henri Lefebvre deixa, assim, importante legado para o direito urbanístico, dentro do qual se construirá, e aqui serão analisados, os pilares para análise da natureza jurídica do direito à cidade.

Consideradas essas acepções iniciais sobre a construção do direito à cidade - o qual ainda possui longo caminho a percorrer - é preciso investigar seu conteúdo e seu *status* normativo. O conteúdo diz respeito àquilo que o direito à cidade materialmente busca concretizar e proteger. No tocante ao *status* normativo, é de suma importância teórica e prática identificar se se trata de uma norma principiológica ou de uma regra, bem como sua hierarquia e suas consequências hermenêuticas. O aspecto multifacetado do direito à cidade traz interessante desafio ao seu encaixe nas teorias a respeito das normas.

3.1 ELEMENTOS COMPONENTES DO DIREITO À CIDADE

Lefebvre, apesar da grande carga filosófica de sua obra, em detrimento de sistematicidade jurídica, foi suficientemente claro ao afirmar que o direito à cidade é mais amplo que a moradia, abrangendo tantos aspectos quanto possíveis de se enumerar em termos de utilidades inerentes ao solo urbano. O legislador pátrio, já de início, consagrou tal conteúdo múltiplo ao direito à cidade. *In verbis*:

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:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana,

ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;¹²²

O que inicialmente era uma teorização filosófica e sociológica foi, assim, positivado e tornou-se jurídico.

No âmbito internacional, a mesma tendência tem se afirmado. A Carta Mundial pelo Direito à Cidade aborda diversos aspectos: direitos ao trabalho, meio ambiente, igualdade, cultura, moradia, planejamento e gestão, informação, liberdade, justiça, participação política, água, transporte, função social da propriedade e outros ainda¹²³. Apesar de extenso, o artigo segundo da Carta Mundial demonstra com a devida atenção o potencial de mudanças e de normativas contidos no direito à cidade:

2. O Direito a Cidade é definido como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições eqüitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes. O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute eqüitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural.¹²⁴

¹²² BRASIL. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

¹²³ FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO. **Carta mundial pelo direito à cidade**. 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹²⁴ Ibidem.

O já mencionado artigo 31 da Constituição do Equador baseia o direito à cidade na sustentabilidade, gestão democrática, justiça social e nas funções sociais e ambientais da cidade e da propriedade, equilibrando o urbano e o rural (o que desde já demonstra que o direito à cidade não representa uma supremacia do urbano sobre o rural, mas sim uma integração adequada entre ambos).

A nova Agenda Habitat, conforme adotada, além de outros aspectos, tem em vista cidades que cumpram suas funções sociais, sejam participativas, promovam a igualdade, desenvolvam-se de maneira integrada e sustentável, protejam os ecossistemas, planejem seu crescimento, transporte, infraestrutura e proteção contra riscos e cresçam economicamente¹²⁵.

Dessa forma, mesmo que se adote, para o âmbito interno brasileiro, uma interpretação extremamente conservadora e restritiva (o que se diz *ad argumentandum tantum*, já que direitos humanos não comportam interpretações restritivas de sua eficácia), o positivismo dogmático, por assim dizer, do Estatuto da Cidade já insere, por si, a sustentabilidade, o direito à terra urbana, ao saneamento, à infraestrutura urbana, à moradia, ao transporte, ao lazer, ao trabalho, aos serviços públicos e submete todos estes ao princípio do pacto intergeracional – ou seja, sua realização deve obrigatoriamente ocorrer a longo prazo, sem o esgotamento de recursos ou adoção de políticas prestativas tendentes a impedir a continuidade de tais prestações. Portanto, a interpretação mais conservadora possível abarcaria dez direitos (sem considerar que o *caput* do artigo ainda inclui as funções sociais da cidade e da propriedade sob o manto protetivo) contidos no plexo do direito à cidade.

O Estatuto da Cidade, ainda, indica buscar maior aproximação com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, pois refere à busca por cidades sustentáveis, repete que deve estar presente o saneamento ambiental e indica que servirá a presentes e futuras gerações (expressão usada pelo artigo 225 da Constituição Federal). O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu em 1987 através do chamado Relatório Brundtland, publicado sob o nome de “Nosso Futuro Comum”, criado por uma comissão da ONU dirigida pela diplomata e política norueguesa Gro Harlem Brundtland. Em síntese, esse princípio busca conciliar o desenvolvimento econômico e social com a proteção ao meio ambiente, garantindo

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **New Urban Agenda**. Quito, 2016. Disponível em: <<https://www2.habitat3.org>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

sustentabilidade para as presentes e futuras gerações, sob a ótica de que o meio ambiente é um fator difuso e que a todos afeta (por exemplo, poluir o ar em grande escala poderá afetar diversos países). O meio ambiente acaba se tornando um fator de peso dentro da urbanização e também uma potencial vítima, caso essa ocorra de forma desordenada e irregular. Ressalte-se que a Resolução nº 01 do CONAMA considera impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afete projetos urbanísticos, acima de cem hectares ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA (atual Ministério do Meio Ambiente) e dos órgãos municipais e estaduais competentes.

Renato Seixas¹²⁶ ensina que os empreendimentos imobiliários são influenciados pelos mais diversos fatores sociais e ambientais, e é imprescindível encontrar meios para um desenvolvimento urbano ordenado, englobando meio ambiente, saúde, circulação e espaços de lazer (o autor menciona a Conferência Rio+20, a qual apontou que, até 2050, mais de 70% da população mundial estará vivendo em centros urbanos). O mesmo autor também pondera que é preciso uma visão social do tema, pois o uso de todas as tecnologias ambientais disponíveis, gerando os chamados “prédios inteligentes” (por exemplo, com uso de energia solar)¹²⁷. O chamado “pacto entre gerações” está expressamente previsto no artigo 225 da Constituição Federal, e ele demanda que as atuais gerações não podem utilizar-se dos recursos ambientais de modo a comprometer estes para as futuras gerações

O número de direitos-parte do direito à cidade, sugerido pela Carta Mundial, é de aproximadamente trinta, sem mencionar que, nos termos da Carta, o direito à cidade incluirá todos aqueles oriundos de tratados internacionais sobre direitos civis, econômicos, políticos, ambientais, culturais e sociais – presumivelmente, naquilo que for aplicável ao urbano e à cidade.

No campo doutrinário, as considerações não divergem dessa linha. Nelson Saule Júnior traça seu ensinamento no sentido de que o direito à cidade é uma união entre a propriedade coletiva dos bens e funções urbanísticos e a multiplicidade

¹²⁶ SEIXAS, Renato . Empreendimentos imobiliários: múltiplas dimensões, sustentabilidade e governança. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. (Org.). **Estudos avançados de direito imobiliário**. 1ed.Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.473.

¹²⁷ Ibidem, p.482.

de habitantes, o que leva à necessária conclusão que todos estes devem possuir equânime direito de acesso a tais bens e funções. Para o autor:

A partir da compreensão da cidade como espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes, que abrange o território das cidades e seu entorno rural; a partir da compreensão das funções sociais da cidade voltadas a assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades para todos os seus habitantes; o direito à cidade deve ser compreendido como um direito ao usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, da democracia, da equidade e da justiça social. O Direito à cidade preconiza o cumprimento dos princípios de gestão democrática das cidades, a função social da propriedade e as funções sociais da cidade.¹²⁸

Ainda, o doutrinador identifica o direito à cidade “como plataforma política que contém um conjunto de valores, princípios e compromissos, e vem se consolidando com essa perspectiva a partir de experiências e práticas”¹²⁹. Interpretando as lições do autor, a consolidação do direito à cidade, com seu caráter inerentemente plural, corresponde à forte posição jurídica subjetiva (direito dos cidadãos exigirem seu cumprimento) e objetiva (dever de obediência por parte do legislador e do administrador), o que será abordado mais adiante.

A consideração do direito à cidade como âmbito adequado para sustentação de uma plataforma de demandas, lutas e exigências sociais urbanas subsuma-se com clareza nos ensinamentos iniciais de Henri Lefebvre, o qual deixou claro que o sistema urbano, derivado do sistema social, será apto (se desregulado) a gerar desigualdades e exploração. Para tanto, o direito à cidade, dado seu processo de construção e conteúdo, pode ser considerado denominador comum para melhorias urbanas exigíveis em todos os níveis de poder estatais – e mesmo de particulares, ao se considerar como direito fundamental, apresenta a eficácia horizontal destes.

Por conta desse conteúdo multifacetado, Betânia Alfonsin¹³⁰ explica que o direito à cidade se insere em um contexto de mudanças e de reformas. Essa necessidade de mutação é sentida dentro da realidade municipal brasileira, onde,

¹²⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. Os caminhos para o desenvolvimento da função socioambiental da propriedade pública no Brasil. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.314.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.327.

conforme já se afirmou, cerca de metade dos 5.561 municípios possuem sequer plano diretor – o qual seria o instrumento básico para desenvolvimento e bem-estar dos habitantes. Para a autora:

Isso porque, considerada, por um lado, a gama de direitos incluídos sob o guarda-chuva desse novo direito à cidade, e, por outro, a realidade das cidades brasileiras que viveram a urbanização capitalista, é evidente que o direito à cidade insere-se em um programa de reforma urbana inscrito no art. 2º do Estatuto da Cidade. As tendências observadas nas cidades brasileiras (e em todas as cidades que experimentaram o processo de urbanização capitalista) são segregacionistas e antidemocráticas, portanto, para garantir essa gama de direitos previstos no art. 2º, os municípios devem ser capazes de instaurar contratendências em seus territórios. Para tanto, o Estatuto da Cidade previu uma série de instrumentos jurídicos, urbanísticos, tributários e políticos¹³¹.

Para Vanêsa Prestes¹³², no entanto, são princípios informadores do direito à cidade os da integração, prevenção, precaução, cooperação, pacto entre gerações, responsabilidade pela causa, gestão democrática, sustentabilidade e da função socioambiental da propriedade na cidade. Não se concorda integralmente com a posição da autora, pois, conquanto o direito à cidade possua forte relação com o direito ao meio ambiente equilibrado, não se chega ao ponto de apresentarem identidade principiológica. Assim, o direito ambiental buscará conformação com o direito à cidade, como parte do feixe de direitos nele contidos, e não o contrário.

Os autores Raoni Rodrigues e Cláudio Carvalho¹³³, de forma bastante adequada e didática, buscam sistematizar o conteúdo do direito à cidade (em se tratando de um direito em construção, e de caráter abrangente, é sistemática e didática a metodologia adotada pelos doutrinadores). Primeiramente, apresentam princípios que caracterizam e dão forma ao direito à cidade, quais sejam, a autodeterminação, pela qual os cidadãos são livres para adequar o desenvolvimento urbano as suas expectativas; a igualdade na destinação dos benefícios urbanos; a participação cidadã, com a criação de mecanismos para tanto; não discriminação, respeitando o direito ao espaço urbano independentemente de cor, raça, credo,

¹³¹ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.327.

¹³² PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil**. 2008. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.89-114.

¹³³ CARVALHO, Cláudio; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016. p.42-44.

idade ou gênero; transparência na gestão, com divulgação das informações pertinentes à gestão da cidade; corresponsabilidade, pelo qual aquele ator da urbanização que tomar determinada decisão arcará com seus ônus e com seus bônus; e a atenção prioritária a pessoas em estado de vulnerabilidade, em atenção ao princípio de justiça distributiva no meio urbano.

Após, relatam que o direito à cidade pode ser resumido em direito de viver na cidade, pelo qual todos os cidadãos podem ter acesso a uma parcela da cidade, nela habitando e podendo deslocar-se e trabalhar, com grande importância ao direito à moradia; o direito de viver a cidade, destacando o acesso a bens públicos de uso coletivo, de lazer, culturais, de saúde e outros; e o direito de participar no planejamento futuro, não sendo legítima que uma minoria, eleita ou não, decida os rumos administrativos de todos os habitantes de um mesmo tecido urbano¹³⁴.

Rosângela Marina Luft¹³⁵ destaca que “o direito à cidade, por conseguinte, implica a conciliação de direitos relativos à esfera individual e coletiva das pessoas, em ter acesso a determinados bens, mas também pode manifestar sua opinião e participar na sua configuração coletiva”.

Por sua vez, já existem, também, exemplos jurisprudenciais que seguem essa lógica. Em interessante julgado oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação nº 0051315-60.2012.8.26.0515, da Comarca de Rosana/SP), o Desembargador Relator José Manoel Ribeiro de Paula refere o direito à cidade como um “plexo de direitos fundamentais”. Eis o trecho do voto acolhido de forma unânime:

Os depoimentos são claros em afirmar questões como: ausência de rede de esgoto na região, que corre a céu aberto; ocorrência reiterada de enchentes que, invariavelmente, transformam a residência em lago, destruindo toda sua plantação. Há, inclusive, testemunho de despejo de lixo pela Municipalidade na região, evidenciando o desrespeito ao internacionalmente reconhecido direito à Cidade. Tem-se, pois, que a Municipalidade de Rosana vem, sistematicamente, desrespeitando um plexo de direitos fundamentais do autor, consolidado no chamado Direito à Cidade, assim definido pelo Estatuto das Cidades, no artigo 2º, incisos I e II.¹³⁶ (grifo nosso)

¹³⁴ CARVALHO, Cláudio; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016. p.48-50.

¹³⁵ LUFT, Rosângela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.139.

¹³⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00513156020128260515**. 12ª Câmara de Direito Público. Relator Des. JM Ribeiro de Paula, julgado em 16/12/2015, publicado em 12/01/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9101458&cdForo=0>>. Acesso em: 14 set. 2017

No caso em comento, o Município foi condenado em danos materiais e morais por não realizar as devidas obras para escoamento de águas pluviais, causando dano urbanístico. O Tribunal concluiu que o autor teve violado seu direito à moradia adequada e, finalmente, o seu direito à cidade.

É plenamente válido o alerta realizado pelo autor Cláudio Ari de Mello¹³⁷, o qual, ao construir uma teoria jurídica do direito à cidade e abordando os aspectos supracitados referentes ao conteúdo múltiplo exposto na Carta e no artigo segundo do Estatuto da Cidade, expõe que ele não deve ser confundido com seus componentes. *In verbis*:

Estas posições merecem um certo cuidado analítico. A afirmação de que o direito à cidade “congrega” todas as categorias de direitos humanos parece muito mais um argumento retórico do que um argumento juridicamente consistente. Se o direito à cidade fosse meramente uma soma dos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, ele seria um conceito desnecessário. Como propõe o princípio lógico da simplicidade, também chamado de “Navalha de Occam”, entidades conceituais não devem ser multiplicadas quando são desnecessárias para a explicação de um fenômeno (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*). Se podemos compreender e aplicar todas as categorias de direitos humanos sem necessidade de recorrer ao novo direito à cidade, então esse conceito é desnecessário e deve ser abandonado (COPI e COHEN, 1998, p. 550-552). O mero fato de que as categorias de direitos humanos se concretizam no espaço urbano é uma obviedade que não salva a função retórica da noção de direito à cidade postulada na Carta Mundial. Portanto, associar o conteúdo normativo do direito à cidade aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais é simplesmente um equívoco conceitual que deve ser evitado.

O direito à cidade, destarte, não é uma mera soma de preceitos jurídicos já positivados, mas uma síntese aberta, criativa e receptível a novos preceitos que sejam com este compatíveis, bem como representativo de demandas sociais urbanísticas. Não se poderia arguir que é desnecessária a menção constitucional à dignidade da pessoa humana por conta da amplitude do rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal; e nem que o direito ao devido processo legal é desnecessário frente à positivação de toda a gama de direitos processuais do Novo Código de Processo Civil. O habitat urbano é mais dinâmico que o processo legislativo, e a realidade social e econômica é mais complexa do que o legislador pode prever, sendo que esses aspectos coletivos do urbano estarão unificados no direito à cidade. O autor conclui pela juridicidade do direito à cidade, mas demonstra

¹³⁷ MELLO, Cláudio Ari. **Elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26883>>. Acesso em 24 de novembro de 2017. p.13.

pessimismo quanto à possibilidade de sua exigibilidade judicial – adiante, serão analisados casos jurisprudenciais que demonstram justamente o contrário¹³⁸.

Em se tratando de um direito de conteúdo múltiplo, mas que apresenta aspectos como moradia, trabalho, lazer, serviços públicos e meio ambiente, cabível a análise das consequências da inclusão de tantos direitos de caráter fundamental em seu núcleo, dada a pesada importância jurídica, hermenêutica e hierárquica dos direitos fundamentais. Não menos importante, é a constatação de que o direito à cidade, para além de especulações sociológicas ou de demandas sociais, é um instituto de conteúdo jurídico.

3.1.1 Função social e sua proximidade com o direito à cidade

Traçadas estas linhas sobre a substância do direito à cidade, é essencial buscar diferenciá-lo das funções sociais da propriedade e da cidade, ainda que a tarefa se afigure complexa e controvertida, pois os preceitos são propositalmente abertos. Como visto, a moradia é um dos aspectos do direito à cidade, estando nele contida. No entanto, a moradia isolada não se adequa, em tese, ao que se espera razoavelmente do urbano. Os imóveis devem ser funcionalizados, e essa colocação possui íntima ligação com o direito do cidadão à cidade (pertencendo à cidade, estará conectado a uma série de sistemas). Assim dispõe o artigo 182 da Constituição Federal:

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.¹³⁹

O texto constitucional menciona o desenvolvimento da “função social da cidade” ao seu artigo 182. Repare-se que o § 2º deste artigo menciona que a propriedade urbana cumpre sua função social quando observa o plano diretor. A

¹³⁸ Ibidem, p.24.

¹³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

função social da propriedade também é referida como direito fundamental no artigo 5º e como princípio da ordem econômica no artigo 170.

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

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[...]

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:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;¹⁴⁰

É possível perquirir se o constituinte realmente buscou elencar duas espécies de funções sociais distintas: a da cidade e a da propriedade urbana. Para o legislador ordinário, a resposta parece ser positiva, pois o referido *caput* do artigo 2º do Estatuto da Cidade tem a seguinte redação, “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais”¹⁴¹.

De fato, para garantir o bem-estar da população, a política urbana deve ser direcionada tanto ao desenvolvimento das funções sociais da cidade quanto das funções sociais da propriedade urbana. São coisas diferentes. Enquanto nas funções sociais da cidade devem ser desenvolvidos os setores que resultam das demandas primárias e secundárias da coletividade, a função social da propriedade urbana

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁴¹ BRASIL. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

reflete a adequação da propriedade à ordem urbanística estabelecida no plano diretor¹⁴².

A função social da propriedade, mais especificamente, seria um elemento intrínseco ao direito de propriedade: não é mera limitação de exercício, mas um aspecto da estrutura, que obriga o proprietário a modo predeterminado de aquisição e utilização do seu bem¹⁴³. O conceito apresentado ecoa na doutrina civilista moderna: para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁴⁴ a função social integra a estrutura da propriedade, e determina que o ordenamento jurídico apenas concede merecimento à persecução de um interesse individual se esse for compatível com os anseios sociais pertinentes. Na lição de Alexandre Guerra¹⁴⁵, a função social não pode ser tratada como elemento externo à propriedade, pois esses limites impostos pela ordem jurídica são intrínsecos à noção de propriedade, fazendo parte do conteúdo deste direito. Como integrante do catálogo do artigo 5º da Constituição, a função social da propriedade é cláusula pétrea, constituindo limite material à reforma constitucional pela via da Emenda Constitucional.

Para Jacques Távora Alfonsin¹⁴⁶, em se tratando de expressão presente na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e no Código Civil, é pernicioso ignorar o conteúdo axiológico do “social” na função e da “função” no social sob pena de se esvaziar o princípio, que, quebrando paradigmas do tradicional direito liberal, transformou a propriedade em um “direito-função”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁷ enxerga na função social, a par dos direitos fundamentais existentes, deveres fundamentais – mostrando a complexidade estrutural de que o plexo de direitos pode resultar, exigindo redobrados cuidados por parte do intérprete:

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.20.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p.74.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.265.

¹⁴⁵ GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.49.

¹⁴⁶ ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.43.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.236.

De outra parte, há hipóteses mais difíceis de enquadrar numa ou noutra categoria, como é o caso, por exemplo, do exercício do direito de propriedade de acordo com a sua função social (art. 5º, XXIII, CF), que para alguns sequer constitui um autêntico dever fundamental, mas sim, um limite constitucional da propriedade. O entendimento mais adequado, todavia, nos parece ser o de enquadrar a função social da propriedade no grupo dos deveres fundamentais conexos, pela sua íntima vinculação ao direito de propriedade, o que também ocorre no caso da função ecológica da propriedade. Assim como os direitos fundamentais, os deveres podem apresentar conteúdo de natureza defensiva ou prestacional, na medida em que imponham ao seu destinatário um comportamento positivo ou um comportamento negativo. Assim, é possível afirmar a existência de deveres fundamentais defensivos (ou negativos) e deveres fundamentais prestacionais (ou positivos). No entanto, a complexidade inerente a alguns deveres fundamentais (o que também ocorre com alguns direitos fundamentais) não permite o seu enquadramento exclusivo em uma das categorias referidas, precisamente em função da presença dos dois elementos, como é o caso dos deveres de defesa e promoção da saúde, de defesa do ambiente e de defesa do patrimônio cultural.

Enquanto a doutrina, de maneira geral, desenvolveu e aprofundou o debate acerca da função social da propriedade, ainda não existe consenso sobre o conceito de função social das cidades, nem tampouco sobre suas consequências. Nas palavras de Rosângela Luft¹⁴⁸:

No que diz respeito ao princípio da função social da cidade, não há (ainda) uma cultura jurídica solidificada. As abordagens mais frequentes a respeito da cidade e da urbanificação partem do âmbito patrimonial individual, este enquanto esfera de direitos dotada de determinados limites que autorizam a ingerência do Estado em prol do interesse público. Para Gesta Leal “não há uma preocupação muito acentuada em se distinguir o problema da cidade enquanto espaço público do da propriedade privada e dos interesses privados”. No Brasil o princípio da função social da cidade foi inaugurado expressamente em texto constitucional no ano de 1988 e, desde então, possui esparsas teorizações no ambiente jurídico. Trata-se de uma baliza precursora da ação estatal que deve servir de referência na adequação e implementação de políticas municipais de urbanificação, mas que demanda o estabelecimento de alguns marcos acerca de seu conteúdo.

A Carta Mundial pelo Direito à cidade não incluiu nenhuma das funções sociais no seu amplo conceito de direito à cidade, mencionando as primeiras apenas no item 2 do seu artigo II, *in verbis*:

2. FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E DA PROPRIEDADE URBANA: 2.1 Como fim principal, a cidade deve exercer uma função social, garantindo a todos seus habitantes o usufruto pleno dos recursos que a mesma oferece. Isso significa que deve assumir a realização de projetos e investimentos em benefício da comunidade urbana no seu conjunto, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, respeito à cultura e

¹⁴⁸ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.112.

sustentabilidade ecológica para garantir o bem estar de todos os habitantes, em harmonia com a natureza, para hoje e para as futuras gerações. 2.2. Os espaços e bens públicos e privados da cidade e dos cidadãos(ãs) devem ser utilizados priorizando o interesse social, cultural e ambiental. Todos os cidadãos(ãs) têm direito a participar da propriedade do território urbano dentro de parâmetros democráticos, de justiça social e de condições ambientais sustentáveis. Na formulação e implementação de políticas urbanas deve ser promovido o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço e do solo urbano, em condições seguras e com equidade entre os gêneros. 2.3. As cidades devem promulgar legislação adequada e estabelecer mecanismos e sanções destinados a garantir o pleno aproveitamento de solo urbano e de imóveis públicos e privados não edificados, não utilizados, subutilizados ou não ocupados, para o cumprimento da função social da propriedade. 2.4. Na formulação e implementação das políticas urbanas deve prevalecer o interesse social e cultural coletivo sobre o direito individual de propriedade e sobre os interesses especulativos. 2.5. As cidades devem inibir a especulação imobiliária mediante a adoção de normas urbanas para uma justa distribuição dos ônus e benefícios gerados pelo processo de urbanização e a adequação de todos os instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano equitativo e sustentável. As rendas extraordinárias (mais-valias) geradas pelo investimento público – atualmente capturadas por empresas imobiliárias e por particulares – devem ser gerenciadas em favor de programas sociais que garantam o direito à moradia e a uma vida digna aos setores em condições precárias e em situação de risco¹⁴⁹.

Marina Rosângela Luft¹⁵⁰ busca diferenciar a cidade em suas várias acepções. Segundo a autora, mais que um espaço coletivo, “passou a ser consagrada como uma entidade dotada de funções sociais e, de consequência, elevada à categoria de direito, o denominado direito à cidade”. Apesar desses posicionamentos doutrinários iniciais, e da própria postura da Carta Mundial, Betânia Alfonsin¹⁵¹ vai além e identifica o nascimento do direito à cidade, no ordenamento jurídico brasileiro, já em 1988, na expressão “função social da cidade”. A autora interpreta a expressão de forma paralela com a função social da propriedade, *in verbis*:

De fato, se a expressão “função social da propriedade” refere-se não à emergência de um dever do proprietário, mas a um direito coletivo ao cumprimento dessa função social pelo proprietário, é evidente que o direito de propriedade deixa de ser, nesse momento, um mero feixe de direitos (usar, gozar, dispor e reivindicar), para incluir aí uma obrigação inerente ao próprio direito, que é transformado, portanto, em seu estatuto jurídico. Ao utilizar a mesma técnica legislativa para falar das cidades, é evidente que se

¹⁴⁹ FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POIICÊNTRICO. **Carta mundial pelo direito à cidade**. 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 17 de agosto de 2017.

¹⁵⁰ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.106.

¹⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012. p.324.

há uma “função social da cidade”, é porque emerge da Constituição Federal um novo direito: o direito coletivo à cidade, que deve atender às funções sociais que lhe são próprias.¹⁵²

O administrativista José dos Santos Carvalho Filho¹⁵³ apresenta também posição de destaque, pois, usando de verdadeira interpretação lefebvriana, conecta a funcionalização das cidades com todos os elementos que (corretamente) lhes são inerentes, indicando, partindo da ideia de cidade, como deve ser o urbano funcionalizado. Busca, destarte, harmonizar tal funcionalização com a positivada garantia de bem-estar dos habitantes, transporte, moradia, lazer, educação e os demais direitos de caráter fundamental que são próprios:

Desenvolver as funções sociais de uma cidade representa implementar uma série de ações e programas que tenham por alvo a evolução dos vários setores de que se compõe uma comunidade, dentre eles os pertinentes ao comércio, à indústria, à prestação de serviços, à assistência médica, à educação, ao ensino, ao transporte, à habitação, ao lazer, e, enfim, todos os subsistemas que sirvam para satisfazer as demandas coletivas e individuais¹⁵⁴.

Relembra-se, em adição, o já mencionado ensinamento de David Harvey¹⁵⁵ no sentido de que a Constituição Federal Brasileira contempla o direito à cidade de maneira originária, graças às demandas populares que levaram às criações dos artigos 182 e 183, sobre a política urbana.

Uma interpretação estritamente filológica do supracitado artigo 2º do Estatuto da Cidade levaria à diferenciação entre o direito à cidade e a função social da cidade, pois esta é mencionada no *caput*, enquanto aquela é referida no primeiro inciso, junto com alguns dos seus aspectos. Ambos, no entanto, desfrutam de caráter principiológico, pois consagram uma finalidade a ser atingida, não a um comportamento específico a ser seguido. Igualmente, ambos desfrutam de fundamentalidade jurídica, pois enquanto a maior parte do conteúdo do direito à

¹⁵² ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.324.

¹⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.19.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.19.

¹⁵⁵ HARVEY, David. **Rebel Cities: from the right to the city to the urban revolution**. Londres: Verso, 2012. p.13.

cidade identifica-se com direitos fundamentais, a função social da cidade já está expressamente positivada na seara constitucional.

Ao se considerar como função social da cidade uma funcionalização do solo urbano, no sentido de a todos servir, de maneira equânime, para que usufruam das utilidades que tornam urbano o solo, o conceito coincidirá com aquele do direito à cidade. Como consequência, corretos os ensinamentos de Betânia Alfonsin e de David Harvey no sentido de que o constituinte originário brasileiro já trouxe, desde 1988, o direito à cidade no Brasil, pelo fato de, a par dos numerosos direitos fundamentais sociais, trazer específica preocupação urbanística voltada à funcionalização do conjunto que forma a cidade.

Ainda que se queira garimpar diferenças conceituais e hermenêuticas das palavras utilizadas pelo legislador em contextos extremamente semelhantes, referentes ao mesmo objeto, presente o mesmo caráter principiológico, não se chegará a uma substancial distinção, salvo melhor juízo, que seja capaz de surtir efeitos subjetivos e objetivos diversos perante tribunais, políticas públicas, ou mesmo demandas sociais.

Por outro lado, seria igualmente respeitável e cabível argumentar-se que direito à cidade e função social são diferentes, estando esta contida naquele – apesar desse posicionamento também aparentar contrariedade à Carta Mundial do Direito à Cidade, porque, inobstante ela diferencie os institutos, não insere a função social no direito à cidade e coincide conceitos. Por trás da ideia de funcionalização há uma base de “utilização”, de se dar um devido proveito ao imóvel, evitando ociosidade. Ou seja, os benefícios funcionalizados (essenciais ao que se quer considerar como urbano na contemporaneidade) devem se fazer presentes coletivamente.

Quando o idealizador do direito à cidade refere ao uso que se faz dos imóveis e melhoramentos urbanos em termos funcionais, Lefebvre¹⁵⁶ é vago ao referir que “as necessidades humanas devem ser supridas”, mas destaca que é nociva a utilização do urbano para aquilo que ele próprio chama de “Festa”. Conforme já explicado no início da pesquisa, Lefebvre¹⁵⁷ considera a festa o gasto supérfluo e vago promovido por detentores de benefícios imobiliários, de maneira irresponsável do ponto de vista social. É para estas mesmas finalidades “supérfluas” que o autor

¹⁵⁶ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.58.

¹⁵⁷ Ibidem, p.12.

relata que se costuma dar primazia a equipamentos urbanos comerciais, e essa primazia estaria em descompasso com a realização do direito à cidade.

O principal problema jurídico que surge desse conceito é a carga subjetiva e axiológica que pesa sobre o observador/julgador do uso que se está fazendo de um imóvel: o que vem a ser supérfluo para alguns pode ser essencial para outros, dificultando que se diga, em abstrato, quais espécies de uso desrespeitam a funcionalização que um imóvel deve ter.

Em princípio, o mero uso de imóvel para fins recreativos não viola a função social, estando inserido no direito de usar e gozar que o proprietário detém. Ademais, apesar de ser fim diverso da moradia, o lazer é direito fundamental social previsto no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal e, não infringindo a função social, em nada afeta o direito à propriedade do titular. Ainda, a Constituição não faz preferência abstrata entre direitos fundamentais à moradia e ao lazer. E mais: em se tratando de fundamental necessidade humana, o lazer também é um dos elementos positivados como constantes do direito à cidade, fazendo parte do rol do artigo segundo do Estatuto da Cidade.

Impossível considerar, assim, que a finalidade de lazer em um imóvel infrinja o direito à cidade. Por exemplo, o proprietário de um imóvel para lazer em cidade do litoral, ainda que deixe de usar o bem por maior parte de um ano, não merece ter seu direito de propriedade relativizado por suposta violação da função social. O que se apresenta possível, a fim de se promover maior grau de justiça social no tocante ao modo de usar um imóvel, bem como o de obter dividendos urbanos, é a aplicação do disposto no artigo 156 parágrafo primeiro da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.¹⁵⁸

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

O Constituinte originário, dessa forma, deu poder ao Município para que avalie, aqui sim com justificada carga axiológica de acordo com o caso concreto, em que medida o uso do imóvel impacta o valor com que o proprietário deve arcar. Essa é a chamada progressividade fiscal do IPTU, pois as alíquotas passam a ser majoradas com o intuito de aumentar a arrecadação municipal, em medida de proporcionalidade e de capacidade contributiva. Diferente seria a aplicação da progressividade extrafiscal do artigo 182 da Constituição Federal, a qual, por seu turno, ocorrerá em situações violadoras da função social da propriedade imobiliária urbana, quando não há nenhum uso do imóvel urbano.

Em outras palavras, a interpretação de Lefebvre sobre utilização do imóvel busca condenar aqueles que utilizam o bem para fins que o próprio autor (aqui o grau de subjetividade axiológica inexigível de terceiros) considera desnecessários, o que juridicamente é inaplicável. A ferramenta adequada e justa para se valorar urbanisticamente o tipo de uso que se faz do imóvel caberá ao Município, em acordo com as peculiaridades locais. Reforça esse argumento o fato de que é o plano diretor que especifica, de acordo com o artigo 182 da Constituição, como que se cumpre a função social da propriedade urbana.

É certo que a função social das cidades é um princípio de grande importância para o direito urbanístico, mas vem sendo subutilizado até mesmo na esfera doutrinária. Nas palavras de Edésio Fernandes¹⁵⁹:

Cabe notar que a Constituição Federal de 1988 deu um passo além, e adotou também o conceito das “funções sociais da cidade”, abrindo assim um amplo escopo jurídico — ainda pouco compreendido e aproveitado — para toda uma nova maneira de se pensar o processo de urbanização e a distribuição dos ônus e benefícios a ele inerentes.

Como parcial conclusão dessa análise de proximidade entre a função social das cidades e o direito à cidade, conquanto respeitável o argumento de que os institutos são distintos com base em análise gramatical da Carta Mundial e do Estatuto da Cidade, podem ser considerados predominantemente sinônimos. O elemento ontológico do direito à cidade nasce como sendo mais abrangente, enquanto a função social das cidades possui teleologia funcional – porém, essa funcionalidade se dá nos mesmos elementos urbanos que geram uma cidade.

¹⁵⁹ FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. **Pulic Completa**, p. 55-70, 31 nov. 2010. Disponível em: <https://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CA_Images/CityStatuteofBrazil_Port_Ch4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

Ambos os preceitos se auxiliam na busca por aquilo que o jurista e filósofo Ricardo Dip¹⁶⁰ chama de “cidade integral”, capaz de satisfazer todas as necessidades do ser humano. É interessante colocar que, em relação à função social da propriedade, por mais que se enfrentem os mais diversos conceitos doutrinários, sempre haverá o amparo constitucional voltado à especificação do escopo do instituto (no caso, “cumprir o plano diretor” para o caso de imóveis urbanos), enquanto a função social das cidades não foi esclarecida. Dessa forma, posicionamentos no sentido de diferenciar ou não a função social da cidade e o direito à cidade, em termos de ordenamento constitucional brasileiro, poderão ser igualmente válidos, e seja qual se queira adotar, não alterará a força normativa que os institutos possuem, conforme se verá.

Ressalte-se, finalmente, que a Carta Mundial pelo Direito à cidade, muito embora posicione topograficamente em apartado os dois institutos, fornece conceitos coincidentes. Para a função social da cidade, afirma que “a cidade deve exercer uma função social, garantindo a todos seus habitantes o usufruto pleno dos recursos que a mesma oferece”. Já o direito à cidade é definido “como o usufruto eqüitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social”¹⁶¹. O pleno uso, em igualdade por parte dos membros da sociedade, dos recursos e benefícios ofertados pelo solo urbano, é o que os institutos possuem em comum, e, concomitantemente, integra a ideia mais importante do direito à cidade. No entanto, esse termina por ser mais abrangente em alguns aspectos pontuais, tais como acesso à cultura e direito à seguridade social.

3.2 ESPÉCIE NORMATIVA DO DIREITO À CIDADE DENTRO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Humberto Ávila¹⁶², em sua obra Teoria dos Princípios, aduz ser possível dividir as espécies normativas em regras, princípios e postulados, sendo as primeiras imediatamente descritivas, com pretensão de decidibilidade e de abrangência; os segundos são normas finalísticas, imediatamente prospectivas e

¹⁶⁰ DIP, Ricardo. A cidade realmente sustentável. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 277.

¹⁶¹ FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO. **Carta mundial pelo direito à cidade**. 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.180.

cuja aplicação demanda avaliação no caso concreto; os terceiros são normas metódicas que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras. Nessa senda, razoabilidade e proporcionalidade, apesar de serem referenciadas frequentemente como princípios pela doutrina e jurisprudência, são na verdade postulados normativos que orientam a aplicação de princípios (v.g., um conflito entre o princípio da intimidade e o princípio do acesso à informação pode ser solucionado pelo postulado normativo da proporcionalidade).

Em termos práticos, princípios operam em dimensões de peso, não determinando comportamentos de forma direta¹⁶³. Ocorrendo conflito entre princípios, esse será resolvido de forma dialética e argumentativa, sopesando valores e razões. Esse conflito, de fato, é esperado já na elaboração da teoria normativa. Luis Roberto Barroso¹⁶⁴ esclarece que as normas positivadas na Constituição Federal com *status* de direito fundamental possuem igual hierarquia (chama de princípio da unidade da Constituição Federal, segundo o qual suas normas, enquanto abstratamente consideradas, desprendidas de um caso concreto, possuem igual valor), sem preferência em abstrato por um ou por outro direito. E muitos desses direitos são antagônicos, daí surge a colisão. Outrossim, o autor ressalta que esse mecanismo representa um grande avanço, pois superou o positivismo clássico que sempre atuou com base na subsunção legislativa – com base no silogismo de premissa maior, premissa menor e conclusão. Essa superação de positivismo, quebrando o paradigma exegético do juiz “boca da lei”, valoriza a argumentação, os valores constitucionais fundamentais e permite a solução de um número maior de casos concretos.

Luigi Bonizzato¹⁶⁵, cuja obra é voltada ao embasamento de uma teoria principiológica constitucional do direito urbanístico, segue afirmando que existe, no Brasil, um Direito Constitucional Urbanístico, fruto de um dirigismo constitucional consciente, com fundamentos principalmente no artigo 182 da Constituição, dotado de força normativa e eficácia.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.37.

¹⁶⁴ BAROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Leituras complementares de direito civil**. 2. ed. rev. Bahia: Juspodivm, 2009. p.80.

¹⁶⁵ BONIZZATO, Luigi. **A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.51.

No que tange às suas características, quatro podem ser indicadas, de acordo com a teoria alemã específica. Primeiramente, os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição e contradição. Além disso, os princípios não têm pretensão de exclusividade, ou seja, uma mesma consequência jurídica, própria de determinado princípio, também pode ser conectada com outro princípio. Em terceiro lugar, os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas. E, enfim, os princípios necessitam, para sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio, uma vez que, ao contrário das regras jurídicas, não comportam aplicação imediata, devendo ser normativamente consolidados antes de sua real e efetiva aplicação¹⁶⁶.

O Estatuto da Cidade, artigo 2º, concebe o direito à cidade como uma “diretriz”. Foi a palavra escolhida pelo legislador. Se uma diretriz determina uma finalidade a ser buscada, na medida do possível, e se apresenta como um ideal que permeia todos os institutos que a Lei sistematiza, estar-se-á diante de um princípio. A norma em comento não determina um comportamento, mas sim uma finalidade.

Mesmo que a própria lei não indicasse a ideia finalística da norma, um olhar sobre o seu conteúdo multifacetado permite conclusão coincidente. Vejam-se alguns desses aspectos substanciais em relação à natureza normativa: tanto a doutrina especializada quanto o Estatuto inserem, no direito à cidade, o direito à moradia, ao transporte, ao trabalho, ao lazer e ao meio ambiente. Todos esses aspectos são direitos fundamentais presentes nos artigos 6º e 225 da Constituição Federal, de dimensão reconhecidamente principiológicas. Encaixam-se, perfeitamente, na ideia de mandamento de otimização de Robert Alexy, a ser cumprido em medida tão alta quanto possível¹⁶⁷. *In verbis*, as normas dotadas de caráter de direito fundamental:

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

[...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BONIZZATO, Luigi. **A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.50.

¹⁶⁷ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.31.

¹⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

A contrario sensu, a argumentação também levaria à mesma conclusão. O direito à cidade não determina uma conduta específica, ausente, assim, o imediatismo e a pretensão de decidibilidade característicos de uma regra. De outra senda, por mais que possa condicionar interpretações em seus conformes, ele não apresenta parâmetros metodológicos de aplicabilidade, não sendo um postulado. Conclui-se, inevitavelmente, ter natureza de princípio.

Além disso, é uma norma principiológica dotada de caráter fundamental, em relação ao direito interno, e de caráter de direito humano, para o âmbito internacional. O artigo segundo da Carta Mundial pelo Direito à Cidade, apesar de extenso, revela indubitavelmente a identidade do direito à cidade com variados direitos humanos e fundamentais:

2. O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e afiliar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e à saúde pública; de alimentação, vestuário e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito às minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes¹⁶⁹.

Praticamente todo o conteúdo que a lei e a doutrina atribuem ao direito à cidade vem ao encontro de diversos direitos fundamentais, o que acarretará essa característica ao princípio em questão. Apenas considerando o Estatuto da Cidade, estarão presentes no direito à cidade o direito à moradia, ao transporte, ao trabalho, ao lazer (todos inclusos no artigo 6º da Constituição Federal) e o direito ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal), além dos direitos à infraestrutura urbana, à terra urbana e aos serviços públicos. A maioria do seu núcleo positivado é constituída por direitos fundamentais.

¹⁶⁹ FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO. **Carta mundial pelo direito à cidade**. 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

É hermeneuticamente correto, assim, falar-se em direito fundamental à cidade. Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁰, “o direito a cidades sustentáveis é, de fato, o direito fundamental das populações urbanas. Daí podemos assegurar que é esse direito que deve configurar-se como alvo prevalente de toda política urbana”. Para Rosângela Marina Luft, o direito à cidade é um direito humano¹⁷¹.

Vanêsa Buzelato Prestes¹⁷² enxerga o direito à cidade como um direito humano, dado o esforço internacional em seu processo de construção (em adição ao conteúdo de tratados internacionais de direitos sociais, econômicos, civis e políticos em seu âmbito), e, internamente, como um plexo de direitos dotados de fundamentalidade. Nas palavras da autora:

O reconhecimento do direito à cidade como um direito humano vem sendo estabelecido em Tratados Internacionais e reconhecido por boa parte da doutrina. Porém, no Brasil vislumbra-se um direito à cidade, de natureza fundamental, operando dogmaticamente como um direito de defesa, como um direito à prestações e como um direito à igualdade. Assim como o direito fundamental à saúde, na forma demonstrada por Sarlet e Figueiredo, é caracterizado por uma forte interdependência com outros direitos fundamentais, objeto de tutela autônoma (moradia, participação, gestão, meio ambiente, regularização fundiária, saneamento e outros), tendo zonas de convergência e superposição maiores ou menores com outros bens (direitos e deveres). Constitui-se em direito fundamental síntese de um conjunto de direitos compreendidos como um complexo de direitos e deveres¹⁷³.

Concomitantemente, é pertinente questionar se o caráter principiológico que o direito à cidade possui não o faz menos efetivo. Para Anízio Pires Gavião Filho¹⁷⁴, a norma principiológica fundamental representa uma posição jurídica *prima facie*, e, como tal, irá colidir com outras posições fundamentais de mesma hierarquia, sem que o constituinte ou o legislador elejam uma posição *a priori* preponderante. Essa colisão será resolvida por uma ponderação racional e argumentativa, na qual o intérprete, sopesando razões, decidirá qual deve prevalecer (sem, contudo, tornar o oposto inválido). Todavia, conforme o próprio autor, uma vez destacado o caráter de

¹⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.46.

¹⁷¹ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.106.

¹⁷² PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil**. 2008. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.56.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.41.

direito fundamental do direito à cidade, serão necessárias razões muito boas para que possa ser relativizado, assim como qualquer posição *contra legem* deve ser muito bem fundamentada.¹⁷⁵

O mesmo entendimento é externado por Roberto José Ludwig¹⁷⁶, segundo o qual a indeterminação normativa acomete em especial as determinações de direito fundamental, demonstrando uma ruptura da teoria do direito fundamental com o positivismo e levando à ponderação como forma de aplicação concreta da norma de direito fundamental.

Assim, sendo o direito à cidade um princípio, e operando-se colisões em um caso concreto, é razoável conceber que se as particularidades desse eventual caso concreto determinarem razões de fato e de direito melhores para a outra norma principiológica colidente, o referido direito seja relativizado em prol de outro. Esse procedimento, contudo, deverá seguir uma ponderação racional e argumentativa, exteriorizando as razões adequadas para a referida relativização principiológica.

Todavia, o inverso também é verdadeiro. Em termos práticos, é de se considerar que o fato de o direito à cidade ser um princípio fundamental representa, assim como o fez o direito à saúde, um grande potencial para o ativismo social e para o ativismo judicial, em especial ao se determinar que o poder público realize determinadas políticas públicas para fins de concretizar direito fundamental.

O conteúdo múltiplo e abrangente do direito à cidade não significa se estar diante de uma “nova dignidade da pessoa humana”. A doutrina especializada de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁷ explica que a dignidade da pessoa humana é uma categoria axiológica aberta, de contornos vagos e imprecisos, e que é inadequado tentar defini-la de maneira fixa. Há, é certo, íntima vinculação entre a dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais, e ela “é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável”¹⁷⁸. A dignidade da pessoa humana é mais abrangente que o direito à cidade, sem, contudo, ser dissonante deste.

O direito à cidade, nos contornos concebidos, está para o direito urbanístico assim como o devido processo legal está para o direito processual. Em seu âmago

¹⁷⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.209.

¹⁷⁶ LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014. p.62.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.101.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.96, 102.

haverá a proteção a uma série de direitos conexos ao urbano, sendo um conceito aberto e poroso capaz de recepcionar as cidades atuais e futuras em buscas de dignidade e de proteção. O devido processo legal, segundo Fredie Didier¹⁷⁹, é um direito fundamental complexo, com aspecto de cláusula geral e aberta, dotado de experiência histórica, no qual contém a substância de todos os demais direitos processuais conexos (contraditório, ampla defesa, celeridade, publicidade, efetividade, entre outros). Ainda, nas palavras do processualista civil Daniel Amorim¹⁸⁰:

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal. Não foi essa, entretanto, a opção do direito pátrio, que, além da previsão do devido processo legal, contém previsão de diversos outros princípios que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade, a isonomia etc. A opção deve ser louvada em razão da evidente dificuldade de definir concretamente o significado e o alcance do princípio do devido processo legal, mas deve ser registrado que, apesar de o art. 5.º, LIV, da CF, ser encarado como norma de encerramento, a amplitude indeterminada permite a conclusão de que mesmo as exigências não tipificadas podem ser associadas ao ideal de devido processo legal.

O mesmo pode ser dito, quanto à seara material urbanística, a respeito do direito à cidade. É uma norma principiológica que consagra múltiplas finalidades e permitirá a concretização, em cada caso, do aspecto urbanístico que se fizer mais necessário – dado que, em abstrato, a norma não elege uma face superior às demais. Não é uma tautologia, mas sim uma cláusula geral (e necessária) de proteção, a qual, por sua abertura, estenderá a proteção no tempo sempre que uma adaptação fática for necessária, diante a novas necessidades humanas ou novos problemas urbanos. E esses elementos, sendo dotados de natureza jurídica de direitos fundamentais, emprestarão ao seu nexos unificador (direito à cidade) o mesmo caráter e a mesma natureza.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, possuidor de pioneiros julgados em seu acervo jurisprudencial, reconhece a fundamentalidade do direito à cidade em acórdão de relatoria do já doutrinador José Renato Nalini. *In verbis*, segue ementa

¹⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Bahia: Juspodivm, 2009. p.29.

¹⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil volume único**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.304.

da decisão de Agravo de Instrumento em Ação Popular Ambiental nº 2500592820118260000, datado de 28/10/2011:

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO POPULAR AMBIENTAL DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PEDIDO LIMINAR CONSISTENTE EM DETERMINAR A CESSAÇÃO DAS OBRAS DESTINADAS A TRANSFORMAR PARTE DE PRAÇA PÚBLICA EM RUA ADMISSIBILIDADE PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES AÇÃO POPULAR QUE DENUNCIA, IMPLICITAMENTE, A AUSÊNCIA DE CONSULTA DEMOCRÁTICA POR PARTE DA MUNICIPALIDADE QUANTO À EXECUÇÃO DA OBRA EM DISCUSSÃO INTELIGÊNCIA DO ART. 182, REGULAMENTADO PELA LEI Nº 10.257/2001 DESTINAÇÃO DA ÁREA EM DISCUSSÃO QUE NÃO PODE SER ALTERADA INTELIGÊNCIA DO ART. 180, VII, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE E AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL QUE NÃO SE SUBMETE AO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO¹⁸¹. (Grifo nosso).

No caso, o Município, usando de maneira genérica e sem demonstrações de como se subsuma ao caso concreto o princípio da supremacia do interesse público, decidiu transformar em rua parte de uma praça pública, sem a devida consulta à população interessada. Violando diretamente a gestão democrática da cidade, também componente do artigo segundo do Estatuto da Cidade, o Tribunal de Justiça foi além e situou o núcleo da argumentação principiológica e fundamental no direito à cidade, usando da lógica que foi aqui exposta como razões de decidir, obrigando a municipalidade a respeitar o direito à cidade em favor de toda a população urbana local. *In verbis*, trecho do voto proferido por Renato Nalini exteriorizando a fundamentalidade do direito à cidade:

Destaque-se que a cidade é o espaço privilegiado da (re)produção de relações sociais, da dimensão do trabalho, da cultura, da economia e da política. É o locus de permanente intercâmbio entre as pessoas, a objetivação de inúmeras subjetividades cuja marca é a diferença. É o espaço no qual se desenvolve a esfera pública, responsável por tensionar o sistema político a se mobilizar em prol do bem comum. O direito à cidade, por consequente, é o direito difuso e coletivo de toda uma comunidade de usufruir do espaço da cidade. Espaço que pode ser caracterizado como verdadeiro meio ambiente urbano, a fazer incidir, em sua proteção, toda a principiológica constitucional aplicável ao direito fundamental ao meio ambiente saudável. A emergência da desordem nas grandes metrópoles do mundo fez erigir o direito à cidade como um direito humano fundamental, a merecer, inclusive, especial atenção do legislador constituinte e de organismos multilaterais internacionais, como a Organização das Nações

¹⁸¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2500592820118260000**. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator Des. Renato Nalini, julgado em 20/10/2011, publicado em 28/10/2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20671176/agravo-de-instrumento-ai-2500592820118260000-sp-0250059-2820118260000-tj-sp/inteiro-teor-110054209>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Unidas, além de inúmeros documentos, dos quais se destacam ao menos os dois últimos planos nacionais de Direitos Humanos (PNDHs) do Brasil. Afinal, é na cidade em que vive mais de 70% da população brasileira e mundial. A efetividade do direito à cidade deve ser operada a partir do paradigma da democracia participativa, garantida pela Ordem Fundante e ainda longe de ser concretizada. Tal paradigma invoca o dever de se chamar à discussão todos os envolvidos por empreendimentos que impliquem em intervenção no espaço urbano, tal como na elaboração do Plano Diretor.¹⁸² (Grifo nosso).

Dessa maneira, como parcial conclusão dos pontos até aqui expostos, tendo em vista o lento, impactante e custoso processo de construção do direito à cidade a fim de que se adapte um direito síntese, formando um *nexus* de reivindicações urbanas tendentes à melhoria geral dos habitat humanos do futuro (as cidades), seu caráter prospectivo e que os elementos componentes do direito à cidade são direitos fundamentais, a conclusão não é outra senão que o direito à cidade ostenta natureza jurídica de direito fundamental, resultante da Constituição Federal de 1988.

3.3 EFICÁCIA E PERSPECTIVAS DO DIREITO À CIDADE

A parcial conclusão de que o direito à cidade ostenta caráter de direito fundamental vem dotada de fortes consequências para o ordenamento jurídico como um todo, a começar com a necessidade interpretativa de uma leitura conforme este direito. Observa-se, então, a transformação da plataforma de mudanças sociais idealizada por Henri Lefebvre em preceito jurídico passível de ser exigido por particulares.

A fundamentalidade de que é dotado o direito à cidade, gera inexoráveis e correspondentes eficácias objetiva e subjetiva, inerentes a todos os direitos fundamentais que compõem seu núcleo. A doutrina especializada de Ingo Sarlet¹⁸³ explica as perspectivas dos direitos fundamentais, que podem ser resumidas nos seguintes termos: os direitos fundamentais consagram direitos subjetivos individuais, pelos quais um indivíduo pode exigir, perante o Judiciário, proteção contra dano ou ameaça. Porém, em uma perspectiva objetiva, os direitos fundamentais fornecem

¹⁸² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2500592820118260000**. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator Des. Renato Nalini, julgado em 20/10/2011, publicado em 28/10/2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20671176/agravo-de-instrumento-ai-2500592820118260000-sp-0250059-2820118260000-tj-sp/inteiro-teor-110054209>>. Acesso em: 14 set. 2017.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.149.

diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários do Estado, pois são decisões valorativas do constituinte.

Como alguns dos desdobramentos dessa perspectiva objetiva de direitos fundamentais, o que é aplicável ao direito à cidade, estão a eficácia dirigente (ordens dirigidas ao Estado, que não se confundem com eventuais normas de cunho impositivo que gerem direitos subjetivos individuais¹⁸⁴), ser parâmetro para controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos¹⁸⁵, a eficácia irradiante (fornecem parâmetros para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional¹⁸⁶, sendo esta eficácia associada àquela na esfera privada, conhecida como eficácia horizontal), e o estabelecimento de deveres de proteção por parte do Estado, bem como o dever de criação de organizações e de procedimentos (o que externa íntima relação entre direitos fundamentais com elementos organizacionais e procedimentais para sua concretização¹⁸⁷).

Marcante exemplo desse uso do direito fundamental à cidade como parâmetro de controle de constitucionalidade material está em decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de Lei Municipal na qual detectou-se grave violação do direito à cidade (ADI nº 9055901-19.2008.8.26.0000 de 04/05/2011). De relatoria do Desembargador Renato Nalini:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei municipal que autoriza o fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas residenciais, inclusive com acesso controlado - Vício de iniciativa patente - Inteligência dos arts. 21 e 30, i, da Constituição Federal de 1988 - Ação Procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade - Lei municipal que autoriza o fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas residenciais, inclusive com acesso controlado inadmissibilidade - Núcleo semântico do direito à cidade que não harmoniza com a legislação questionada - O direito fundamental à cidade não pode ser confundido com inexistente direito fundamental a se criar espaços segregados na cidade -Incidência do princípio da vedação de retrocesso - Precedentes doutrinários - Ação procedente.¹⁸⁸

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.152.

¹⁸⁵ Ibidem, p.153.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ibidem, p.156.

¹⁸⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **ADI nº 9055901-19.2008.8.26.0000**. Órgão Especial. Relator Des. José Renato Nalini, julgado em 04/05/2011, publicado em 15/07/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249718&cdForo=0>>. Acesso em: 10 set. 2017.

No caso em comento, o Município de Mairiporã/SP editou Lei que continha grave violação aos direitos de ir e vir e ao direito de acesso a bens públicos de uso comum, impedindo, inclusive a participação popular. O diploma Municipal apresentou diversas formas de inconstitucionalidade, mas todas centralizadas naquilo que o Desembargador Relator chamou de direito fundamental à cidade, local de encontro dos direitos afetos ao urbano:

O direito à cidade, por consequente, é o direito difuso e coletivo de toda uma comunidade de usufruir do espaço da cidade. Espaço que pode ser caracterizado como verdadeiro meio ambiente urbano, a fazer incidir, em sua proteção, toda a principiologia constitucional aplicável ao direito fundamental ao meio ambiente saudável. [...] E como se deve operacionalizar o direito à cidade? A partir do paradigma da democracia participativa, garantida pela Ordem Fundante e ainda longe de ser concretizada. Tal paradigma invoca o dever de se chamar à discussão todos os envolvidos por empreendimentos que impliquem em intervenção no espaço urbano, tal como na elaboração do Plano Diretor. Questiona-se: a lei combatida, que evidentemente afeta a todos os munícipes, foi editada após intenso debate público acerca de sua pertinência? Ou envolveu apenas o que RAQUEL ROLNIK, brasileira e relatora especial para o Direito à Moradia Digna da ONU, chama de “os interlocutores preferenciais, ‘clientes’ dos planos e leis de zoneamento, que dominam sua linguagem e simbolização”? Essa a postura que se espera do Poder Público quando se está diante de matéria afeita ao direito à cidade.¹⁸⁹

Mais grave ainda foi a justificativa da Lei, a qual expressamente defendia a segregação de certos grupos sociais por razões ditas de “segurança”, exteriorizando mais demonstrativos de que os ensinamentos de Henri Lefebvre estão corretos e de acordo com a realidade fática do urbano.

Porque, então, a lei questionada é inconstitucional? A resposta é evidente: porque, se é admitida a existência do direito fundamental à cidade, não se pode admitir, por flagrante liberalidade discursiva, o direito fundamental à segregação do espaço urbano, bem de uso comum do povo. A construção discursiva em torno de opinião diversa deve ser afastada pela incidência do princípio da proibição de retrocesso que, como acentuado, é decorrência da influência do direito ao meio ambiente saudável no contexto urbano. Por que, contudo, ela existe e, em muitos casos, prospera? Nesse sentido, por que colocar em primeiro plano a (pretensa) segurança da “classe média que paga impostos” e, em segundo plano, o direito fundamental à cidade que pertence, difusamente, a toda a coletividade? E também: qual a finalidade de um “fechamento normalizado de ruas sem saída, vilas e loteamentos situados em áreas estritamente residenciais”, com “acesso controlado a essas áreas”? A resposta é evidente: criar espaços de segregação social, cada vez mais comuns em São Paulo, sempre com o fito de separar a

¹⁸⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **ADI nº 9055901-19.2008.8.26.0000**. Órgão Especial. Relator Des. José Renato Nalini, julgado em 04/05/2011, publicado em 15/07/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249718&cdForo=0>>. Acesso em: 10 set. 2017.

“classe média” da “plebe ignara”. Com qual fundamento? Corriqueiramente, de evitar os efeitos da violência que grassa nas grandes metrópoles brasileiras, provocado, entre outros, pela omissão da Administração Pública em cumprir com dever constitucional. O relato beira ao simplismo panfletário. Contudo, essa é a justificativa ofertada pela Câmara Municipal, *in verbis*: “Na verdade, é preciso reconhecer que a violência urbana é um mal gravíssimo que aflige principalmente a classe média que paga a maior parte dos impostos e não tem a segurança garantida com eficiência pelo Poder Público”.¹⁹⁰ (grifos nossos).

Esse era o “zoneamento” tão criticado por Lefebvre, consoante relatado ao primeiro capítulo desta pesquisa. Não se trata de uma forma de planejamento para situar atividades em locais adequados, mas sim de dividir e propositalmente criar “guetos”, seja para a classe baixa, seja para a classe média. *In casu*, o “planejamento” era no sentido não de organizar para funcionalizar ou para melhorar, mas sim para discriminar e segregar, isolando grupos considerados privilegiados (e, outros, perigosos), atacando direitos em nome de uma suposta noção de segurança.

Nelson Saule Júnior¹⁹¹, apesar de não utilizar a expressão de Ingo Sarlet, indica compartilhar de semelhante ideia no tocante à eficácia objetiva, pois gera compromisso de cumprimento aos parlamentares representantes do povo, aos quais não é dado contra ele legislar sem incorrer em inconstitucionalidade material:

O Direito à cidade vem caminhando em uma rota ascendente como paradigma para o estabelecimento e cumprimento de compromissos e medidas que devem ser assumidos pela sociedade civil, pelos governos locais e nacionais, parlamentares e pelos organismos internacionais, para que todas as pessoas vivam com dignidade em nossas cidades. O Direito à cidade amplia o tradicional enfoque sobre a melhora da qualidade de vida das pessoas centrado na moradia e no bairro até abarcar a qualidade de vida à escala da cidade e de seu entorno rural, como um mecanismo de proteção da população que vive nas cidades ou regiões em acelerado processo de urbanização. Isso implica enfatizar uma nova maneira de promoção, respeito, defesa e realização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais garantidos nos instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos.

Os autores Cláudio Carvalho e Raoni Rodrigues¹⁹², após descreverem o conteúdo plural do direito à cidade, negam sua eficácia objetiva, *in verbis*:

¹⁹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **ADI nº 9055901-19.2008.8.26.0000**. Órgão Especial. Relator Des. José Renato Nalini, julgado em 04/05/2011, publicado em 15/07/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249718&cdForo=0>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁹¹ SAULE JUNIOR, Nelson. Os caminhos para o desenvolvimento da função socioambiental da propriedade pública no Brasil. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.313.

¹⁹² CARVALHO, Cláudio; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade**. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2016. p.47.

É enganoso imaginar, entretanto, que o conceito de Direito à Cidade, apesar da carta de intenções sinalizada acima, possa ser extraído tão facilmente. Em primeiro lugar, não se trata de um conjunto de normas e princípio que regem as relações sociais no âmbito citadino, delimitando sua organização espacial, as regras de conduta, o funcionamento das instituições, os mecanismos de participação popular, etc. Estes aspectos se referem ao Direito urbanístico. O “Direito” contido na expressão Direito à Cidade não se refere ao caráter objetivo do termo, mas ao subjetivo, já que trata da pretensão que o indivíduo tem de ter acesso a determinado bem jurídico.

Da forma como exposto pelos autores supracitados, o direito à cidade seria uma ferramenta de litígio somente, ao invés de parâmetro para a transformação e direcionamento das políticas públicas urbanas. Tal posição parece em descompasso com a teoria que se aplica não apenas ao direito à cidade, mas aos direitos fundamentais como um todo, e teriam consequências negativas se levadas a efeito (além de excessiva judicialização das matérias).

Reconhecendo-se a fundamentalidade do direito à cidade, derivada das próprias fundamentalidades de seus direitos parcelares, é inexorável a ilação de que possuirá efeitos de ordem objetiva e subjetiva, verticais e horizontais (em outras palavras, oponibilidade perante o Estado e perante particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas).

Um emblemático exemplo do uso do direito à cidade em sua perspectiva subjetiva, como fundamento de pretensão judicial individual, cita-se novamente o caso da Apelação Cível nº 00513156020128260515, da Comarca de Rosana/SP, de relatoria do Desembargador José Manoel Ribeiro de Paula, do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a seguinte ementa:

DANOS MORAIS E MATERIAIS Alagamento em razão de fortes chuvas que atingiram residência Pretensão de indenização por danos morais e materiais Omissão da Administração Fatos imputados à Administração Pública Responsabilidade civil subjetiva do Estado - Inversão do ônus da prova decorrente da hipossuficiência do particular - Direito à Cidade - Sentença de procedência mantida Recurso desprovido.¹⁹³

No caso, devido a uma multiplicidade de fatores, a parte requerente teve vários de seus direitos concomitantemente violados por condutas da administração pública, as quais, em conjunto, constituíram violação do direito subjetivo individual à

¹⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00513156020128260515**. 12ª Câmara de Direito Público. Relator Des. JM Ribeiro de Paula, julgado em 16/12/2015, publicado em 12/01/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9101458&cdForo=0>>. Acesso em: 14 set. 2017.

cidade. Essa violação “conjunta” de uma série de direitos (os quais, conforme se explicou até aqui, possuem como ponto de encontro e objetivo comum o direito à cidade) relacionados à moradia, meio ambiente, saneamento, serviços públicos, acabaram por gerar a inexorável conclusão de que foi possível se falar em danificação ao direito à cidade. Assim foi fundamento direto do voto acolhido no acórdão:

Os depoimentos são claros em afirmar questões como: ausência de rede de esgoto na região, que corre a céu aberto; ocorrência reiterada de enchentes que, invariavelmente, transformam a residência em lago, destruindo toda sua plantação. Há, inclusive, testemunho de despejo de lixo pela Municipalidade na região, evidenciando o desrespeito ao internacionalmente reconhecido direito à Cidade. Tem-se, pois, que a Municipalidade de Rosana vem, sistematicamente, desrespeitando um plexo de direitos fundamentais do autor, consolidado no chamado Direito à Cidade, assim definido pelo Estatuto das Cidades, no artigo 2º, incisos I e II: 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: I garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, produzida pelo Fórum Social Mundial Policêntrico, no ano de 2006, define assim o Direito à Cidade: “O Direito à Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseados em seus usos e costumes, com objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente de todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais que já estão regulados nos tratados internacionais de direitos humanos. Este supõe a inclusão do direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; de fundar e filiar-se a sindicatos; de acesso à seguridade social e saúde pública; de alimentação, vestuários e moradia adequados; de acesso à água potável, à energia elétrica, o transporte e outros serviços sociais; a uma educação pública de qualidade; o direito à cultura e à informação; à participação política e ao acesso à justiça; o reconhecimento do direito de organização, reunião e manifestação; à segurança pública e à convivência pacífica. Inclui também o respeito à minorias e à pluralidade étnica, racial, sexual e cultural, e o respeito aos migrantes. O território das cidades e seu entorno rural também é espaço e lugar de exercício e cumprimento de direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e o desfrute equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e oportunidades que brindam as cidades. Por isso o Direito à Cidade inclui também o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, ao desfrute e preservação dos recursos naturais, à participação no planejamento e gestão urbanos e à herança histórica e cultural”. (Carta Mundial pelo Direito à Cidade Fórum Social Mundial Policêntrico 2006)

Correto o entendimento do juízo a quo, ao configurar a ocorrência do dano moral, decorrente das repetidas lesões a direitos do autor e de sua família, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana, condição essencial de tais direitos.¹⁹⁴ (Grifo nosso).

De uma maneira geral, é preferencial que o Estado cumpra por si, na forma da administração do Poder Executivo, o direito à cidade, sem que surja necessidade de demandas individuais, pena de excessiva judicialização. Assim, o aspecto mais importante da perspectiva objetiva do direito fundamental à cidade está em criar deveres para o Estado, conforme ressalta Rosângela Luft¹⁹⁵:

A Constituição da República estabelece os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º), de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) e de direitos e garantias fundamentais de caráter individual ou coletivo (Título II e outros dispositivos) que são hábeis a traduzir o conteúdo e condições do mínimo ético. A vinculação das políticas públicas (urbanísticas) à tratada premissa material da factibilidade ética do sujeito vivo é apenas uma maneira de aventar teoricamente aquilo que é consagrado pelos juristas: a obrigatoriedade de as ações governamentais se respaldarem nos princípios e direitos fundamentais e, de consequência, serem eles o substrato e a finalidade das políticas públicas.

Dessa maneira, direta e essencial consequência do estabelecimento do direito à cidade como direito fundamental síntese de caráter principiológico é a obrigatoriedade de sua observância em todas as esferas e níveis de poder do Estado brasileiro, bem como com o imperativo de buscar a maior eficácia possível do direito. O particular que tiver violado seu direito fundamental à cidade poderá, com base neste, buscar proteção com as devidas ações judiciais e remédios constitucionais. Sua eficácia afetará particulares na medida do possível, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (os quais também podem assumir a face de deveres fundamentais).

¹⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00513156020128260515**. 12ª Câmara de Direito Público. Relator Des. JM Ribeiro de Paula, julgado em 16/12/2015, publicado em 12/01/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=9101458&cdForo=0>>. Acesso em: 14 set. 2017.

¹⁹⁵ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.100.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Até a presente etapa da pesquisa teve-se como escopo, sucessivamente, a análise da gênese do direito à cidade sob perspectiva histórica, sociológica e jurídica (seja no plano internacional, seja no nacional), e do conteúdo abarcado e protegido pelo manto desse direito, com especial atenção aos efeitos derivados dos *status* já firmados doutrinária e jurisprudencialmente das partes componentes do todo. Para essa terceira e última etapa da pesquisa, o objetivo é instrumental, buscando formas de se concretizar (ou, no mínimo, de se fomentar) o direito à cidade, com a finalidade de que, caso sejam ouvidas jurídica e politicamente as vozes que lutam por este direito, o mesmo não se torne apenas mais uma promessa carente de efeitos práticos.

O já mencionado autor Cláudio Ari de Mello¹⁹⁶ explica que o escopo e a consequência da construção da teoria jurídica do direito à cidade é sua exigibilidade às raias do Judiciário, no caso de falhas do aparato administrativo, *in verbis*:

O direito à cidade já se estabeleceu como um importante conjunto de argumentos no debate político sobre gestão urbana, especialmente pelo esforço de pensadores e atores de diferentes áreas para definir uma agenda crítica e propositiva para o desenvolvimento sustentável das cidades. Entretanto, na medida em que o direito à cidade foi sendo incorporado ao direito positivo, naturalmente surge a expectativa de que ele possa usufruir da propriedade típica dos direitos jurídicos que é a exigibilidade judicial de seu conteúdo normativo, em caso de incumprimento das ações que satisfazem esse direito por parte dos respectivos responsáveis. Ocorre que a construção da justiciabilidade de um direito coletivo dotado essencialmente de pretensões positivas tem se mostrado uma tarefa difícil na práxis jurisdicional. O objetivo central da configuração de uma teoria jurídica do direito à cidade é precisamente oferecer uma estrutura conceitual que permita o recurso efetivo à tutela judicial desse direito. Este artigo pretendeu justamente contribuir para o enfrentamento do desafio de afirmar o caráter jurídico do direito à cidade.

Reconhecido o direito à cidade como princípio fundamental do direito urbanístico, instituto em vias de construção e de implementação, é dever do Estado sua efetivação. O Estatuto da Cidade dedica boa parte de seu texto ao elenco de instrumentos tendentes a realizar políticas urbanas, e é intrínseca à expressão “direitos e garantias fundamentais” a necessidade de se concretizar as promessas constitucionais. Em seu artigo 4º, para o fim de desenvolver as funções sociais da

¹⁹⁶ MELLO, Cláudio Ari. **Elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade**. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 437-462, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26883>>. Acesso em: 24 nov. 2017. p.459.

cidade (objetivo este mencionado ao artigo 2º), elenca amplo rol de instrumentos jurídicos, políticos e econômicos. Ademais, é cada vez mais reconhecida na doutrina constitucional a dimensão procedimental dos direitos fundamentais. Não basta que a Constituição preveja um direito fundamental: se faz igualmente essencial que seja previsto um procedimento tendente a assegurar este direito. Konrad Hesse, citado por Ingo Sarlet¹⁹⁷, sustentou a tese de que a organização e o procedimento podem ser considerados, em muitos casos, até mesmo o único meio para alcançar um resultado conforme os direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia. Por exemplo, de nada adianta existir a previsão do direito fundamental à liberdade se não existir o *habeas corpus* a fim de proteger esse direito no campo instrumental. Daí que deriva a clássica definição de Rui Barbosa no tocante a distinção entre direitos e garantias fundamentais: direitos são os benefícios jurídicos previstos propriamente ditos, enquanto as garantias são os instrumentos pendentes a proteger e efetivar esses direitos.

Ciente disto, o constituinte originário prestigia a necessidade instrumental. Os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, além de estabelecer direito ao bem-estar dos habitantes das cidades e função social da propriedade, já positiva em seara constitucional os instrumentos da usucapião especial urbana (modalidade individual, expandida pelo Estatuto da Cidade), de desapropriação sanção e obrigatoriedade de plano diretor. Ademais, a ausência de instrumentos leva àquilo que Marcelo Neves¹⁹⁸ chama de constitucionalização simbólica, caracterizada por normas meramente ilustrativas ou demagógicas, sem pretensão de tornarem-se efetivas. Nas palavras de Edésio Fernandes¹⁹⁹:

[...] confirmando e ampliando o espaço constitucional garantido para a ação dos municípios no controle do processo de desenvolvimento urbano, o Estatuto da Cidade não só regulamentou os instrumentos urbanísticos pela Constituição de 1988, como também criou outras possibilidades.

Não é apenas a legislação ordinária que cria instrumentos tendentes a dar eficácia a esse direito fundamental. Muitas vezes são os Tribunais e suas

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.201.

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.101.

¹⁹⁹ FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira (coord.). **Direito à cidade moradia e equilíbrio ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.8.

Corregedorias-Gerais de Justiça, que através de atos administrativos normativos, geram instrumentos aptos a dar eficácia a este direito fundamental. Com efeito, é possível identificar uma multiplicidade de procedimentos tanto na legislação ordinária como nas normas administrativas. Como exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul foi criado o projeto More Legal por meio de provimento da corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 1995, idealizado pelo então Desembargador Décio Antônio Erpen. Hoje, esse projeto encontra-se em sua quarta edição, e harmonizado com a legislação federal, em relação à qual, inobstante, teve vanguarda. Aliás, vem se tornando comum no Brasil a federalização de projetos estaduais que apresentam resultados positivos, por meio de legislação ou de atos administrativos do CNJ.

O exemplificativo provimento More Legal IV foi fruto de diversas experiências jurídicas e urbanísticas, além de constante diálogo e atuação coordenada entre Poder Judiciário, Registros de Imóveis e Municípios, e o supracitado exemplo possuía bases legais na Lei 11.977/09, que teve boa parte de seu texto substituído às pressas pela via da Medida Provisória. Substituições parciais de leis já consolidadas e em vias de aplicação dificultarão de sobremaneira a instrumentalização dos direitos fundamentais, em especial se não há atenção para um processo de transição. Dentro da ótica do princípio da máxima eficácia da Constituição, essas normas administrativas devem ser aplicadas em detrimento de eventual corpo legislativo ordinário inconstitucional que se mostre menos protetivo e viole o direito fundamental à cidade, e se as normas administrativas apresentarem-se mais eficazes em relação aos referidos direitos fundamentais.

Outrossim, em se tratando de fatores de urbanização, além do dever do Estado de agir positivamente para a concretização dos fins constitucionais, a iniciativa privada é responsável por grande parte da criação e do desenvolvimento de cidades. O uso de mecanismos empresariais privados de mercado imobiliário é um importante fator de desenvolvimento econômico, todavia, conforme já se frisou em várias oportunidades nesta pesquisa, se isolado e desregulado, é insuficiente e maléfico para concretização do direito à cidade. Dessa mesma forma é insuficiente a existência apenas de direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdade e igualdade formal) para a garantia da dignidade da pessoa humana, isto é, são apenas uma parte de um todo que se pretende atingir.

Dentre a atual literatura urbanística nacional, merece destaque a obra realizada por Rosângela Maria Luft²⁰⁰ intitulada “Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade”, a qual baseia sua abordagem em três pontos: legitimidade institucional, processo político e materialidade ética. O primeiro diz respeito, antes de se analisar a questão do protagonismo municipal na urbanização, ao grau de intervenção ou de abstenção do Estado na atividade urbanística, onde haverá opções políticas por um estado mais interventor e ativo, ou se apenas deve regular a atividade. Já o processo político diz respeito ao planejamento prévio, obrigatório e participativo, e no qual - mantido espaço de contestação - haverá disputa de opiniões²⁰¹. A materialidade ética, terceiro elemento da importante busca pela efetivação do direito à cidade, diz respeito a uma reserva mínima de valores humanos que devem ser buscados e garantidos, em preferência a outros aspectos - porém, as políticas apenas podem trabalhar outros aspectos após pensarem em necessidades essenciais²⁰².

Extremamente interessantes as colocações da autora acerca da factibilidade ética nas políticas públicas, ressaltando a existência de necessidades inadiáveis derivadas da existência humana digna, das quais se devem tratar antes de se criar quantidade de exigências secundárias²⁰³. Assim, não é “factível” (não sendo, portanto, eficiente ou eficaz) a criação de exigências secundárias sobre pessoas que não tiveram garantia de suas exigências primárias – e, aquilo que valora uma necessidade como primária ou secundária irá variar de acordo com a ética. Os ensinamentos da autora encaixam-se perfeitamente naquilo que se defendeu acerca da lei do parcelamento do solo urbano previamente. Ora, a Lei 6.766/79 criou numeroso rol de requisitos para que um loteamento se considere regular, levando muitas pessoas à clandestinidade pelo simples fato de quererem uma moradia (aqui considerada apenas como abrigo básico contra os elementos da natureza, sequer se cogitando elementos outros como até a própria segurança estrutural da construção). Em diversos casos de loteamentos irregulares, os defeitos identificados derivam não diretamente do aspecto moradia, mas sim de aspectos legais formais criados com o fim de salvaguardar valores outros que o legislador teve, no momento da elaboração

²⁰⁰ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.28.

²⁰¹ Ibidem, p.29

²⁰² Ibidem, p.91.

²⁰³ Ibidem, p.99.

da Lei, como caros. Pode se tomar como exemplo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

USUCAPIÃO. IMÓVEL. ÁREA MENOR. MÓDULO MÍNIMO. Trata-se de ação de usucapião extraordinário em que se pretende usucapir imóvel com área menor do que o módulo mínimo estabelecido pela lei municipal. No caso, o imóvel pretendido tem 126m², enquanto o Plano Diretor do Município disciplina que o módulo mínimo para parcelamento de solo urbano no local é de 250m². Logo não se pode deferir a pretensão do recorrente, pois o imóvel que busca usucapir não atende as normas que estabelecem o módulo mínimo. Não se pode legalizar o que a lei não permite. Assim, a Turma não conheceu do recurso²⁰⁴.

No caso, um indivíduo, buscando moradia, ocupou terreno sem atentar ao tamanho da área, buscando o abrigo como valor primário. O Tribunal, ao contrário, discordando da valoração ética realizada pelo ocupante, deu preferência para a efetivação daquilo que vem previsto nas normas de urbanização municipal. A Lei 6.766/79, em seu artigo 4º, estabelece requisitos mínimos para os lotes, dentre os quais uma área básica de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados). Curiosamente, no caso em comento, a ética do ocupante estava de perfeito acordo com a valoração métrica estabelecida pelo legislador federal – porém, para seu infortúnio, em descompasso com a valoração métrica do legislador municipal. O que foi factível para o ente federal e para o ocupante do terreno não o foi para o ente municipal – e isso apenas em termos de medidas, pois o que de fato era factível e buscado pela pessoa natural do caso era uma moradia, não uma metragem de área.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, utilizando-se de interpretação que busca a máxima efetividade dos direitos fundamentais, divergiu desse entendimento, proferindo o seguinte julgado em 29 de abril de 2015, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido. 1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m². Pretensão da parte

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 402.792-SP**. Relator Min. Jorge Scartezzini, julgado em 26/10/2004, publicado em 06/12/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200013175>. Acesso em: 12 set. 2017.

autora de usucapir porção de 225 m², destacada de um todo maior, dividida em composesse. 2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal. 3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote). 4. Recurso extraordinário provido²⁰⁵.

Nesse caso, interpretou-se que o direito à moradia, gerado pelo instrumento constitucional da usucapião especial urbana, não é passível de ser tolhido por conta de unidades matemáticas métricas que o ente municipal viu por bem adotar, ainda que com essa medida se busque maior ordenação territorial ou paisagística. Já se dissertou, ao tratar de normas constitucionais, que estas, quando relativas a direitos fundamentais, não adotam primazia apriorística entre si; todavia, a Constituição Federal ostenta, sim, hierarquia superior ao restante do arcabouço normativo nacional – nestas inclusas as normas de parcelamento do solo presentes em legislação ordinária federal e municipal. Segundo a Constituição Federal, e como bem explica Maria Rosângela Luft, a questão a ser debatida é muito mais profunda e diz respeito à factibilidade ética das realidades que se pretende normatizar.

A diferença entre realidades é sentida mesmo no processo de construção internacional do direito à cidade, que foi previamente analisado. Conforme já se disse, um dos grandes desafios da elaboração de instrumentos internacionais justamente reside em criar consenso entre povos de idiomas e culturas extremamente diversas, as quais denotarão diferentes necessidades e preferências, assim como diferentes preconceitos. Cita-se como exemplo a preocupação da Agenda Habitat III em criar “cidades inteligentes”, as chamadas “*smart cities*”, em cujas infraestruturas pretende-se a inserção de tecnologias tais que fiquem resolvidos problemas de energias, ambientais, transportes e afins. De fato, apesar de o idealizador do direito à cidade criticar com veemência o “cientificismo” e as tecnologias – por enxergar nestas uma fonte de “novas necessidades” e, pois, de “novas pobrezas”²⁰⁶ – a visão mais moderna e internacional enxerga a salvação de muitos direitos básicos através dos avanços tecnológicos. Através dessas novas técnicas é possível baratear o acesso à saúde, a energias, meios de transporte e

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 422349/RS**. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 29/04/2015, publicado em 05/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁰⁶ LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011. p.124-125.

mesmo à construção de moradias²⁰⁷. A citada plataforma do conselho de cidades inteligentes, reconhecendo a pesada desigualdade urbana no planeta, justamente propõe que somente a “inovação gera a inclusão”²⁰⁸.

Igualmente, não se pode ignorar que o Brasil é um país emergente, bastante desigual e portador de dimensões continentais, e apenas pouco mais da metade dos Municípios sequer possuem planos diretores. Assim, a solução de problemas urbanísticos graves, que possuem raízes em problemas sociais, pela criação de novas tecnologias é um projeto programático, lento e paulatino.

Para que não se prive dessa abordagem há a necessidade de um olhar à realidade, importante exteriorizar que grande parte das políticas públicas habitacionais e urbanísticas dependerão de investimentos públicos e de ação direcionada por parte dos gestores públicos (o que se poderia chamar de “boa vontade” política para o fim de concretizar direitos fundamentais sociais), a exemplo do que ocorre com a questão da moradia para magistrados e integrantes do Ministério Público, para os quais já foram gastos mais de quatro bilhões e meio²⁰⁹ de reais desde setembro de 2014 a título de “auxílio-moradia”.

Diante da premente necessidade de efetivação, em especial usando-se de meios legislativos e administrativos concretizadores de direitos fundamentais, serão objeto de análise as principais formas de se chegar o mais próximo possível do direito ao usufruto equitativo das qualidades inerentes ao urbano. Desde já, vislumbra-se como hipótese ser a regularização fundiária a política pública, em tese, mais completa e abrangente para a finalidade proposta – com a limitação de que, dado o instável cenário atual do ordenamento brasileiro e das bases legislativas, em constante mudança, o estabelecimento de parâmetros para a pesquisa desse instrumento envolve análise legislativa e doutrinária. Além desta, será tratada a usucapião, ou prescrição aquisitiva, por já ser instrumento histórico e consagrado

²⁰⁷ Cita-se como exemplo a impressora 3D que constrói uma casa em 24 horas. (CASA é feita com impressora 3D em 24 horas (por R\$ 32 mil). **GQ Brasil**, 03 mar. 2017. Disponível em: <<http://gq.globo.com/Prazeres/Design/noticia/2017/03/casa-e-feita-com-impressora-3d-em-24-horas-por-r-32-mil.html>>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²⁰⁸ SMART Cities Council. 2017. Disponível em: <<http://smartcitiescouncil.com/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

²⁰⁹ LIMINARES de Fux sobre auxílio moraria já custam R\$ 4,5 bilhões aos cofres públicos. **Contas Abertas Notícias**, 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/site/orcamento/liminares-de-fux-sobre-auxilio-moradia-ja-custam-r-45-bilhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

para garantia da propriedade, sendo adotada como fase final do procedimento de regularização fundiária, e instrumental a esta.

4.1 A RELAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À CIDADE

Antes de se analisar os instrumentos legislativos postos à disposição (ou revogados) dos operadores do direito para a concretização do direito à cidade, algumas considerações sobre o papel do Poder Judiciário devem ser tecidas. É frequente a alegação, com tons de objeção, de que a postura do Poder Judiciário que busca concretizar direitos fundamentais representa o chamado ativismo judicial, tema este que divide a doutrina. Seguindo-se o raciocínio exposto nos capítulos primeiro e segundo desta pesquisa, é inevitável a conclusão de que o Estado Brasileiro tem o dever, perpassando os três Poderes, de concretizar o direito à cidade da maneira mais efetiva possível, havendo obrigações para administradores, legisladores e magistrados no mesmo nível constitucional. Ainda, conforme se explicou, será da natureza principiológica do direito à cidade encontrar resistências, seja por parte do orçamento estatal, seja por parte de outros direitos fundamentais antagônicos.

Mais precisamente, é sobre o ente federado Município que a maioria dos teóricos enxerga a realizabilidade do direito à cidade – lembrando que, apesar de ser o ente mais próximo ao cidadão, é também o que menos carga tributária arrecada pelo seu sistema fiscal. Rosângela Luft²¹⁰ disserta quanto à legitimidade do ente municipal:

O Município, enquanto pessoa jurídica de direito público interno com competências fixadas na Constituição da República tem necessidade ininterrupta de, através de suas instituições, legitimar sua intervenção nas propriedades pública e privada, operacionalizada através das práticas de planejamento e ordenação urbanas. Não se deve esquecer que, nesta seara, a legitimidade não é algo posto ou absoluto, mas algo construído e reconstruído a cada dia. As instituições públicas apenas continuarão a estar sua legitimidade enquanto responderem de maneira eficiente e democrática às demandas apresentadas e deliberadas no processo político. O planejamento urbano e as políticas urbanas nas quais elas se inserem devem acompanhar tal baliza; caso contrário, não serão instrumentos aptos à emancipação social, econômica e política das cidades, nem à efetivação de um Estado constitucional democrático.

²¹⁰ LUFT, Rosangela Marina. **Políticas públicas urbanas**: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.55.

José dos Santos Carvalho Filho²¹¹ demonstra visão prática e realista ao comentar a diretriz contida no inciso XI do artigo 2º do Estatuto da Cidade (“recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”). Para o autor, o Município poderá recuperar o que foi investido em infraestrutura pelo menos de três maneiras. Primeiro, pelo IPTU (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana), imposto de caráter fiscal, que terá natural aumento causado pela valorização imobiliária – pois sua base de cálculo é o valor venal dos imóveis. Segundo, será possível a instituição de contribuição de melhoria caso seja efetivada obra pública da qual decorra valorização imobiliária (os possíveis problemas deste são a necessidade de lei prévia prevendo essa valorização, além dos limites global e individual de cobrança da contribuição de melhoria²¹²). Terceiro, em caso de valorização extraordinária será possível o uso da chamada desapropriação por zonas (artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365/41), onde tais imóveis, previstos previamente em decreto de utilidade pública, serão desapropriados e novamente alienados²¹³. Não se deve ignorar as severas críticas que esta terceira recebe da doutrina administrativista moderna²¹⁴, tendo em vista que o Estado age como verdadeiro especulador imobiliário, perseguindo o chamado interesse público secundário (o interesse patrimonial do Estado) em detrimento do interesse público primário (efetivo interesse da coletividade), pois se desapropria não para o uso coletivo, mas para revenda com lucro.

Todavia, o Poder Judiciário não pode ficar alheio a uma norma de base constitucional e de conteúdo fundamental, possuindo o dever de atuar quando provocado. Destarte, é bastante difícil conceituar o que é o ativismo judicial. A imensa quantidade de temas que o Judiciário analisa, aliado às variações interpretativas de quem utiliza as palavras, por vezes de forma elogiosa da forma como esse Poder busca concretizar direitos fundamentais, e por outras vezes pejorativa, por parte de quem acredita que excessos são cometidos por essa via, torna difícil o debate sobre o tema. O termo é muitas vezes usado, na forma pejorativa, como sinônimo de “excesso” cometido pelo Poder Judiciário, atuando em

²¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.58.

²¹² A contribuição de melhoria, consoante o Código Tributário Nacional, não pode gerar lucro para o poder público e nem prejuízo para os particulares. Portanto, o limite global é o custo da obra, e o limite individual é a valorização imobiliária obtida por cada pessoa afetada.

²¹³ CARVALHO FILHO, op. cit., p.57.

²¹⁴ Ibidem.

espaços que caberiam a outros poderes (em especial no tocante a decisões sobre inconstitucionalidade de leis ou sobre mérito administrativo).

O uso do termo “ativismo judicial” começou nos Estados Unidos, em 1947, por parte do historiador Arthur Schlesinger, o qual classificou de ativistas os Juízes da Suprema Corte que buscavam defender liberdades individuais e direitos sociais, nomeando os demais de “campeões de autorrestrrição”²¹⁵. Barroso²¹⁶ defende um conceito comportamental de ativismo, elencando as principais condutas que assim considera ativista:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Não merecem reparos as colocações supracitadas. De fato, a simples declaração de inconstitucionalidade de ato normativo não é ativismo: é tão somente o exercício regular de uma competência constitucional outorgada tanto ao STF como aos demais Tribunais e magistrados. Haverá ativismo quando, por outro lado, buscase expandir o controle de constitucionalidade, ampliando o alcance da mesma interpretação filológica.

A verdade é que toda constitucionalização e toda a positivação trazem, intrinsecamente, a possibilidade de levar determinado tema à apreciação do Poder Judiciário. O Brasil possui centenas de milhares de dispositivos legais, sobre os mais variados temas, criando um terreno fértil à judicialização (Barroso, inclusive, aponta uma “judicialização da vida” no Brasil)²¹⁷. Desse mencionado terreno fértil, como era de se esperar, nasceram 99,7 milhões de processos até o final de 2014, segundo os

²¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017. p.6.

²¹⁷ Ibidem.

dados do portal “Justiça em números” operado pelo Conselho Nacional de Justiça²¹⁸. A própria prática forense aponta que os números somente aumentam, e muitos desses processos, infelizmente, acabam sequer surtindo resultados práticos por deficiências na fase executiva.

O processo de construção do direito à cidade e o seu consequente reconhecimento como direito fundamental dotado de eficácias objetiva e subjetiva certamente fará com que tal pretensão subjetiva bata às portas do Judiciário em busca de reconhecimento e de proteção. Pelo exposto, trilhando rumo similar àquele do direito à saúde, encontrará resistências parecidas, tais como o princípio da reserva do possível e a tendência de se criticar toda e qualquer forma de “ativismo judicial”. Não se pode considerar, contudo, que neste contexto a expressão “ativismo judicial” tenha qualquer conotação negativa à atuação de magistrado que assim o utilize no julgamento de políticas públicas (ou falta delas), pois tratar-se-á da busca de formas de concretização de direitos fundamentais. Assim, ao menos em abstrato, a busca da concretização/efetivação judicial do direito à cidade é plenamente compatível com os poderes inerentes ao exercício das funções de um magistrado, o qual encontrará forte respaldo legal, constitucional e social para sua atuação.

Um exemplo do posicionamento defendido pode ser encontrado no presente julgado, oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste exemplo, o Poder Judiciário reconheceu a responsabilização civil do Município e dos loteadores pela promoção deliberada de parcelamentos ilegais causadores de danos urbanísticos, apesar de não reconhecer direito à indenização por parte dos particulares interessados, ocupantes do loteamento clandestino.

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LOTEAMENTO CLANDESTINO – Pretensão à condenação do Município de Monte Alto e ao loteador ao desfazimento do parcelamento, bem como ao pagamento de indenização pelos danos urbanísticos e ambientais e pelos prejuízos causados aos adquirentes – Sentença de parcial procedência dos pedidos da ação civil pública e de improcedência dos pedidos da ação ordinária em apenso – Apelos da Municipalidade e dos adquirentes – Preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público, de ilegitimidade passiva do Município, de cerceamento de defesa e de sentença “extra petita” afastadas – Parcelamento clandestino – Impossibilidade de regularização – Desfazimento – Cabimento – Responsabilidade solidária do Município de reconstituir a gleba ao seu “status quo ante” – Compete ao ente municipal promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo

²¹⁸ CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA. **Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

urbano – Inteligência do art. 30, inc. VIII, da CF – Ao permitir a criação do loteamento clandestino, a Administração Municipal omitiu-se quanto ao seu dever constitucional e legal relativo ao controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, deixando de fiscalizar e manter a ordem urbana – Violação do art. 2º da Constituição Federal – Não ocorrência – Em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar à Administração Pública que adote medidas para assegurar direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes – Possibilidade da fixação de multa contra a Fazenda Pública para o caso de descumprimento das obrigações de fazer – Pedido de indenização formulado pelos adquirentes em face do Município e do loteador na ação em apenso julgado improcedente – Sentença mantida – Recursos voluntários e reexame necessário não providos.²¹⁹

O dano urbanístico será necessariamente coletivo e difuso, pois afeta toda a coletividade da cidade, em maior ou menor grau, e não se poderá descartar *prima facie* prejuízos específicos materiais que algum indivíduo possa sofrer em virtude da violação do direito à cidade.

A postura proativa do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à cidade, todavia, jamais será o suficiente para a erradicação dos problemas de moradia, assim como não o é para a saúde. Ademais, o Brasil, a par das graves deficiências administrativas e legislativas, não contempla igualmente os cidadãos com o direito de acesso à justiça, pois, para que tal ocorra, além do interesse dos prejudicados, será necessária (em regra) a atuação de profissional habilitado com capacidade postulatória. Luigi Bonizzato²²⁰ singulariza com precisão a problemática:

De qualquer forma, qualquer que seja o grau de aplicação dos clássicos direitos de liberdade o fato é que alguns direitos básicos do cidadão (para um rol de estudiosos, mais ligados a direitos sociais do que a liberdade própria mente ditas) são comumente entendidos como indispensáveis aonde quer que se esteja, isto é, tanto em países predominantemente democráticos, quanto em nações com regimes políticos prevalentemente autoritários. E tais direitos, normalmente, máxime em países subdesenvolvidos ou em via de desenvolvimento, são constantemente associado a direitos sociais básicos, constitucionalmente consagrados, mas não totalmente atendidos pelo estado, o qual, geralmente, sob a alegação de falta de recursos para investimentos, deixa um enorme vácuo em suas políticas públicas, fazendo com que o único meio de se garantir sua satisfação ao cidadão seja por intermédio da via judicial, com o pleito direto, específico e concreto do necessitado. O que deveria ser estendido indistintamente a todos, passa a ser privilégio dos que têm acesso à justiça.

²¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0000163-60.2011.8.26.0368**. 8ª Câmara da Direção Pública, Relator Des. Manoel Ribeiro, julgado em 24/08/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/377335405/apelacao-apl-1636020118260368-sp-0000163-6020118260368/inteiro-teor-377335423>>. Acesso em: 12 set. 2017.

²²⁰ BONIZZATO, Luigi. **A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.173.

Assim, antes de se recorrer ao Judiciário, é essencial que as políticas públicas utilizem os instrumentos legislativos adequados para atuação positiva e organizada voltada ao fim de concretizar os direitos. Somente dessa forma será possível a efetivação do direito à cidade de forma “massificada”, independente de moroso e custoso processo judicial. Ademais, em se tratando de um tema tão rico e diverso, soluções outras sempre podem ser propostas e concretizadas para os diversos casos concretos, tal como o uso da mediação, explanado pela autora Maria Trombini²²¹ logo à introdução de sua pesquisa sobre conflitos fundiários:

As experiências de mediação de conflitos fundiários, urbanos ou rurais, são chave analítica estratégica para enfrentar o contexto de judicialização da política, que tem atingido cada vez mais a luta pelo direito à moradia. Assim como os conflitos fundiários no campo resultam de problemas estruturais com raízes na história do Brasil, também as disputas pela terra urbana se inserem em um contexto complexo, que não se restringe aos limites do litígio judicializado. Nesse sentido, é necessário evidenciar uma das premissas do estudo, a de que o Poder Judiciário encontra uma série de limitações para a resolução de conflitos coletivos pela terra. Frequentemente o próprio Estado figura como principal violador de direitos e, por ação ou omissão, acirra as desigualdades no acesso à moradia de sujeitos já em situação de desigualdade.

Não se trata, de tal forma, de hierarquizar a importância da atuação dos diversos poderes estatais, mas sim de pautar as respectivas decisões (administrativas, legislativas e judiciais) pelo direito fundamental à cidade, não se admitindo o sacrifício deste direito diante de outros – não se olvidando, porém, que o âmbito de competência das funções estatais difere em termos de abrangência. Cada Poder, portanto, deverá atuar na direção do direito à cidade dentro de sua competência e de suas típicas funções.

4.2 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA LEI 11.977/09

Conforme já se introduziu, a regularização fundiária vem definida como um conjunto de medidas que buscam regularizar habitações nos mais diversos aspectos (sociais, jurídicos, urbanísticos e ambientais). Inobstante sua menção como “instrumento jurídico e político” (artigo 4º, inciso V, alínea “q” do Estatuto da Cidade),

²²¹ TROMBINI, Maria Eugênia. **Diálogos sobre justiça e conflitos fundiários urbanos**: caminhando da mediação para a efetivação dos direitos humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2017. p.8.

em realidade, a regularização fundiária é ainda mais ampla e importante, constando da diretriz XIV do artigo segundo do Estatuto da Cidade, que refere:

[...] 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.²²²

Mais do que uma ferramenta, a regularização fundiária consiste em uma política pública, com efeitos concretizadores nas mais diversas esferas concernentes ao urbano, buscando a regularização de numerosas ocupações, integrando à cidade imóveis e pessoas. Conforme Betânia Alfonsin²²³:

Existe o risco, portanto, de que o conceito perca precisão ou se confunda com qualquer outra forma de intervenção, pela extraordinária extensão dos problemas urbanos possíveis de serem contemplados por essa forma de intervenção pública no espaço. Assim, parece pertinente advertir que a regularização fundiária comporta mais de uma conceituação. Uma em sentido amplo (na qual, além dos instrumentos jurídicos existentes e já utilizados pelos municípios, sejam examinados os – simplesmente – previstos em lei, ou, implicitamente compreendidos nos poderes da Administração Pública) e outra em sentido estrito. [...] Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

Em sua obra, datada de 1997 (antes mesmo do Estatuto da Cidade, portanto), a citada autora já situava como instrumentos da Regularização Fundiária a usucapião urbana, a ZEIS, a concessão de direito real de uso e a regularização de loteamentos da Lei 6.766. Mais tarde²²⁴, passou a constatar que a regularização fundiária é vista pelos agentes regularizadores em uma de três perspectivas: como regularização jurídica de lotes (que reduz o alcance da política para uma mera titulação), como urbanização de assentamento (mapeamento de condições de habitabilidade, geralmente em ambientes favelizados, com estudos de viabilidade,

²²² BRASIL. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017

²²³ ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas IPPUR FASE, 1997. p.23-22.

²²⁴ Ibidem, p.211-215.

mas que muitas vezes funcionam como forma de expulsão) ou como regularização urbanística (ênfase na recuperação da favela e sua urbanização e integração).

Destarte, em adição ao conceito acima, é possível analisar a regularização fundiária em dimensões (não etapas²²⁵), quais sejam, a regularização jurídica dos lotes (que, conforme se verá, surtirá efeitos econômicos positivos), a urbanização do assentamento, adequação da ocupação à legislação urbanística, e estímulo aos moradores ao associativismo, para conjunta gestão da comunidade.

A primeira Lei Federal brasileira a tratar com profundidade do tema da regularização fundiária, e que utilizou conceito idêntico ao acima visionado, foi a Lei número 11.977 de 2009, conhecida como Lei do Programa Minha Casa Minha Vida. Inobstante tenha sofrido recentemente revogações em grande parte de seu texto, não perde importância, quer como marco histórico, quer como importante base teórica de um instrumento que, como se mencionou, é o mais completo²²⁶ em termos de busca pela efetivação do direito à cidade.

Ademais, essa histórica Lei Federal serviu de base para inúmeras normas administrativas regentes da regularização fundiária em âmbito administrativo, a exemplo do Provimento nº 44 do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 1 possui a seguinte redação:

Art. 1º. O processo e os atos de registro da regularização fundiária urbana, sem prejuízo de outras normas aplicáveis, observarão o disposto, especialmente:

I - nos arts. 195-A e 195-B, e nos arts. 288-A a 288-G, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973;

II - nos arts. 46 a 71-A da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009;

III - nos arts. 21 a 30 da Lei 11.952, de 25 de junho de 2009; e

IV - neste Provimento, complementado pelas Corregedorias Gerais de Justiça de cada uma das unidades da Federação, atendidas as peculiaridades locais.²²⁷

²²⁵ Ibidem, p.216.

²²⁶ Já perceptível pelo seu amplo conceito: “Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, 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.” (BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 02 out. 2017).

²²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 44, de 18 de março de 2015**. Estabelece normas Agerais para o registro da regularização fundiária

Ainda, como segundo fato agravante, a Lei 13.465/17, responsável pela mencionada derrogação da Lei 11.977/09, é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República e relatada pelo Ministro Luiz Fux (ADI 5771) e com fundamento em graves violações de normas ambientais constitucionais. Portanto, o estudo da Lei 11.977/09 continua válido e necessário, aliado a uma alta probabilidade de que volte à vigência, em vistas do efeito repristinatório da ADI 5771.

Ao primeiro capítulo legislativo é criado o programa governamental intitulado “Programa Minha Casa, Minha Vida”, com a finalidade de propiciar incentivos à aquisição de unidades habitacionais (ou de requalificar as existentes), tanto em imóveis rurais como nos urbanos. Geralmente a Lei 11.977 é referida com a denominação de Programa Minha Casa, Minha Vida, do Capítulo I. Ocorre que, na verdade, suas inovações jurídicas mais impactantes estão localizadas nos Capítulos II e III, os quais possuem uma aplicação registral mais ampla que o referido programa governamental.

O Programa Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal, se destina ao custeio de moradia à população de baixa renda. A regularização fundiária, portanto, prevista nesse diploma legal, está ligada ao Programa citado, a fim de viabilizar a titulação da propriedade imobiliária à população carente do país, por meio de um sistema gestor de caráter público cuja função é gerir os recursos financeiros [...].²²⁸

O capítulo II traz normas de registro eletrônico e de emolumentos²²⁹ relativos a registros *lato sensu* realizados com base nessa Lei. O registro eletrônico aos poucos vem sendo implantado no Brasil. Apesar de uma normativa nacional para os Registros de Imóveis ainda estar em fases de debates, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já criou, através dos provimentos nºs 18 e 38, respectivamente, a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) e o Central de Informações do Registro Civil (CRC). Ambos buscam uma interligação das

urbana. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n44-18-03-2015-corregedoria.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

²²⁸ PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.343.

²²⁹ Do ponto de vista tributário, é bastante criticável a postura de uma lei federal ao conceder isenções de taxas estaduais. Aparentemente, estar-se-ia diante de uma violação do princípio da vedação de isenções heterônomas. No entanto, o tema é complexo e diz respeito à seara tributário, não cabendo ser aqui desenvolvido.

serventias entre si, a sociedade e o Poder Público. Walter Ceneviva²³⁰ refere-se a este capítulo como sendo o “primeiro de uma série de erros legislativos”, pois essas normas são estranhas à ideia geral da lei – era necessário normatização própria e apartada.

A modernização do sistema notarial e registral, através do uso da *internet*, e da realização de concursos públicos para que essas importantes funções sejam ocupadas por profissionais do direito, com comprovados conhecimentos jurídicos, também terá um papel importante para a concretização do direito à cidade. Edésio Fernandes²³¹ coloca que diversos dispositivos da regularização fundiária foram aprovados de forma a garantir o registro, pois os cartórios imobiliários têm colocado obstáculos às políticas de regularização fundiária.

O capítulo III, composto pelos artigos 46 até 71-A, intitulado “Da Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos” é, sem dúvida, o mais importante para o tema aqui tratado. Seus artigos trazem as normas gerais a serem observadas para a regularização fundiária. Por fim, o capítulo IV apresenta as disposições finais, com importantes modificações em outras leis, bem como regras de direito material e processual.

Já causava estranheza o fato da Lei 11.977/2009 advir de uma Medida Provisória (MP 459/09), pois a urbanização desordenada se mostra como um problema de raízes históricas no Brasil, conquanto em alguns locais exista a “relevância e urgência” que a Constituição Federal exige para a edição dessa modalidade normativa. Conforme bem explicita Eduardo Arruda Augusto²³², a grande e rápida demanda por moradias em centros urbanos, causada por população em busca de emprego e meios de sobrevivência, estimulou a burla à lei do parcelamento do solo urbano. Já se mencionou que a Lei 6.766/79 gerou irregularidades ao enumerar diversos requisitos de urbanização e de registro, e sua concretização requer investimentos infraestruturais consideráveis. “No final, o prejuízo maior é da própria sociedade, uma vez que acaba sobrando para o poder

²³⁰ CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.717.

²³¹ FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Leticia Marques (coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p.12.

²³² AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.417.

público municipal suprir as deficiências de uma comunidade que foi instalada de forma irresponsável pela especulação imobiliária”²³³.

A Lei do Programa Minha Casa Minha Vida, para além dos procedimentos específicos e regras, previa, no artigo 48, observadas as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, cinco normas que deverão servir como princípios para todo o procedimento. Conforme se disse, com base nos ensinamentos de Humberto Ávila, as normas podem ser divididas em regras e princípios; estes últimos são prospectivos e finalísticos, sem pretensão de decidibilidade em abstrato. Frequentemente os princípios serão aplicados através de uma ponderação conforme as particularidades de um caso concreto.

Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para 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, de meio ambiente, de saneamento básico e de 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 – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização

IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – concessão do título preferencialmente para a mulher.²³⁴

Primeiramente, a lei determina ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental. Trata-se indubitavelmente de norma finalística e principiológica, indicando objetivos e preferências, como um ideal a ser alcançado pelas políticas urbanas e pela legislação. O princípio, como espécie normativa prospectiva, permeia a aplicação de todo o arcabouço legislativo estará presente em todo o procedimento. Como consequência dessa prospecção buscada,

²³³ Ibidem.

²³⁴ BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

a sua aplicação ocorrerá dentro do maior grau possível de obtenção (ao contrário da Norma regra, a qual se efetiva no plano do tudo ou do nada). Particular conexão com o direito à cidade resta demonstrada neste primeiro princípio do procedimento de regularização fundiária, pois o acesso à terra urbana é um dos expressos aspectos que o Estatuto da Cidade dá ao direito à cidade.

O segundo determina articulação entre políticas habitacionais e ambientais em todos os níveis de governo e com a iniciativa privada. Segundo João Pedro Lamana Paiva²³⁵, “houve preocupação em harmonizar o direito à moradia com o direito ao meio ambiente, reforçando a concepção de que moradia não é apenas uma construção. Seu conceito vai muito além de garantir uma casa àqueles que não possuem”. Esse princípio está em consonância com a perspectiva objetiva de direito fundamental que o direito à cidade possui, pois, como tal, obriga Estado e particulares.

O terceiro estabelece participação dos interessados em todas as etapas do procedimento. Este terceiro princípio da lei do programa Minha Casa Minha Vida na verdade exterioriza um princípio já positivado como diretriz no Estatuto da cidades, qual seja, a Participação Popular e gestão democrática da cidade. Para o fim de se implantar uma política urbana justa e adequada é muito mais razoável que se ouça os habitantes diretamente interessados, visto que esses são as pessoas que conhecem as peculiaridades locais e as necessidades mais prementes de se realizarem. Não se pode conceber o administrador como sendo onipresente no trato de políticas públicas que dizem respeito a uma população de determinada região.

Normalmente a obediência ao primado da Participação Popular no âmbito do Estatuto da Cidade ocorre através de audiências públicas para a oitiva da população diretamente interessada na mudança de infraestrutura. Todavia, a outras formas de exteriorização, como a subordinação da lei orçamentária Municipal às diretrizes do Plano Diretor, a fim de que os investimentos ocorram nas áreas mais carentes de infraestrutura - sem prejuízo à manutenção dos equipamentos já existentes nas áreas já regulares.

²³⁵ PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.345.

Wilson Levy²³⁶, ao tentar diagnosticar a questão da (não) participação popular para descobrir por que, até 1992, apenas 12 Municípios brasileiros possuíam orçamento participativo (dentre eles, Porto Alegre), chega à conclusão de que as próprias pessoas são desiguais demais para chegar a conclusões comuns em diálogos, e o Estado-Município não tem interesse em perder parte de seu poder, entregando-o para o povo (ironicamente, o verdadeiro titular deste). Para o Estado, seja qual esfera, é mais “barato” litigar, pois não possui qualquer pressa em concretizar as políticas prometidas apenas em caráter “progressivo”, e conta com vários procuradores concursados em seus quadros²³⁷. Concorde o autor, assim, com a idéia de Habermas de que é necessário criar um procedimento a fim de que se garanta legitimidade para a participação popular, esclarecendo em que medida ela ocorre. Pela falta de vontade do Estado, o mais importante, segundo Wilson Levy, será o papel desempenhado por organizações civis, capazes de promover diálogo e representatividade em escala razoável – sendo impossível, no momento, uma democracia direta participativa nos moldes da antiga Atenas.

O quarto princípio é o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos. É constante a tendência de fuga do Judiciário, em busca de soluções mais céleres e de paz social. Ainda há bastante dúvida se o novo Código de Processo Civil terá o condão de conferir maior celeridade a processos judiciais (muitos respeitáveis doutrinadores afirmam que ocorrerá justamente o contrário; por exemplo, apesar de ter ocorrido a extinção dos embargos infringentes, em realidade o rol de recursos do processo civil aumentou de oito para nove, com o desdobramento do “agravo” em agravo de instrumento e agravo interno²³⁸). O certo é que essa fuga do processo judicial, seja para a arbitragem ou mediação, seja para os cartórios, mostra-se como a solução menos dispendiosa e mais eficaz a médio e longo prazo. O exemplo mais marcante é a já citada Lei 11.441/07, que trouxe a possibilidade de tabelionatos de notas lavrarem escrituras públicas de inventário e divórcio (processos judiciais sabidamente morosos e dispendiosos). Uma aplicação prática desse princípio, na esfera da regularização fundiária, é a tentativa de acordo que o registrador deve

²³⁶ NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.11 e seguintes.

²³⁷ Ibidem, p.16.

²³⁸ FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comparado**. São Paulo: Método, 2015. p.132.

promover entre o ente promovente da demarcação e o proprietário registral da área, tema que será abordado em momento oportuno.

Não se pode deixar de mencionar que, a par da usucapião administrativa que ocorre como conclusão do procedimento de regularização fundiária, o Novo Código de Processo Civil inovou ao positivizar, de maneira geral, a possibilidade de usucapião extrajudicial. A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, traz ao Direito brasileiro o novo Código de Processo Civil, e em seu penúltimo artigo, número 1.071, altera a Lei de Registros Públicos para nesta adicionar o artigo 216-A, com previsão da usucapião perante o Registro de Imóveis, sem, contudo, extinguir a ação judicial declaratória de usucapião, ressaltando que a negativa de registro perante o Cartório não impede a ação judicial, e que qualquer impugnação por terceiro interessado remeterá o procedimento ao Juízo competente.

O mencionado artigo 216-A estabeleceu requisitos documentais (ata notarial que indique as circunstâncias, planta e memorial descritivo do imóvel com anotação de responsabilidade técnica, provas documentais de posse com ânimo de dono e certidão negativa dos distribuidores da comarca) e procedimentais. Autuado o pedido perante o Registro de Imóveis, será dada ciência às pessoas políticas para manifestação em 15 dias, e após publicado edital para ciência de eventuais interessados, que deverão se manifestar também em 15 dias.

Se for o caso, o Oficial requisitará diligências necessárias. Estando em ordem a documentação e não havendo impugnações, o Oficial do Registro de Imóveis promoverá o registro da aquisição da propriedade, com a abertura da matrícula. Se o Oficial impugnar documentação apresentada, a parte poderá suscitar dúvida, desencadeando procedimento de dúvida, de caráter administrativo perante o Juiz Diretor do Foro (também chamado de Juiz Corregedor Permanente em alguns Estados), o qual não se confunde com procedimento judicial.

O quinto princípio estabelece preferência na concessão do título à mulher. Walter Ceneviva²³⁹ é incisivo ao reputar como inaceitável o dispositivo (que também vem previsto no artigo 51, §2º da Lei) por afronta à igualdade de direitos entre homem e mulher. Justamente pela importância da igualdade entre homem e mulher, primeiro direito fundamental arrolado ao artigo 5º da Constituição, é que essa norma necessita uma interpretação sociológica para sua correta aplicação, como princípio

²³⁹ CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.720.

que é. É sabido que, em um ambiente doméstico e familiar, a mulher apresenta-se em uma situação de fragilidade (salvo casos excepcionais, geralmente envolvendo idosos e adolescentes). Por exemplo, são essas mesmas diretrizes que orientaram a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Esta lei, apesar de seu positivo impacto social, adveio de uma vergonhosa omissão por parte do Estado Brasileiro diante dos reiterados atos de violência praticados contra a farmacêutica Maria da Penha Fernandes. Conforme noticiado junto ao Senado Federal:

O Brasil ignorou os pedidos de esclarecimento enviados de Washington. Ante o silêncio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu em 2001 fazer uma condenação pública, para que o mundo ouvisse. Acusou o país de covardemente fechar os olhos à violência contra suas cidadãs. Foi uma humilhação internacional. Só então o governo começou a se mexer por uma lei contra a violência doméstica. Organizações feministas ajudaram na redação do projeto.²⁴⁰

Diante dessa situação de fragilidade, o legislador estabeleceu a preferência legal na outorga do título. Conquanto não se questione a necessidade de tratamento especial e diferenciado a fim de equalizar as relações familiares, a referida norma é principiológica e será ponderada em sua aplicação prática. Se ambos os cônjuges ou companheiros exerceram a posse e demonstram uma convivência pacífica, buscando unicamente regularizar sua situação de moradia, ambos fazem jus igualmente ao título de propriedade, em forma condominial e em igualdade de condições.

Passando para uma interpretação teleológica, consoante a intenção do legislador, percebemos que o objetivo é privilegiar as mulheres que atuam como “chefe de família”. Vejamos a expressão contida nas disposições finais da lei, em artigo que continua vigente apesar das derrogações promovidas pela Lei 13.465/17:

Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

²⁴⁰ WESTIN, Ricardo. **Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional**. São Paulo, 07 de jul. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/brasil-so-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

§ 1º O contrato firmado na forma do caput será registrado no registro de imóveis competente, sem a exigência de documentos relativos a eventual cônjuge.

§ 2º Prejuízos sofridos pelo cônjuge por decorrência do previsto neste artigo serão resolvidos em perdas e danos.²⁴¹

A doutrina do direito de família é consoante ao relatar que a expressão “chefe de família”, junto com o “pátrio poder” que lhe era inerente, é deveras anacrônica e inadequada para os dias de hoje, nos quais se busca uma igualdade de tratamento e de atribuições para o âmbito das entidades familiares. No entanto, resta cristalino o escopo do legislador ao conferir preferência na proteção patrimonial da mulher que, por seu trabalho e esforço, exerce protagonismo na direção patrimonial da entidade familiar, na educação dos filhos e na administração do lar. Ou seja, é nesse tipo de situação que o princípio referido deve ser aplicado, sendo injustificado estabelecer preferência dentro de uma entidade familiar onde as relações sejam travadas em pé de igualdade. Ainda, o Comentário Geral nº 4 da ONU, que explica os elementos necessários para uma moradia ser considerada adequada, inclui a não discriminação de gênero, ressaltando que os tratados mais antigos referiam apenas ao “homem e sua família”, ou mesmo usando a expressão “direitos do homem”:

The right to adequate housing applies to everyone. While the reference to “himself and his family” reflects assumptions as to gender roles and economic activity patterns commonly accepted in 1966 when the Covenant was adopted, the phrase cannot be read today as implying any limitations upon the applicability of the right to individuals or to female-headed households or other such groups. Thus, the concept of “family” must be understood in a wide sense. Further, individuals, as well as families, are entitled to adequate housing regardless of age, economic status, group or other affiliation or status and other such factors. In particular, enjoyment of this right must, in accordance with article 2 of the Covenant, not be subject to any form of discrimination²⁴².

²⁴¹ BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

²⁴² Em tradução livre: “O direito à habitação adequada aplica-se a todos. Embora a referência a “ele próprio e a sua família” reflita os pressupostos sobre os papéis de gênero e os padrões de atividade econômica comumente aceitos em 1966, quando a Convenção foi adotada, a frase não pode ser lida hoje como implicando quaisquer restrições sobre a aplicabilidade do direito a indivíduos ou para famílias chefiadas por mulheres ou outros grupos desse tipo. Assim, o conceito de “família” deve ser entendido em um sentido amplo. Além disso, os indivíduos, bem como as famílias, têm direito a habitação adequada, independentemente da idade, status econômico, grupo ou outra afiliação ou status e outros fatores. Em particular, o gozo desse direito deve, de acordo com o artigo 2º do Pacto, não estar sujeito a nenhuma forma de discriminação”. (UNITED

Seguindo estes princípios, a Lei previa certos legitimados para desencadear o procedimento de regularização fundiária, partindo da noção de que, além dos próprios interessados, pessoas coletivas iriam oferecer, em princípio, correta representatividade e legitimação para o desenvolvimento participativo do procedimento regularizatório.

4.2.1 Legitimados

O inciso IX do artigo 23 da Constituição Federal estabelece ser competência material comum a todos os quatro entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Essa era a linha de raciocínio seguida pelo artigo 50 da Lei 11.977/09, o qual determinava que a regularização fundiária poderá ser promovida pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelo Município. Todavia, conhecedor da possibilidade de inércia por parte do poder público (fato infelizmente recorrente na realidade brasileira) o legislador preocupou-se em fornecer legitimidade também para os beneficiários (forma individual ou coletiva) e as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano regularização fundiária.

Possuem legitimidade ativa para provocar o procedimento de regularização fundiária, nos termos do artigo 50, o poder público, os seus beneficiários (individual ou coletivamente) e várias outras entidades civis e ligadas aos beneficiários ou que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária. Independentemente de quem o tenha requerido, o procedimento somente será viabilizado com a efetiva participação de seus protagonistas, que são o poder público, a comunidade envolvida e o registro Imobiliário.²⁴³

Não se deve esquecer que é diretriz do planejamento e do desenvolvimento urbano a isonomia de condições para agentes públicos e privados, previsto no inciso

NATIONS. Office of High Commissioner for Human Rights. **CESCR General Comment Nº 4**: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant). Adopted at the Six Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017).

²⁴³ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p.421.

XVI do artigo 2º do Estatuto da Cidade. O administrativista Carvalho Filho²⁴⁴ lembra é difícil chegar a uma plena isonomia, pois o público e o privado atuam sob regimes jurídicos diversos. No entender do autor, esse dispositivo indica que o Poder Público deve buscar compensar os particulares que atuam em benefício do interesse público ao realizarem projetos de urbanização.

Segundo Walter Ceneviva²⁴⁵, o registrador de imóveis deve ter especial cuidado em relação às cooperativas habitacionais, associações de moradores, Fundações e organizações sociais da sociedade civil de interesse público que tenham por interesse intervir no processo (conforme permitido pelo já estudado artigo 50 da Lei 11.977/09). O registrador deverá minuciosamente analisar a certidão atualizada dos atos constitutivo dessas pessoas a fim de averiguar sua legitimidade para promover a regularização fundiária.

Portanto, o que parece importante, sem desconsiderar o protagonismo do Município, é a cooperação entre os entes políticos e a própria sociedade na busca de um processo de urbanização adequada (no caso, a regularização de áreas urbanas que não concluíram seu processo de urbanização). Conforme dissertado anteriormente, a população interessada não pode restar desprovida de instrumentos que viabilizem sua legítima pretensão a uma moradia digna. Não podem, portanto, ficar à mercê da discricionariedade do poder público nesse, pois o fornecimento de condições dignas é dever do Estado consubstanciado na Carta Magna. Em caso de comprovada injustificada omissão caberá a representação da população interessada ao Ministério Público para a pertinente ação civil pública.

4.2.2 Projeto

O projeto de regularização fundiária vinha previsto no artigo 51 da Lei 11.977/09, determinando a demonstração das áreas ou lotes a serem regularizados, as vias de circulação existentes ou projetadas (se possível, as outras áreas destinadas a uso público), as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada (incluindo as compensações urbanísticas e ambientais), as condições para promover a segurança

²⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.44.

²⁴⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.721.

da população em situações de risco, e as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica. Portanto esse projeto não indica apenas as medidas estruturais a serem tomadas pelo loteador, mas também um planejamento das obras a serem realizadas para adequar às moradias aos ditames urbanísticos. Dentro desse ideal, as mais diversas medidas devem ser tomadas com o escopo de garantir um meio ambiente equilibrado, disponibilidade de equipamentos urbanos e comunitários de modo a atender às necessidades da população local (proporcionalmente a sua densidade), enfim, na maior medida do possível os requisitos necessários a uma devida urbanização consoante a Lei 6.766/79.

Em outras palavras, é o plano que substancia como que o direito à cidade deve ser concretizado em determinadas áreas, passando do plano ideal para o real, sem que nenhum dos importantes aspectos que tornam uma moradia adequada seja omitido da concretização.

Aprovação desse projeto pelo Município constitui o primeiro passo na realização do procedimento de regularização fundiária de interesse social, inclusive correspondendo ao licenciamento urbanístico e ambiental, caso o Município possua Órgão de Meio Ambiente capacitado. Aponte-se a existência de uma importante falha na redação do artigo 58 da Lei 11.977/09, consoante o ensinamento de Eduardo Arruda Augusto²⁴⁶, tendo em vista que esse artigo determina que apenas após averbação do auto de demarcação urbanística e que seria elaborado o projeto. Todavia isto sequer seria possível, pois a demarcação urbanística depende de um prévio projeto.

4.2.3 Demarcação Urbanística

A demarcação urbanística constitui importante etapa social na regularização fundiária, pois será através dela que o Poder Público conseguirá mapeamento e pesquisa da real situação da ocupação que se pretende regularizar e urbanificar. Em interpretação autêntica, o conceito legal do artigo 47 da Lei 11.977/09, de demarcação urbanística era (e continua sendo na Lei 13.465/17) procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus

²⁴⁶ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p.424.

limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

Portanto, possui natureza jurídica de procedimento administrativo, constituindo conjunto encadeado de atos buscando determinado fim de interesse público. O ato da demarcação urbanística (ato que materializa o procedimento da demarcação) deve conter planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados, planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

Importante ressaltar que não há qualquer tautologia ao se utilizar a palavra “procedimento” tanto para a regularização fundiária como para a demarcação urbanística. “Procedimento” nada mais é do que um conjunto, um cadeado de atos objetivando determinada finalidade. No caso da regularização fundiária, sua finalidade última é urbanizar área e titular as unidades individuais, concretizando o direito à cidade na medida em que urbanifica uma área irregular. Já a demarcação urbanística demonstra-se como um procedimento específico, dentro do procedimento maior de regularização fundiária, cuja finalidade é identificar a área e seus ocupantes, sem o qual restariam impossibilitadas quaisquer obediências aos ditames da especialidade objetiva e subjetiva que demandam o adequado e seguro registro da área.

Conforme já se explicou, a regularização fundiária, dada sua amplitude e completude no tocante ao melhoramento do habitat humano, atua como política pública prevista na diretriz XIV do Estatuto da Cidade, sendo mais do que “instrumento” ou mero procedimento. A demarcação urbanística é uma importante parte deste todo, e vem também prevista como instrumento de consecução da política urbanística no artigo 4º do Estatuto da Cidade. Não destoia da explanação supra a doutrina administrativa:

A demarcação urbanística consiste em procedimento administrativo através do qual o Poder Público demarca imóvel público ou privado, estabelecendo seus limites, área, localização e confrontantes, a fim de identificar os

ocupantes e definir a natureza e o tempo das respectivas posses. Essa providência administrativa é adotada dentro do objetivo maior de regularização fundiária de interesse social.²⁴⁷

Apesar do âmbito de ocorrência desse procedimento administrativo ser a regularização fundiária de interesse social, sua importância é flagrante. É nessa fase que se projetam os alicerces do procedimento de regularização fundiária; ou, caso o proprietário registral do terreno conteste, poderá desencadear um prematuro fim desse procedimento e o início de um processo judicial ordinário para discussão de direito de propriedade sobre a área.

A base dentro da qual o Poder Público implementa a regularização fundiária consiste na demarcação urbanística, que representa um procedimento administrativo cuja meta é a demarcação de imóveis do domínio público ou privado, bem como seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e analisar a natureza e o tempo de sua posse.²⁴⁸

Para Walter Ceneviva²⁴⁹, é a partir da demarcação urbanística que se inicia a intervenção do Oficial de Registro de Imóveis no procedimento de regularização fundiária. Como de praxe, o Registrador deverá qualificar o auto, averiguando a planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, se constam as medidas perimetrais em metros lineares, área total em metros quadrados, confrontantes em cada segmento do perímetro, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices de seus limites, bem como o número da matrícula ou transcrição originários, indicando proprietários, se pessoa física ou jurídica²⁵⁰. Se forem identificados, nesse procedimento, áreas pertencentes à União, o processo seguirá nos moldes da Lei 11.481/07. O conjunto encadeado e lógico de atos seguirá com as buscas e será completado com a publicação de um edital para conferir publicidade (pela imprensa oficial e em jornal de grande circulação)²⁵¹.

Mais que mera burocracia, o Oficial de Registro de Imóveis, profissional do direito aprovado em concurso público de provas e títulos, embora não possa julgar a discricionariedade urbana administrativa no tocante à qualidade da urbanificação

²⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.91.

²⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.72.

²⁴⁹ CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.717.

²⁵⁰ *Ibidem*, p.718.

²⁵¹ *Ibidem*, p.719.

que se pretende efetuar, realizará qualificação jurídica do auto, criando espaço para a futura aquisição originária da propriedade imóvel regular, protegendo imóveis públicos e estabelecendo parâmetros seguros de especialidade objetiva (caracterização do imóvel) e subjetiva (caracterização dos indivíduos presentes no ato). Impossibilitado estará o Município, por exemplo, de prometer regularizar área acima da existente.

Quanto à averiguação de imóveis públicos, quando da demarcação, convergem os entendimentos de Eduardo Arruda Augusto e de João Pedro Lamana Paiva. Para o primeiro:

Se a área ocupada for pública regularização fundiária somente poderá ter por objetivo final a conversão de posse em propriedade pela usucapião extrajudicial se o ente público titular da área concordar com essa destinação. Não se trata de violação expressa da determinação constitucional de imóvel público não pode ser usucapido, uma vez que o poder público, como qualquer proprietário, detém o poder de disposição e pode alienar o imóvel de sua titularidade. [...] Se a área demarcada abranger imóvel de titularidade do estado ou da União nada impede que seja outorgado ao município poderes específicos para dar continuidade à regularização fundiária que terminará com a emissão de títulos de legitimação de posse que posteriormente serão convertidos em pleno domínio. No entanto o poder público titular do imóvel pode optar pela concessão de uso especial para fins de moradia continuando na titularidade do imóvel que não perder a sua qualidade de bem público essa forma de regularização fundiária não é a mais adequada pois não confere ao necessário a mais valia que acompanha um título de propriedade.²⁵²

Já para o segundo autor, se a demarcação compreender imóvel público sob o domínio de outra Municipalidade, que se opõe à demarcação, estaria impedido qualquer ato de Império relativamente a ele²⁵³.

Tratando-se de imóvel pertencente ao domínio privado, ou domínio Público desde que com a anuência do órgão patrimonial a realização de regularização fundiária cremos que nada obstará a realização da regularização fundiária por um município ainda que o imóvel regularizando abrange a porção territorial de outro município já que não há vedação expressa da lei de regularização nesse sentido.²⁵⁴

Ambos os entendimentos possuíam consonância com a Lei 11.977/09, pois, o §5º do artigo 56, continha expressamente um permissivo para que o auto de demarcação urbanística abranja imóveis de domínio público. Ademais, sem essa

²⁵² AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p.427

²⁵³ PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013. p.14.

²⁵⁴ Ibidem.

possibilidade haveria sério risco de se comprometer o direito fundamental à cidade por parte dos ocupantes, e restaria totalmente sem utilidade a determinação do §2º, do mesmo artigo, no sentido de notificar os órgãos patrimoniais dos demais entes para manifestação – e, em seu silêncio, presume-se a anuência com o procedimento, em uma teleologia legislativa em prol da regularização.

Entretanto, com o escopo de apresentar a controvérsia, não é pacífico esses entendimentos. Para Marcelo Augusto Santana de Melo²⁵⁵ a vedação constitucional à usucapião de imóveis públicos torna prejudicada a legitimação de posse destes bens. Seguem suas palavras:

Embora não conste expressamente da nova legislação, a legitimação aplica-se tão somente para áreas particulares, isso porque a Constituição Federal optou expressamente em não se admitir usucapião de imóveis públicos, criando o instituto da concessão especial de uso para fins de moradia. Esqueceu o legislador no entanto que o instituto da legitimação de posse já tradicional no direito agrário brasileiro, tem por objetivo a efetiva transferência da propriedade. O termo utilizado no artigo 60 é inequívoco no sentido de a aquisição ocorrer por usucapião, afastando do instituto, assim, imóveis públicos. Para as públicas previamente demarcadas, o instrumento adequado de titulação dos moradores é a concessão de direito real de uso.²⁵⁶

Pertinente a essa temática, instigante é o problema apontado por Venício Salles²⁵⁷: quando surgem, no procedimento de regularização fundiária, áreas públicas advindas de parcelamentos incompletos que geraram planta e projetos arquivados no Registro de Imóveis, e o Poder Público aponta que estes imóveis públicos possuem dimensões maiores do que os espaços reservados. A solução pautada pelo autor é no sentido de que só é bem público aquele afetado pelo uso (consoante denominação utilizada pelo Código Civil), e não em face de projetos ou plantas. Portanto, a Administração Pública deve se conformar com os bens públicos disponíveis, e não pelos projetados²⁵⁸.

A solução sugerida apresenta-se problemática, e tem potencial para afetar de maneira muito séria a qualidade de vida dos habitantes da área objeto de regularização. Isso ocorre em especial porque a regularização fundiária deve buscar

²⁵⁵ MELO, Marcelo Augusto Santana de. In: CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.804.

²⁵⁶ CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.804.

²⁵⁷ SALLES, Venício. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.190.

²⁵⁸ Ibidem.

uma urbanização regular, que permita moradia digna à população. Conformar o projeto à situação fática de uma ocupação urbana desordenada pode acabar por suprimir a mobilidade urbana e, em caso pior, onde muitas casas foram construídas irregularmente muito próximas, pode impedir a circulação de ar, afetando o ambiente e a saúde dos moradores.

Todavia, é relevante o posicionamento do autor no sentido de guiar a essência, ou não, do bem público conforme a existência de afetação. Para Maria Silvia Zanella Di Pietro²⁵⁹, o que fundamenta todo o regime jurídico diferenciado de bens públicos é a afetação, inclusive impedindo a posse *ad usucapionem* – temática que será abordada de maneira mais profunda adiante. Nas palavras da autora:

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores a respeito da possibilidade de a desafetação decorrer de um fato (desafetação tácita) e não de uma manifestação de vontade (desafetação expressa); por exemplo, um rio que seca ou tem seu curso alterado; um incêndio que provoca a destruição dos livros de uma biblioteca ou das obras de um museu. Alguns acham que mesmo nesses casos seria necessário um ato de desafetação. Isto, no entanto, constitui excesso de formalismo se se levar em consideração o fato de que o bem se tornou materialmente inaproveitável para o fim ao qual estava afetado. O que é inaceitável é a desafetação pelo não uso, ainda que prolongado, como, por exemplo, no caso de uma rua que deixa de ser utilizada. Em hipótese como essa, torna-se necessário um ato expreso de desafetação, pois inexistente a fixação de um momento a partir do qual o não uso pudesse significar desafetação. Sem essa restrição, a cessação da dominialidade pública poderia ocorrer arbitrariamente, em prejuízo do interesse coletivo.²⁶⁰

Ao final, o posicionamento da autora menciona que sem essa proteção, estar-se-ia comprometendo o interesse coletivo. No caso da regularização de uma ocupação por parte de população de baixa renda, em que esteja abrangida área em tese pública, não há dúvidas de que o interesse maior do Estado é a observância do direito à cidade. Para tanto, haveria mais segurança jurídica com a expedição de um ato formalizador da desafetação que já acontece no plano dos fatos. Todavia, esse ato não possui o condão de modificar a realidade. As moradias autoconstruídas em terrenos desprovidos de utilização emprestam função social ao bem e buscarão uma integração à cidade, cabendo a realidade documental e registral adaptar-se à realidade fática, não o contrário.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.749.

²⁶⁰ *Idem, Ibidem.*

Após esse procedimento, o auto de demarcação será encaminhado para averbação no Ofício de Registro de Imóveis. Atente-se para o fato de que, como regra geral da Lei 6.015/73, um ato de averbação não implica abertura de matrícula caso o imóvel seja objeto de Transcrição – sistema do fôlio pessoal utilizado antes de 1973. O procedimento de averbação da demarcação urbanística gerou uma exceção. Além da legislação expressamente prever que será aberta matrícula para a área, caso não possua, o artigo 3º do Provimento 44²⁶¹ do CNJ veda expressamente averbações em transcrições ou inscrições, se oriundas de processo de regularização fundiária. Ou seja, antes de se averbar a demarcação, será aberta a matrícula do imóvel abrangido pelo procedimento demarcatório. Mantida essa sistemática na Lei 13.465/17, não há risco de que o imóvel demarcado fique preso ao sistema antigo, de antes de 01 de janeiro de 1976 (vigência da Lei de Registros Públicos), facilitando a obtenção do título pelos ocupantes ao final do procedimento.

Após o recebimento do auto de demarcação urbanística, o Oficial do Registro de Imóveis realizará sua qualificação em conformidade com o artigo 56 da Lei 11.977/09, efetivará buscas pelos nomes dos proprietários e confrontantes da área demarcada, e expedirá suas consequentes notificações. Essas notificações podem ocorrer de três formas: pessoalmente, ou pelo correio (com Aviso de Recebimento), ou através de Registro de Títulos e Documentos. Caso algum dos proprietários ou confrontantes não sejam localizados, o Oficial comunicará o Poder Público para que proceda à notificação por edital. O importante é que o proprietário tenha efetiva ciência do procedimento que está ocorrendo sobre um imóvel que lhe pertence, tendo pleno direito de apresentar impugnação. Não o fazendo, seu silêncio importa anuência e será procedida a averbação da demarcação. Desse desinteresse, será beneficiada a população ocupante, que é quem efetivamente funcionaliza o imóvel.

Segundo Jose Maria da Costa²⁶², ante a ausência de regras próprias completas na Lei de Registros Públicos e em razão do fato de que a disposição relativa à notificação por edital concerne a um procedimento, o melhor parece ser a

²⁶¹ Art. 3º. Os atos de averbação ou de registro, no processo de regularização fundiária urbana, serão feitos sempre em matrícula na circunscrição da situação do imóvel, vedada a averbação à margem de transcrição ou de inscrição. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 44, de 18 de março de 2015**. Estabelece normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n44-18-03-2015-corregedoria.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017).

²⁶² COSTA, José Maria da. In: CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.1451.

complementação do assunto com regras do Código de Processo Civil para conferir segurança ao prazo para impugnação. Nessa linha, aos autos do procedimento de regularização fundiária devem ser juntadas cópias dos editais, e neles especificados se o prazo corre da primeira ou da segunda publicação²⁶³. Conquanto a lei realmente seja omissa no tocante ao termo inicial do prazo (sendo grave a omissão, pois a ausência de impugnação ultimar-se-á em uma perda da propriedade), apenas referindo que deve ser feita uma publicação na imprensa oficial e uma em jornal de grande circulação em 60 dias, indicando o prazo de 15 dias para impugnar, a interpretação deverá ser mais favorável à funcionalização do imóvel, na pessoa dos efetivos ocupantes.

Havendo impugnação, esta será apresentada diretamente ao Oficial, que notificará o poder público para manifestar-se no extenso prazo de sessenta dias. Aqui começa o papel de intermediário que o Oficial realiza entre a Administração Pública e o proprietário impugnante. A tentativa de acordo será analisada de forma mais detida; porém, desde já constata-se que a total impossibilidade de acordo encerra (ao menos quanto à parte impugnada) o procedimento de regularização fundiária. Como se trata de um procedimento administrativo, perante o cartório de registro de imóveis, a regularização fundiária não se apresenta como âmbito adequado para discussão de direito de propriedade, discussão essa que só é adequada que ocorra perante um Juiz de Direito com competência para tanto. Assim, pode-se dizer que a insistência na impugnação externa um conflito de interesses com intuito de litígio, remetendo os interessados à via judicial pertinente.

Eduardo Arruda Augusto²⁶⁴, com a abordagem prática que lhe é peculiar, aborda um grande problema: impugnação intempestiva:

No caso de impugnação intempestiva que não traga elementos convincentes da irregularidade do procedimento ou do prejuízo indevidamente imposto ao impugnante, por óbvio, deve ser ignorada pelo registrador (a impugnação deverá ser juntada ao procedimento com a certidão de sua intempestividade, e, se for o caso, com uma decisão interlocutória desqualificando seus argumentos). No entanto, na hipótese de impugnação intempestiva que traga ao registrador elementos de convicção de que a séria irregularidade em qualquer item do procedimento, compete ao registrador, de ofício, indeferir o pedido ou determinar a correção do auto de demarcação, pois é de sua competência zelar pela regularidade de todos os atos registrares serem praticados. Neste caso o indeferimento não se deu

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p.435-436.

pela “impugnação não conciliada”, mas pela convicção do registrador ponto à irregularidade do pedido.

Ou seja, a impugnação, ainda que intempestiva, merece análise quanto ao seu mérito, dada a fundamentalidade do direito de propriedade. Dado o interesse público e social na regularidade do procedimento, é plenamente justificável que o registrador analise o mérito da impugnação, tendo em vista que as possíveis falhas contidas no procedimento afetaram todos os ocupantes da área e possivelmente prejudicar a direitos coletivos no futuro. Sob essa ótica, o prazo é impróprio, constituindo mero fator de organização procedimental e não um requisito de validade da recepção desta impugnação.

Por fim, são dignas de notas as exceções que a legislação abre ao princípio da especialidade objetiva. Esse princípio exige uma descrição do imóvel que corresponda à realidade, e essa descrição deve constar no título para possibilitar o registro com segurança. Francisco Eduardo Loureiro aponta o princípio da especialidade como sendo norma geral dos direitos reais como um todo. Esse entendimento tem justificativa teórica pautada na teoria geral do Direito Civil, com base em interpretação *a contrario sensu* do artigo 85 do Código Civil: “São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”²⁶⁵. Ora, em sentido contrário, todo imóvel é infungível, e, portanto, insuscetível de substituição por outro semelhante. Cada bem imóvel ostenta características únicas – mesmo que dois possuam medidas idênticas, jamais ocuparão o mesmo local.

Todavia, nem sempre é tarefa fácil apontar com precisão a descrição imobiliária, pois muitas vezes as descrições são precárias, imprecisas ou desatualizadas. Além da insegurança que a deficiência descritiva pode gerar no mercado imobiliário (v.g., um comprador de imóvel não saber exatamente o que está adquirindo), em um parcelamento a situação se agrava, pois haverá, em um ato, possivelmente centenas de imóveis a serem especializados.

A Lei 11.977/07 relativizou esse princípio (assim como outros) de especialidade objetiva, determinando que logo no procedimento de demarcação urbanística, admite-se o registro de parcelamento decorrente de projeto de

²⁶⁵ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

regularização fundiária ainda que a área parcelada, correspondente ao auto de demarcação urbanística, supere a área disponível nos registros anteriores, não se aplicando nesse caso o disposto no § 2º do art. 225 da Lei 6.015/73. Apesar de destoar da segurança jurídica objetivada pelo princípio da especialização, essa determinação tem encontrado amparo doutrinário. Por exemplo, Venício Salles²⁶⁶ é enfático ao defender que imprecisões tabulares não devem obstar a regularização de área identificada por planta elaborada pelo Poder Público, em face do conflito entre a exigência registral e a função social da propriedade, e já foi mencionado o ensinamento de Edésio Fernandes no sentido de que entraves burocráticos não devem superar a instrumentalização do direito à cidade.

O registro de imóveis, a par de suas típicas funções de garantia de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos tendentes a garantia do direito de propriedade, foi encarregado com a função de capitanear o procedimento de regularização fundiária e não pode, por conseguinte, estar alheio às finalidades próprias desse procedimento especial de concretização do direito fundamental à cidade. Dessa forma, apesar de ser importante a especialidade objetiva para garantia da segurança da propriedade e do mercado imobiliário, este princípio de caráter instrumental não pode, de forma alguma, ser um empecilho para a concretização do direito à cidade, qual é a síntese do valor máximo da ordem urbanística constitucional brasileira.

Se realizada essa averbação, os próximos passos serão o registro do parcelamento, com consequente e natural abertura de matrículas das parcelas individuais, registro de legitimação de posse e a conversão deste ato em propriedade.

4.2.4 Registro do Parcelamento

Vinha disciplinado nos também revogados artigos 288-F e 288-G da Lei de Registros Públicos, sendo que tal ato registral é a base que permitirá a individualização dos lotes nos quais ocorrerá a titulação, após sua urbanização efetiva – garantindo uma gama de direitos, como a propriedade, a moradia, o acesso à terra urbanificada e seus inerentes atributos e benefícios. Segundo Rafael

²⁶⁶ SALLES, Venício. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.195.

Gagliardi²⁶⁷, o parcelamento implica a divisão de uma gleba em lotes, e o seu registro permitirá a obediência ao princípio da continuidade registral frente à necessidade de abertura das matrículas individuais.

Mas, mais do que isso, esse ato garantirá a correspondência entre as situações real e registral. Uma determinada área, ao ser dividida em frações menores (os lotes), gera toda uma mudança em termos urbanos, com a criação de ruas, infraestrutura, novos imóveis, enfim, toda uma gama de direitos reais que não seria compatível ou razoável com uma única matrícula. Existe, sim, uma “matrícula geral” ou “matrícula mãe”, que representa a área maior (e suas descrições) que será subdividida.

Averbado o auto de demarcação na matrícula da área objeto de regularização e executado o projeto de urbanização, no todo ou em parte, conforme determinar o referido projeto, será registrado o parcelamento com conseqüente abertura de matrículas individuais, gerando o preparo jurídico necessário para que os ocupantes, à conclusão do procedimento, recebam a plena propriedade imobiliária, livre de ônus. Interessante notar que, segundo a legislação federal, o tamanho mínimo do lote será de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, mas a Lei 6.766 ressalva, como exceção, o loteamento destinado à urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social. Apesar da ressalva, já foi estudado que a usucapião especial urbana individual limita o tamanho da área, a ser usucapida, a 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados).

Dado que nossa cultura jurídica ainda não está habituada com o procedimento administrativo de usucapião, a questão dimensional do lote ainda pode gerar incertezas. Remete-se ao julgado²⁶⁸ do STJ anteriormente citado, onde o

²⁶⁷ GAGLIARDI, Rafael. In: CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.1.466.

²⁶⁸ USUCAPIÃO. IMÓVEL. ÁREA MENOR. MÓDULO MÍNIMO. Trata-se de ação de usucapião extraordinário em que se pretende usucapir imóvel com área menor do que o módulo mínimo estabelecido pela lei municipal. No caso, o imóvel pretendido tem 126m², enquanto o Plano Diretor do Município disciplina que o módulo mínimo para parcelamento de solo urbano no local é de 250m². Logo não se pode deferir a pretensão do recorrente, pois o imóvel que busca usucapir não atende as normas que estabelecem o módulo mínimo. Não se pode legalizar o que a lei não permite. Assim, a Turma não conheceu do recurso. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 402.792-SP**. Quarta Turma. Relator Min. Jorge Scartezini, julgado em 26/10/2004, publicado em 06/12/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200013175&dt_publicacao=06/12/2004>. Acesso em: 04 ago. 2017).

colegiado da Corte Superior de Justiça, por causa de desacordo de medida de um terreno, negou reconhecimento a um direito constitucional originário ao qual o ocupante fazia jus. Se aquela Corte, detendo prerrogativa de decidir de acordo com seu livre convencimento motivado, enxergou nas unidades métricas municipais um impeditivo de garantia de um direito constitucional, os Serviços de Registros de Imóveis restarão ainda mais restringidos, sendo obrigados a obedecer a uma estrita legalidade sob pena de responsabilidade administrativa.

Inicialmente, o texto original da Lei 11.977/09 vedava a concessão de legitimação de posse em lotes de mais de 250m². Aparentemente, a lógica do legislador seria criar um paralelo entre a regularização fundiária e a usucapião urbana constitucional. Buscava-se, pois, atrelar os institutos garantidores de moradia e função social da propriedade.

Porém, a lei veio a ser alterada, com a supressão dessa limitação, pela Lei 12.424, no ano de 2011. A determinação passou a ser no sentido de que, no caso de área urbana de mais de 250m², o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião. Ou seja, restou plenamente possível que o lote extrapole essas medidas. Tal determinação melhor amolda-se ao procedimento legal e aos institutos da usucapião, pois áreas objetos de regularização fundiária se originam de ocupações urbanas por vezes absolutamente desordenadas, dificultando até mesmo sua divisão; diante disso, uma interpretação estrita bloquearia o acesso à legitimação de posse a um lote de 260m² (duzentos e sessenta metros quadrados). Por esse motivo será imprescindível e inexorável ao Oficial de Registro de Imóveis ter extenso e verticalizado conhecimento acerca das modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, realizando a subsunção da norma pertinente ao caso concreto que lhe for apresentado – sendo plenamente possível que, em uma mesma área objeto de regularização, estejam presentes as mais variadas formas de usucapião. O que se percebe, assim, é que mesmo antes do novo CPC, a pioneira Lei de Regularização Fundiária Urbana já admitia as variadas formas de usucapião pela via administrativa (se assim o caso concreto determinar, não se olvidando que a usucapião especial urbana será a forma mais recorrente na prática).

Ainda no tocante ao parcelamento, seguem as palavras de Guilherme Loureiro²⁶⁹:

Ocorrendo a averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto supracitado e submeter o parcelamento do solo a registro. [...] uma vez registrado o parcelamento, o poder público concederá o título e legitimação de posse aos ocupantes cadastrados, preferencialmente em nome da mulher. Embora a lei 11.977 não seja clara, a nosso ver o procedimento a ser seguido é semelhante ao do loteamento. Registrado o parcelamento, na matrícula do imóvel serão abertas as matrículas para cada lote. Nestas matrículas que deverão ser registrados os títulos de legitimação de posse. obedecendo-se, assim, ao princípio da unitariedade da matrícula. Para que tenho direito ao título, os interessados não poderão ser concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e não podem ser beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Seguindo o procedimento, é interessante a sistematização realizada pelo artigo 2º do Provimento nº 44 do CNJ, ao dispor os 4 atos registrais básicos para a concretização da regularização fundiária: primeiro, a abertura de matrícula, se não houver, para a área objeto de regularização; segundo, o registro do parcelamento ou instituição de condomínio, resultante do projeto; terceiro, a abertura obrigatória de matrícula para cada lote ou unidade autônoma referida ao projeto de regularização fundiária; e, por fim, os atos de registro ou averbação dos títulos expedidos em favor dos beneficiários do processo de regularização fundiária. Para as áreas de uso público, as matrículas serão ser abertas com a devida averbação de suas destinações – que é uma exteriorização da afetação imobiliária, inerente aos bens públicos de uso comum do povo.

O primeiro parágrafo do artigo 2º do Provimento nº 44 do CNJ não inovou os termos do artigo 288-F da Lei 6.015/73, e determina que no registro da regularização fundiária urbana serão mencionados os números das matrículas abertas para cada um dos imóveis correspondentes ao parcelamento ou ao condomínio. Já que as matrículas serão abertas, elas devem possuir os cinco requisitos do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, quais sejam, número de ordem, número do registro anterior, data, identificação do imóvel e identificação do proprietário.

No tocante a este último dado, em respeito à continuidade, a abertura das matrículas ainda será no nome do antigo proprietário registral (ainda que há tempos

²⁶⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos teoria e prática**. São Paulo: Método, 2013. p.563.

não seja mais este o possuidor). Mesmo que se esteja a individualizar lotes, apenas o devido ato registral terá força para transmissão de direitos reais. A simples abertura da matrícula, com a finalidade de individuação dos lotes formados, não possui esse condão. De maneira didática, Márcio Guerra Serra²⁷⁰ explica esse fato:

Após o registro do parcelamento, será efetuada a abertura das matrículas dos lotes; todavia, estas ainda serão abertas em nome dos titulares dominiais constantes nas matrículas e/ou transcrições das origens das áreas, ou seja, aquelas existentes na serventia imobiliária antes do início do procedimento de regularização fundiária.

Frise-se: a partir da averbação do auto de demarcação urbanística, a matrícula geral já estará aberta, aguardando a aprovação de projeto e parcelamento. Este último será requisitado pelo agente promotor da regularização fundiária, gerando o registro do parcelamento e conseqüente abertura das matrículas individuais dos lotes, criando, assim, possibilidades para singularização dos bens que serão objeto de aquisição pelos ocupantes que funcionalizaram os imóveis e os trouxeram do ócio à cidade.

4.2.5 Legitimação de Posse E Conversão

Determinava a Lei 11.977/09 que, “após o registro do parcelamento, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados”²⁷¹. Ressalte-se a linguagem imperativa do dispositivo, indicando que a concessão destes títulos não é discricionariedade do administrador.

Marcelo Augusto Santana de Melo²⁷² explica que, em realidade, já existia a legitimação de posse no âmbito dos imóveis rurais, porém apenas com a Lei 11.977/09 ela passou a ter ingresso no registro de imóveis, com seus conseqüentes

²⁷⁰ SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis: procedimentos especiais**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3, p.174.

²⁷¹ BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 02 out. 2017

²⁷² MELO, Marcelo Augusto Santana de. In: CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos: comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.803.

efeitos de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia. Busca-se identificar o possuidor, a natureza e o tempo de sua posse. Sobre sua natureza:

Trata-se, indubitavelmente, da formalização representativa de um reconhecimento por parte do poder público da posse de uma propriedade imobiliária urbana contendo requisitos da natureza jurídica da posse sua extensão e beneficiários. Não podemos dizer que é um contrato bilateral, mas tem forte conteúdo real, não se restringindo, assim, somente aos aspectos possessórios.[...] esqueceu o legislador, no entanto, que o Instituto da legitimação de posse já tradicional no direito Agrário brasileiro tem por objetivo a efetiva transferência da propriedade.²⁷³

Já para o administrativista José dos Santos Carvalho Filho²⁷⁴, suas palavras não mencionam diretamente uma eficácia real, conforme concebida por Marcelo de Melo. Todavia, apesar de focar no aspecto administrativo, o doutrinador reconhece a “irradiação de efeitos”, o que de fato remete às consequências dos direitos reais. *In verbis*:

A legitimação de posse consiste na prática de ato administrativo cuja finalidade é a de conferir título de reconhecimento de posse em imóvel objeto de demarcação urbanística. Nesse título, constarão a identificação do ocupante, bem como a natureza e o tempo da ocupação. Sem embargo de não se tratar de título de propriedade, o título de legitimação de posse configura-se indubitavelmente como título jurídico, sendo idôneo para irradiar alguns efeitos de ordem jurídica em favor daqueles ocupantes cuja posse passa a revelar-se reconhecidamente legítima.²⁷⁵

Segundo João Pedro Lamana Paiva²⁷⁶, depois de registrado o parcelamento, o poder público deverá emitir o respectivo título de legitimação aos ocupantes beneficiados pela regularização, conforme cadastramento, devendo observar alguns requisitos.

Evidentemente que os próprios beneficiários estarão legitimados a requerer o registro do título de legitimação de posse emitido pelo poder público, mas, por uma questão prática, o poder público deve procurar fazer a entrega do título já registrado pois está legitimado a requerer o registro²⁷⁷.

²⁷³ Ibidem, p.804.

²⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.91.

²⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.91.

²⁷⁶ PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013. p.20.

²⁷⁷ PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013.

O artigo 18 do Provimento 44 do CNJ (não revogado) estatui que a verificação dos requisitos da legitimação de posse de que trata a Lei 11.977/09 será feita pelo órgão público concedente. Caso o título não faça referência à verificação desses requisitos, o oficial exigirá, para o registro, que o legitimado declare expressamente que não é concessionário, foreiro ou proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que não é beneficiário de legitimação de posse concedida anteriormente. Nesse esteira, Eduardo Arruda Augusto²⁷⁸ ressalta a responsabilidade do poder público na averiguação desses requisitos de cunho constitucional.

Cinco anos após a posse legitimada e registrada, em uma matrícula individualizada, operar-se-á a conversão deste registro em propriedade.

Se do ponto de vista urbanístico, o fim último de todo o procedimento de regularização fundiária é a concretização de obras para melhoria da qualidade de vida da população interessada de maneira integrada à cidade, do ponto de vista jurídico é correto dizer que a conversão da legitimação de posse em alodial propriedade é a finalidade jurídica do procedimento. É com tal ato de registro que finalmente se atribui a publicidade, segurança, autenticidade e eficácia à situação de fato que vinha sendo exercida pelos ocupantes, com a constituição de direito real reconhecido e acrescido ao patrimônio disponível dos ocupantes. A base teórica que justifica este ato registral final está no instituto da prescrição aquisitiva, retratando o efeito constitutivo que a posse prolongada exerce sobre a situação jurídica do ocupante.

Este ato registral chancela as concomitantes aquisição e perda de propriedade, respectivamente pelo possuidor e pelo antigo proprietário. Ocorre uma verdadeira resolução, em âmbito extrajudicial, de um conflito entre princípios caros ao Direito, quais sejam, a função social (posse qualificada pela moradia dos ocupantes) e o direito de propriedade de quem constar no registro imobiliário.

Não há opção por um valor abstratamente considerado. Pelo contrário, a Lei 11.977/09 partiu de pressupostos fáticos determinados e verificados pelo Poder Público, e somente então julgando merecedor de propriedade registrada o ocupante. Melhim Chalhub²⁷⁹ explica a base teórica da conversão nesse sentido:

²⁷⁸ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p.441.

²⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 233-274, 2014. Disponível em: <<http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/20/usucapiao-administrativa>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

No confronto entre posse e propriedade de imóvel urbano em que estejam instaladas favelas, nega-se proteção ao proprietário inerte, que tenha deixado de explorar o potencial econômico ou social do bem de que seja titular, em face daqueles que dele se apossaram e o tornaram produtivo ou útil para moradia, isto porque, como observa Marcos Alcino de Azevedo Torres, “a posse qualificada pela função social deverá prevalecer sobre a propriedade sem função social”. [...] A inércia do proprietário não é suficiente, por si só, para determinar a perda da propriedade e sua aquisição pelo possuidor, mas, não obstante, como observa Lafayette, “intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que à primeira vista se lhe atribui”, de modo que, “se se conserva na inércia e deixa correr o prazo que a lei lhe concede, a culpa é sua: o direito não lhe foi violentamente arrebatado, mas por sua negligência permitiu que lhe fosse tirado. Há, sem dúvida, em obrigá-lo a obrar dentro do prazo marcado, uma certa coação; mas é um sacrifício que o bem geral impõe ao interesse particular”.

Marcelo de Melo²⁸⁰, para fins de justificar essa forma de os ocupantes obterem a propriedade, faz uma entre desta, realizada por via administrativa, com aquela realizada em caso de inadimplemento de dívida garantida por alienação fiduciária de bem imóvel, nos moldes da Lei 9.514/97, afirmando sua recepção pela ordem jurídica. *In verbis*:

Não é nenhum absurdo jurídico aceitar a perda de propriedade em um procedimento administrativo, que pode preencher requisitos mais que necessários para a garantia da segurança jurídica. Quando da promulgação da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, o meio jurídico debateu muito o fato de se processar no Registro de Imóveis a perda da propriedade resolúvel; no entanto, passados mais de dez anos, a jurisprudência e a doutrina confirmaram a utilidade, sendo hoje o instrumento de garantia imobiliária mais utilizado no mercado. O fato é que o legislador preferiu nomear de usucapião o procedimento de consolidação da propriedade que – por conseguinte – acarreta a perda do direito do proprietário que não atende a função social.²⁸¹

Segundo os requisitos do artigo 60 da Lei 11.977/09, o beneficiário do título de legitimação de posse poderá requerer diretamente ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade. A lei apontava como base constitucional para tanto o artigo 183 da Constituição Federal.

Para afastar quaisquer dúvidas restantes sobre a legalidade do procedimento de usucapião extrajudicial, veio a referida Lei 13.105/16, o Novo Código de Processo Civil, que promoveu importante alteração na Lei de Registros Públicos, adicionando

²⁸⁰ MELO, Marcelo. In: CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.808.

²⁸¹ CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.808.

o artigo 216-A e, com ele, o novo procedimento. Flávio Tartuce²⁸², ao comentar as mudanças do novo CPC na seara material civil, diz que veio em boa hora a nova usucapião em Cartório, que será poderoso instrumento no combate à morosidade notória dessas ações. Soma-se a isto a mudança na própria ação judicial de usucapião, que deixa de ser procedimento especial e passa a seguir o rito ordinário. Para José Renato Nalini²⁸³, a usucapião realizada diretamente em cartório:

[...] é um grande passo no sentido da desjudicialização, tendência irreversível de uma população que se vê aturdida diante do excesso de ações judiciais em curso. 93 milhões de processos mostram uma Nação enferma. A saúde está na conciliação, na pacificação, na obtenção de resultados mais eficazes e mais rápidos do que a invencível lentidão do Judiciário, mercê de inúmeras causas e assunto que merece outra reflexão.

Enfim, a consecução de um procedimento de regularização fundiária traz inegáveis benefícios sociais, políticos, jurídicos e econômicos. No tocante às consequências patrimoniais, observa Eduardo Arruda Augusto²⁸⁴:

A regularização fundiária somente será eficaz se conferir título de domínio ao beneficiário. O titular de um imóvel matriculado poderá hipotecar o seu direito para garantir uma dívida necessária para expandir seus negócios, para tratar de uma enfermidade ou para a obtenção de um novo imóvel. A segurança proporcionada por uma garantia real é suficiente para se obter capital por juros menores. Juros menores favorecem o adimplemento e, dessa forma, haverá uma maior circulação de riqueza na base da pirâmide social colaborando para o desenvolvimento sócio econômico da comunidade e com a erradicação da pobreza.

Todavia, o mais importante valor a ser concretizado é o direito fundamental à cidade. Desde o início do processo, da demarcação, perpassando o projeto, até a obtenção da matrícula em seus nomes, a população de baixa renda beneficiada será integrada à cidade em seus diversos níveis. No estudo dos legitimados foi notável que há valorização da participação popular, como exemplo de verdadeira democracia direta ao permitir que associações de moradores, organizados e com objetivo uno, busquem formas de regularizar a terra urbana onde vivem (muito embora, conforme já se defendeu nesta pesquisa, a atuação positiva do Poder

²⁸² TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015. p.330.

²⁸³ NALINI, José Renato. **Usucapião em cartório**. 16 maio 2014. Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/05/16/usucapiao-em-cartorio/>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

²⁸⁴ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.419.

Público é, além de essencial, constitucionalmente obrigatória, não se admitindo qualquer inércia nesse aspecto).

No projeto haverá relevante estudo social, cultural e urbanístico, delimitando a necessidade de instrumentos, planejando vias de circulação, saneamento, energia, escoamento pluvial, enfim, todos os aspectos necessários para que o solo urbano passe a ser dotado dos melhoramentos que, por essência, o fazem parte da cidade. Na demarcação urbanística, o estudo volta-se para a situação jurídica dos imóveis que se está regularizando, ressaltando que de nada adiantaria para a população de baixa renda receber valorizadora urbanização em seus imóveis para, em seguida, verem-se forçados a contestar ação reivindicatória do antigo proprietário registral inerte. Além disto, nesta fase se identificará quais imóveis públicos estão sendo usados para moradia (portanto funcionalizados) e seus respectivos destinos.

Com os atos registrais seguintes – registro de parcelamento, aberturas de matrículas e registros de legitimação de posse e de sua conversão em propriedade, abarcando as mais diversas hipóteses de usucapião – é chagada hora do verdadeiro reconhecimento jurídico do direito real de propriedade, dotado da inerente função social, e integrado ao urbano através das melhorias, não mais segregado. O acréscimo patrimonial obtido, em consonância com a teoria do patrimônio mínimo, consolida-se em nome dos respectivos ocupantes, torna-se negociável e oponível *erga omnes*.

Nesse ponto culminante do procedimento da regularização fundiária, onde se converte uma situação de fato em situação jurídica, reconhecendo propriedade e gerando um acréscimo no patrimônio disponível do agora proprietário, é de extrema pertinência menção aos ensinamentos instigantes do economista Hernando de Soto²⁸⁵. Em sua obra, disserta o autor que um dos principais motivos pelo qual o sistema capitalista funciona bem em países desenvolvidos é que toda forma de propriedade, em especial de bens imóveis, está lastreada por títulos que os representam perante o mercado, e deles se podem extrair o capital. O terceiro mundo e as nações previamente comunistas acabaram por ficar subcapitalizadas por conta da falta de representação de seus verdadeiros ativos²⁸⁶. A população carente, estando fora do sistema legal de propriedade, fica impedida de converter,

²⁸⁵ SOTO, Hernando de. **The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else**. London: Black Swan, 2001. p.8.

²⁸⁶ Ibidem, p.07.

em última análise, sua força de trabalho e sua poupança em capital lastreável e utilizável para seu desenvolvimento²⁸⁷. O autor fornece um motivo pelo qual a propriedade formal deve ser universalmente acessível para que exista desenvolvimento no mundo de hoje (considerando que o capitalismo é o único sistema em efetiva existência, portanto a única opção disponível): “para trazer todos para um único contrato social onde todos podem cooperar para aumentar a produtividade da sociedade”²⁸⁸.

O autor instiga governos a procurar estes centros onde vige o sistema “extralegal” pois ali que se concentra o maior potencial para crescimento econômico, a ser obtido inicialmente por meio de uma regularização da titulação patrimonial – para que os indivíduos passem a ser donos de seu próprio patrimônio, e não mais uma espécie de nômades, podendo formar capital e sendo responsáveis por seus próprios bens. A busca dessa representação da propriedade por meio de títulos coincide com o desfecho do procedimento da regularização fundiária, demonstrando que, conforme Hernando de Soto²⁸⁹, além dos benefícios urbanísticos, haverá benefícios econômicos a níveis regionais e nacionais – o que auxilia, ainda, que os lotes mantenham-se regularizados. Alarga-se, ainda mais, os benefícios a se obterem com a consecução das políticas de regularização fundiária, fazendo com que a população beneficiada, além de passar a participar da cidade, participe da economia desta.

A regularização fundiária nasceu no Brasil com amplo escopo, dotada de avançados instrumentos para que a administração pública concretize o princípio fundamental da cidade; a normativa, como se viu, é precisa onde deve ser para organizar o conjunto encadeado de atos, e é aberta o suficiente para, com porosidade, absorver a multiplicidade de situações urbanas diversas que podem por ventura se apresentar. Apesar do cenário positivo demonstrado (e que, repita-se, provavelmente voltará a viger por conta do efeito repristinatório das Ações Diretas de Inconstitucionalidade), mudanças ocorreram, e devem ser analisadas.

²⁸⁷ Ibidem, p.235.

²⁸⁸ Ibidem, p.231. Tradução livre do inglês.

²⁸⁹ SOTO, Hernando de. **The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else**. London: Black Swan, 2001. p.193.

4.3 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA LEI 13.465/17

Novamente com origem em uma Medida Provisória (MP 759/2016), o novel instrumento legislativo propõe-se a apresentar normas “sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União”. O momento político escolhido para a urgente alteração do mais importante instrumento de política urbana foi de instabilidade, pois a Medida Provisória 759 foi editada em 22 de dezembro de 2016, pouco mais de três meses depois da assunção definitiva do antigo vice-presidente, após processo de impeachment.

Apesar de ser plenamente criticável o fato da Lei 11.977/09 ter advindo de Medida Provisória, é digno de nota que o Brasil não possuía, à ocasião, legislação federal completa sobre o procedimento de regularização fundiária. O cenário já foi diferente quando da edição da MP número 759/16, pois justamente derogou a Lei anterior. E mais: muitos aspectos da original Lei do Programa Minha Casa Minha Vida foram transportados para a nova legislação provisória, v.g., ter como objetivo ampliar o acesso à terra urbanizada, garantir direito à moradia, isentar emolumentos os atos registrares pertinentes, utilizar a legitimação de posse com conversão em propriedade ao final de um prazo, um rol de legitimados abrangente, entre outros. A cada aspecto em comum se percebe uma violação ao artigo 62 da Constituição Federal, pois, se o mesmo conteúdo normativo já estava em vigência, não há qualquer “relevância e urgência” em se editar nova lei para determinar a mesma norma. São contundentes as colocações do constitucionalista José Afonso da Silva²⁹⁰ sobre o histórico das medidas provisórias no artigo 59 da Constituição Federal:

As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.552.

final.12 (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.

Assim, após todo o cenário exposto nesta pesquisa, desde o histórico de idealização de um direito à cidade, até a defesa desse como sendo um direito fundamental, forçoso mencionar que a Lei número 13.465/17 é, ao menos, desnecessária e veementemente prejudicial à sistemática nacional que já estava consolidada há quase uma década. Desnecessária porque, como se percebe da comparação com a antiga 11.977/09, busca adotar institutos e procedimentos bastante semelhantes, alterando questões bastante específicas que poderiam ser adicionadas ao ordenamento em nova legislação paralela. Sistemáticamente prejudicial porque abandona e derroga toda uma experiência fundiária que com muito sacrifício e diálogo se construiu – ao invés disso, pela via da Medida Provisória foram alteradas onze leis que tratavam de direito imobiliário no Brasil.

Tantas são as razões para a inconstitucionalidade da referida Lei que, em 30 de agosto de 2017, a Procuradoria-Geral da República, alegando “múltiplas formas de inconstitucionalidade”, citando doutrinadores de grande importância ao tema como Raquel Rolnik, Rogério Gesta Leal, Ingo Sarlet, e fazendo referências como o Comentário Geral nº 4 da ONU, Agendas Habitat, e ao artigo 182 da Constituição ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade. Assim foram didaticamente enunciadas as razões pelo portal do Supremo Tribunal Federal:

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5771) contra a Lei 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária, a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal e institui mecanismos para aprimorar procedimentos de alienação de imóveis da União.

Ele sustenta que, além de ser resultado da conversão de medida provisória que não observou requisitos constitucionais de relevância e urgência, a lei “tem o efeito perverso de desconstruir todas as conquistas constitucionais, administrativas e populares voltadas à democratização do acesso à moradia e à terra e põe em risco a preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações”.

Janot argumenta que a lei questionada, decorrente da conversão da Medida Provisória 759/2016, modifica mais de uma dezena de leis ordinárias, muitas das quais editadas há mais de uma década por meio de processos legislativos que envolveram grande participação popular. “Não por acaso, 61 entidades ligadas à defesa do ambiente – convencidas de que a Lei 13.465/2017 causa ampla privatização de terras públicas, florestas, águas e ilhas federais na Amazônia e na zona costeira do Brasil – apresentaram representação dirigida à Procuradoria-Geral da República a fim de provocar o STF a declarar as múltiplas inconstitucionalidades da lei”, afirma.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade formal, o procurador-geral defende que não há elementos que justifiquem a urgência da edição de MP

sobre essa matéria. “Grilagem de terras e desmatamento atravessaram séculos até aqui, literalmente, sem soluções de todo satisfatórias”, alega. “Não é concebível que, de um momento para o outro, se transformem em problemas de tamanha urgência que demandem uso do instrumento excepcional e urgente que é a medida provisória, com usurpação da função legislativa ordinária do Congresso Nacional”.²⁹¹

Como princípios, a Lei 13.465/17 elenca a sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional. Concomitantemente, elenca, ao artigo 10, doze objetivos, tais como promover função social, garantir acesso à terra urbanizada, estimular a solução extrajudicial de conflitos e gerar integração social da população de baixa renda. Consoante a doutrina já elencada nesta pesquisa, apesar da lei usar a expressão “objetivos”, em se tratando de ideias a serem alcançados na medida do possível, todos possuem natureza de princípios. Tais normas não serão desnaturadas pela mudança de nomenclatura eventualmente adotada pelo legislador. Tampouco perderão, assim, sua força normativa e sua obrigatória observância, permanecendo como componentes do direito à cidade.

O rol de legitimados foi ampliado, permitindo que Ministério Público, Defensoria Pública (no caso de hipossuficientes), proprietário e loteador requeiram a regularização fundiária, “promovendo os atos necessários” e tendo direito de regresso contra aquele que promove o parcelamento irregular. Essas maiores legitimações devem ser interpretadas no sentido de legitimidade para desencadear o procedimento e fazer as devidas exigências aos órgãos competentes, não significando responsabilidade financeira de arcar com obras públicas. É interessante, ainda, a colocação de que o loteador que promove a regularização não deixa de responder civil e criminalmente pelo loteamento irregular a que deu causa.

Isabel Raposo²⁹², arquiteta e urbanista portuguesa, relata que os loteamentos clandestinos (chamados de áreas urbanas de gênese ilegal) poderão ter sua regularização promovida tanto pela iniciativa pública quanto pela privada. No início, as políticas públicas eram voltadas exclusivamente ao “reajustamento” da população carente, que se tornava alvo de remoções.

²⁹¹ PROCURADOR-GERAL da República questiona lei sobre regularização fundiária rural e urbana. **STF Notícias**, Brasília, 06 set. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354860>>. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁹² BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (org.). **Da irregularidade fundiária urbana à regularização**: análise comparativa Portugal-Brasil. São Paulo: EDUC, 2010. p.91.

O artigo número 13 enumera duas espécies de regularização fundiária: a de interesse social e de interesse específico. Portanto, mesmo padrão da Lei anterior (uma de caráter social e outra residual). A questão das espécies, ou modalidades, de regularização fundiária constitui um problema mais de sistematização dos institutos do que de entendimentos doutrinários propriamente ditos. Todavia, para viabilizar uma aplicação prática organizada é necessário analisar quantas e quais hipóteses fáticas a lei efetivamente prevê como casos de regularização – em especial porque tanto o Poder Público como o Ofício de Registro de Imóveis encontram-se vinculados ao princípio da legalidade.

Para João Pedro Lamana Paiva²⁹³, além da regularização de loteamentos dos artigos 39 a 41 da Lei 6.766/79, a Lei 11.977/09 trazia três espécies de regularização fundiária, quais sejam, a de interesse social, a de interesse específico, a inominada (ou de antigos loteamentos), enquanto a Lei 11.481/07 trata da regularização fundiária de imóveis do patrimônio público.

Por sua vez, Walter Ceneviva²⁹⁴ e Eduardo Agostinho Arruda Augusto²⁹⁵ defendem a existência de apenas 2 espécies de regularização fundiária de assentamentos urbanos: a de interesse específico e a de interesse social. De fato, os incisos VII e VIII do artigo 47 da Lei 11.977/09 citavam apenas estas duas modalidades, onde a regularização fundiária de interesse específico tem um já mencionado caráter residual, enquanto a de interesse social possui casos elencados – mesmo padrão seguido pelo lei nova.

O primeiro parágrafo do artigo 13 demonstra fato que tem se tornado habitual no âmbito de serviços notariais e de registro: a constante prática de inconstitucionais isenções heterônomas, dado que emolumentos de cartório, consoante já decidiu o STF, têm natureza de taxa estadual²⁹⁶, não podendo a União isentar um tributo

²⁹³ PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013.

²⁹⁴ CENEVIVA, Walter. **Lei de registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.717.

²⁹⁵ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.422.

²⁹⁶ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS - NATUREZA TRIBUTÁRIA (TAXA) - DESTINAÇÃO PARCIAL DOS RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DESSES VALORES A INSTITUIÇÕES PRIVADAS - INADMISSIBILIDADE - VINCULAÇÃO DESSES MESMOS RECURSOS AO CUSTEIO DE ATIVIDADES DIVERSAS DAQUELAS CUJO EXERCÍCIO JUSTIFICOU A INSTITUIÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS EM REFERÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA TAXA - RELEVÂNCIA JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. NATUREZA JURÍDICA DAS CUSTAS JUDICIAIS E

estadual. Ademais, a delegação de serviços de notas e registros não custa dinheiro algum aos cofres públicos (pelo contrário, há percentual de emolumentos direcionados aos cofres públicos), pois ostentam administração privada e dependem dos emolumentos para custos operacionais, tais como insumos e funcionários.

4.3.1 Instrumentos Urbanísticos

O artigo 15 elenca instrumentos urbanísticos a serem utilizados na regularização fundiária, em um rol exemplificativo, buscando precipuamente instrumentos já contidos no Estatuto da Cidade, mas adicionando outros. Doação e compra e venda, apesar de constarem no rol, não constituem via adequada para promoção de regularização fundiária, dado sua natureza estritamente civilista e privatista – e sendo que, em regra, a alienação de imóveis públicos deverá seguir os ditames da Lei de Licitações.

DOS EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em conseqüência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. - A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. - As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência. - DESTINAÇÃO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS A FINALIDADES INCOMPATÍVEIS COM A SUA NATUREZA TRIBUTÁRIA. - Qualificando-se as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais como taxas (RTJ 141/430), nada pode justificar seja o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois, nessa hipótese, a função constitucional da taxa - que é tributo vinculado - restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilegiado (e inaceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares (Associação de Magistrados e Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade. Precedentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1378**. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 30/11/1995, publicado em 30/05/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>>. Acesso em: 05 ago. 2017).

Importante mencionar que foi incluído, ao artigo 18, o conceito de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). A Medida Provisória 759, inicialmente, limitou-se a suprimir o conceito de ZEIS que vinha contido no âmbito de Lei 11.977/09, a qual, ainda, as beneficiava com o procedimento da regularização fundiária de interesse social, em cumprimento ao disposto no Estatuto da Cidade que prevê as ZEIS como instituto jurídico de planejamento municipal (garantidor de proteção à população de baixa renda que ocupa determinada área, protegendo essa população de eventual especulação imobiliária sobre área recentemente regularizada). A supressão pretendida inicialmente pela MP 759 constituiria flagrante retrocesso urbanístico, atuando de maneira contrária à população vulnerável. A Lei 13.465/17, entretanto, trouxe novamente a ZEIS ao ordenamento jurídico, enfraquecendo seu alcance ao parágrafo segundo por desvincular essa da regularização fundiária:

Art. 18. O Município e o Distrito Federal poderão instituir como instrumento de planejamento urbano Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), no âmbito da política municipal de ordenamento de seu território.

§ 1º Para efeitos desta Lei, considera-se ZEIS a parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada preponderantemente à população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

§ 2º A Reurb não está condicionada à existência de ZEIS.²⁹⁷

Diante da natureza das ZEIS, utilizadas como instrumento de planejamento urbano, proteção e preparação para regularização fundiária, é digno de nota o entendimento jurisprudencial firmado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, o qual permitiu a usucapião individual sobre imóvel localizado em ZEIS, desde que seja possível seu mapeamento e individualização (garantindo, dessa forma, cumprimento ao direito fundamental previsto no artigo 183 da Constituição Federal). O ocupante, assim, não ficará condicionado à regularização coletiva da totalidade da gleba, caso sua área esteja previamente identificada e mensurada.

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EM ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL (ZEIS). LOTEAMENTO IRREGULAR - INVASÃO COLETIVA - QUE NÃO OBSTA A USUCAPIÃO INDIVIDUAL QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS

²⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

CONSTITUCIONAIS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA ANULADA. 1. É possível a usucapião individual urbana ainda que a área usucapienda esteja situada em Zona Especial de Interesse Social (**ZEIS**), fruto de invasão coletiva, por respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, da moradia, da propriedade privada e da inafastabilidade da jurisdição. 2. Pois, o art. 183, CF, é uma norma constitucional de eficácia plena e exige apenas a posse mansa e pacífica em área ou edificação urbana de até 250m², com ânimo de dono e utilizada para moradia pelo prazo de cinco anos, desde que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. 3. Assim sendo, a usucapião coletiva prevista no art. 10 da Lei Federal 10.257/01 (Estatuto da Cidade) não poderia limitar a usucapião individual prevista no art. 183, CF, em face da hierarquia das normas. 4. Nessa senda, a usucapião coletiva é uma alternativa de efetivar o direito constitucional à moradia através de demanda coletiva, o que não obsta a usucapião individual quando preenchidos os requisitos constitucionais.²⁹⁸

Ainda em relação aos instrumentos urbanísticos, é grandemente facilitada a aquisição de bens públicos funcionalizados pelos ocupantes, pela via da regularização fundiária, aos artigos 16 e 17, *in verbis*:

Art. 16. Na Reurb-E, promovida sobre bem público, havendo solução consensual, a aquisição de direitos reais pelo particular ficará condicionada ao pagamento do justo valor da unidade imobiliária regularizada, a ser apurado na forma estabelecida em ato do Poder Executivo titular do domínio, sem considerar o valor das acessões e benfeitorias do ocupante e a valorização decorrente da implantação dessas acessões e benfeitorias.

Parágrafo único. As áreas de propriedade do poder público registradas no Registro de Imóveis, que sejam objeto de ação judicial versando sobre a sua titularidade, poderão ser objeto da Reurb, desde que celebrado acordo judicial ou extrajudicial, na forma desta Lei, homologado pelo juiz.

Art. 17. Na Reurb-S promovida sobre bem público, o registro do projeto de regularização fundiária e a constituição de direito real em nome dos beneficiários poderão ser feitos em ato único, a critério do ente público promovente.

Parágrafo único. Nos casos previstos no **caput** deste artigo, serão encaminhados ao cartório o instrumento indicativo do direito real constituído, a listagem dos ocupantes que serão beneficiados pela Reurb e respectivas qualificações, com indicação das respectivas unidades, ficando dispensadas a apresentação de título cartorial individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação de cada beneficiário.²⁹⁹

²⁹⁸ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2740316**. 1ª Câmara Cível. Relator Des. Itabira de Brito, julgado em 03/12/2013, publicado em 15/01/2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159614726/apelacao-apl-2740316-pe>>. Acesso em: 04 set. 2017.

²⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

Não se deve esquecer que, operando a regularização fundiária com base em usucapião administrativa de bens imóveis, estes artigos culminam em hipóteses de usucapião de bens públicos.

É extremamente polêmica a questão sobre a possibilidade, ou não, da usucapião de bem público. Tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil a vedam, sem exceção, em adição ao Enunciado 340³⁰⁰ da Súmula de jurisprudência do STF. Todavia, há corrente doutrinária atual que defende a possibilidade da usucapião de bens públicos dominicais. De acordo com a classificação de bens públicos trazida pelo Código Civil, seriam aqueles desafetados de qualquer uso público.

O anteprojeto do atual Código Civil trazia expressa a possibilidade de usucapião de bens dominicais, o que foi posteriormente modificado pela Câmara dos Deputados. Segundo a letra fria da lei, hoje, todos os bens públicos possuem um regime de direito público, que determina suas inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Silvio Luís Ferreira da Rocha³⁰¹, nesta esteira, é enfático ao construir a necessidade de função social por parte dos bens dominicais:

Entretanto, na vigência de antigos diplomas legais, foram estabelecidas exceções previstas ora nas Constituições de 1934, 1937 e 1946 com relação ao chamado usucapião *pro labore* e na Constituição de 1967 com a legitimação de posse e preferência para aquisição de terras públicas tornadas produtivas com o trabalho do ocupante e de sua família, ora com a Lei nº 6.969, no artigo 2º, que disciplinou o chamado usucapião especial incidente sobre terras devolutas situadas na área rural.

Conforme os entendimentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Cretella Junior, bens dominicais possuem regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por algumas normas de direito público (por exemplo, necessidade de licitação para sua alienação)³⁰². Ora, é razoável considerar que há uma flexibilização do regime jurídico em relação a bens dominicais.

Na seara jurisprudencial, além da já citada Súmula 340 do STF, o STJ em julgado de 2013 (AgRg no AgRg no REsp 66538/PA) afirma que não é possível

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em: 04 out. 2017.

³⁰¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.369.

³⁰² Ibidem, p.365.

existir posse sobre um bem público, explicitando a figura como mera detenção advinda da precariedade (consequentemente, não haverá usucapião). Segue a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE **POSSE**. OCUPAÇÃO DE TERRA PÚBLICA. BENFEITORIAS REALIZADAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OCUPAÇÃO REGULAR. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de não ser possível o reconhecimento de **posse** sobre terra pública, cuja ocupação configura mera **detenção**. 2. A impossibilidade de se reconhecer a **posse** de imóvel **público** afasta o direito de retenção pelas benfeitorias realizadas. Precedentes. 3. Ademais, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela irregularidade na ocupação das terras públicas e ausência de boa-fé do ocupante. Não há como alterar esse entendimento é inviável na via especial, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.³⁰³

Contudo, já se tem notícias de decisões que, cientes às peculiaridades que a realidade fática pode apresentar em casos concretos, julgaram possível a usucapião de bens desafetados. Noticiado por Flávio Tartuce³⁰⁴, o seguinte caso ocorreu em Minas Gerais:

Em uma decisão inédita na região e pouco comum no país (processo nº 194.10.011238-3), o juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, indeferiu o pedido do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), que solicitava a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381, próximo ao trevo de Antônio Dias, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por servidores e ex-servidores do próprio DER-MG, instalados no local desde a construção da rodovia, há cerca de 30 anos. [...]”Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade”, afirma o parecer emitido pelo MP.

Demonstrada a polêmica alcançada pelo tema, e respeitados os diversos entendimentos, parece que a posição mais adequada, e mais a par de uma interpretação constitucional do milenar instituto da usucapião, é no sentido de

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no AREsp nº 66538/PA**. Quarta Turma. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 18/12/2012, publicado em 01/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=201102446594&dt_publicacao=01/02/2013>. Acesso em: 03 out. 2017.

³⁰⁴ TARTUCE, Flávio. Sentença de MG reconhece usucapião de bem público. **Jusbrasil**, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136402006/sentenca-de-mg-reconhece-usucapiao-de-bem-publico>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

entender possível a posse e a usucapião de bens públicos, mormente os bens desafetados a qualquer utilidade pública. Seria extremamente contraditório o Constituinte valorizar a função social, inclusive prevendo casos de supressão do direito de propriedade para o caso de descumprimento, e, ao mesmo tempo, dispensar o Estado de cumprir esse dever (justamente as pessoas políticas que deveriam ser os principais obrigados). Nas palavras de Silvio da Rocha³⁰⁵:

Estamos, ao nosso ver, diante de um conflito de normas, pois as normas que estabelecem a função social da propriedade disciplinam um fim que, para ser alcançado, necessita, entre outros instrumento, da usucapião, que, no entanto, em relação aos bens públicos, é vedada. Em outras palavras, as normas que proíbem a usucapião dos bens públicos retiram ou suprimem um importante meio de realização da função social da propriedade, prevista como fim em outras normas, configurado, com isso, uma antinomia teleológica que, no entanto, é aparente e pode ser solucionada.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro expressamente permite a existência de posse sobre bem público ao artigo primeiro da Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de 2001, ao estatuir que “aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas”³⁰⁶. Ainda, ao artigo segundo, o mesmo diploma prevê que esse direito pode ser reconhecido de maneira coletiva, caso várias pessoas ocupem a mesma área urbana pública.

O conflito aparente de normas se dá entre a função social e as regras dos artigos 191 e 183, §3º da Constituição federal, ou seja, um conflito entre regras e princípios. Já foi mencionado, ao início desta pesquisa, que adotamos os conceitos normativos propostos por Humberto Ávila³⁰⁷ em sua obra intitulada “Teoria dos Princípios”. Os princípios são diretrizes que iluminam e norteiam todo o arcabouço de normas jurídicas, e as regras merecem interpretações nestas direções por elas traçadas. Portanto, se for para concretizar a função social da propriedade, a usucapião de imóveis públicos dominicais deve ser possibilitada, em abstrato – por

³⁰⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.370.

³⁰⁶ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 02 ago. 2017.

³⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

óbvio, será essencial analisar o caso concreto, não sendo razoável permitir esta aquisição em se tratando de bens afetados ao uso público. Lembra-se, ainda, que a função social é mais do que um dever do proprietário, mas um elemento constitutivo da própria essência do direito de propriedade.

Parece ser esse o sentido da doutrina civilista moderna, e gradativamente da Lei – apesar da norma constitucional contrária. Flávio Tartuce³⁰⁸ entende que o texto constitucional deveria sofrer reformas para flexibilizar os atuais paradigmas, o que daria maior prestígio ao princípio da função social da propriedade. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁰⁹ discordam da absoluta impossibilidade da usucapião de bens públicos, por ofensa à função social, matéria que merece ponderação no caso concreto.

O que faz a questão verdadeiramente tormentosa, e inclusive perigosa à defesa do meio ambiente, é a possibilidade de uso de uma falsa noção de funcionalização imobiliária a fim de possibilitar a grilagem de terras. A Lei 13.465/17 já foi chamada, por diversas entidades de defesa do meio ambiente, de “lei da grilagem”³¹⁰ por esse motivo. Além de críticas questões ambientais presentes na primeira parte do diploma, o supracitado artigo 16 demonstra a possibilidade de apropriação de glebas públicas com indenizações muito abaixo do valor real, como se fosse uma pré-licitação em que o valor imobiliário já nasce comprometido contra o ente federado proprietário do bem.

Ou seja, um instituto que desfruta de correto e bem fundamentados objetivos, consoante a doutrina, a fim de possibilitar a proteção de ocupantes que verdadeiramente utilizam bem público dominical para moradia, corre sério risco de ter aplicação prática totalmente desconectada de seu propósito funcionalizante. Segundo a ADI 5771:

A aplicação da lei impugnada resultará em um dos maiores processos de perda de patrimônio público da história do Brasil, além de promover sensível aumento do quadro de concentração de terras nas mãos de poucos. A título de exemplo, a nova redação dada ao art. 17, § 5o, da Lei 8.629/1993, permite venda de terras públicas a preço muito abaixo do valor de mercado – “entre 10% e 50% do valor mínimo da pauta de valores da terra nua para

³⁰⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p.906.

³⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5.

³¹⁰ LEI da regularização fundiária privatiza terras públicas, dizem entidades. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/lei-regularizacao-fundiaria-privatiza-terras-publicas-dizem-entidades>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra” – e sem necessidade de licitação, o que, segundo cálculos do Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (IMAZON), representará perda de R\$ 19 bilhões a R\$ 21 bilhões de reais somente na Amazônia.³⁶ Tal conclusão resultou da análise de dados empíricos, utilizados pela entidade com base em área de 6,9 milhões de hectares (25.199 imóveis) a ser “regularizada” [...].³¹¹

Perceba-se que no cenário posto pela nova Lei não se está diante da funcionalização de nenhum desses imóveis, mas sim se uma massiva apropriação por parte dos melhores “compradores”. O direito à cidade deve se dar de modo compatível com a sustentabilidade ambiental – e mesmo que não o fosse, a norma constitucional interna brasileira, artigo 225, não permite criações de riscos ilegais ao meio ambiente, sem o qual cidade alguma sobreviveria a longo prazo. Henri Lefebvre³¹² explicava a tendência do urbano em engolir o ambiente rural, tendência essa que seria totalmente incompatível com o direito à cidade, o qual busca integração entre os ambientes, a fim de que uma simbiose seja possibilitada para mútuo benefício.

4.3.2 Legitimação Fundiária e de Posse

O artigo 23 da Lei. 13.465/17 determina que a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. Portanto, é uma expressa criação de usucapião de imóvel público em qualquer das espécies de regularização fundiária – a legitimação de posse não é um direito real, mas forma de aquisição deste.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se especificamente quanto a esse ponto, repudiando sua constitucionalidade. Segundo a ADI 5771:

A fixação desse marco temporal para fins de aquisição de propriedade, desassociado de qualquer exigência de tempo mínimo de ocupação da área ou vinculação de seu uso a moradia, acaba por premiar ocupações

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771**. Decisão monocrática. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 19/09/2017, publicado em 22/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370965&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 set. 2017.

³¹² LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

clandestinas e ilícitas por parte de ocupantes ilegais de terras e falsificadores de títulos (os chamados “grileiros”) e desmatadores, além de incentivar novas invasões dessa natureza. Se a Constituição exige tais pressupostos para os institutos do usucapião especial urbano e rural (arts. 183 e 191), que cuidam da aquisição apenas de áreas particulares, não parece compatível com o regime constitucional que a “legitimação fundiária”, a envolver aquisição de áreas públicas, possa dispensá-los.³¹³

Já se defendeu, anteriormente, que a concessão de direito real de uso é a única forma de conciliar o binômio tensivo³¹⁴ formado entre a imprescritibilidade de imóvel público e a função social da propriedade, ambos primados constitucionais de igual valor abstrato. Em verdade, não havendo exceção constitucional permissiva, a única via para garantia da segurança do uso daquele que ocupa imóvel público para fins de moradia será a concessão de direito real de uso, não operando transferência da coisa – possibilitando, pois, com melhoria das condições do ocupante e integração deste à cidade, que o imóvel eventualmente retorne ao erário.

Novamente a Lei 13.465/17 pecou pela desnecessidade, pois a legitimação das posses individuais, após seu mapeamento com o uso do procedimento de demarcação urbanística, bastaria para a regularização de titulação dos lotes.

4.3.3 Direito Real de Laje

Uma das inovações legislativas promovidas foi o reconhecimento legislativo do chamado direito real de laje, que seria um permissivo para regularização de construções feitas em sobreposição a outras já existentes, com abertura de matrícula própria para a unidade imobiliária. Flagrante a adequação de uso de um direito real como instrumento de regularização fundiária, o que, de fato, já vinha ocorrendo nas searas doutrinárias e administrativa. Segundo Flávio Tartuce³¹⁵:

Apesar da clareza do dispositivo do Código Civil, alguns estudiosos entendem que mesmo a superfície submetida a essa norma deve abranger o uso do solo e do subsolo. Nesse sentido, o Enunciado n. 568, aprovado quando da VI Jornada de Direito Civil (2013), in verbis: “O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771**. Decisão monocrática. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 19/09/2017, publicado em 22/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370965&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 set. 2017.

³¹⁴ NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.205-206.

³¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das coisas**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. v.4, p.348.

de sobrelevação, atendida a legislação urbanística”. Assim, entendeu-se que é possível afastar, por força do contrato, a norma do parágrafo único do art. 1.369 do CC, considerada como preceito de ordem privada. Ademais, amparou-se doutrinariamente o direito de sobrelevação, conhecido como direito de laje, situação muito comum em áreas favelizadas. Com isso, criou-se a superfície de segundo grau, verdadeiro direito real, que não está tratado no rol do art. 1.225 do CC. A hipótese parece ser de criação de direito real por exercício da autonomia privada, o que representa um grande avanço quanto ao tema. A justificativa do enunciado expressa que “a norma estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Cidade deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária”.

Deriva, assim, de um costume em áreas favelizadas e de ocupação irregular de promover construções sobrepostas, a fim de que no mesmo lugar sejam autoconstruídas moradias sobrepostas. Haverá, dessa forma, uma figura mista entre direito real de superfície e a figura do condomínio edilício. Todavia, a independência das unidades é relativizada, pois as lajes superiores não podem estar em desacordo com os padrões de construção e não podem ser alienadas se outro proprietário de base ou de laje a quiser, tanto por tanto.

Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.

§ 1º São partes que servem a todo o edifício:

I - os alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio;

II - o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje;

III - as instalações gerais de água, esgoto, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes que sirvam a todo o edifício; e

IV - em geral, as coisas que sejam afetadas ao uso de todo o edifício.

§ 2º É assegurado, em qualquer caso, o direito de qualquer interessado em promover reparações urgentes na construção na forma do parágrafo único do art. 249 deste Código.³¹⁶

Apesar de a nova regulamentação gerar maior segurança jurídica aos operadores do Direito, o que se chama de “direito real de laje” já existia como disposição originária no Código Civil, qual seja, o direito real de superfície, como muito bem ensinou Flávio Tartuce e o enunciado da Jornada do Conselho Federal de Justiça. A regra geral do Direito Civil, ao contrário de áreas como Direito Penal e

³¹⁶ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

Tributário, é permitir o que não se está expressamente proibido, e a liberdade de se contratar atinge os direitos reais.

Gradualmente, algumas características dos direitos reais são revistas pela doutrina, conforme se explicou à introdução desta pesquisa, trilhando um caminho que vai da valorização da estrutura até a valorização da função. Por exemplo, não se questiona a necessidade da publicidade, da oponibilidade *erga omnes* e da taxatividade do rol do artigo 1.225 do Código Civil, pois não é dado à autonomia privada criar novos direitos reais (por conta de sua ampla oponibilidade). Todavia, a tipicidade é o que delimita o conteúdo de cada direito real, e, segundo a doutrina civilista moderna de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosendal³¹⁷, “o fato de existirem direitos reais típicos no rol do artigo 1.225 não elimina a possibilidade de modelação expansiva dos direitos reais já existentes”. É possível, portanto, que a aplicação dos direitos reais seja moldada às necessidades da sociedade e do mercado, e o melhor exemplo, citado pelos autores, é a multipropriedade ou *time sharing*³¹⁸. Leonardo Mattietto³¹⁹. disserta que na história civilista nenhum outro instituto foi tão glorificado como o direito de propriedade, o qual, no Código Civil de Napoleão Bonaparte em 1804, foi reputado como centro de todo o sistema de direito privado. O mesmo autor apresenta crítica veemente a uma dogmática acrítica que cerca o direito de propriedade, a qual vê um conceito fechado e inquestionável, por isso os novos conceitos, como a multipropriedade e o referido direito real de laje, geram tanta divergência³²⁰. Na conclusão do autor, “a palavra propriedade não tem hoje, se é que um dia teve, um significado unívoco [...] há diversas propriedades, como diferentes também são as funções sociais”³²¹.

4.3.4 A (Re)Adaptação da Regularização Fundiária ao Direito à Cidade

Sendo o direito à cidade princípio fundamental com fundamentos na Constituição Federal, conforme se investigou, não se pode admitir constitucionalidade material de lei que coloca em risco o equilíbrio do meio ambiente

³¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.38.

³¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.38.

³¹⁹ MATTIETTO, Leonardo. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.199.

³²⁰ *Ibidem*, p.201.

³²¹ *Ibidem*, p.202.

para presentes e futuras gerações, altera desnecessariamente a sistemática de regularização fundiária, possibilita grilagem, e usurpa o devido debate legislativo ao adotar a criticável via da Medida Provisória. Portanto, é alta a probabilidade de retorno à vigência da Lei 11.977/09, junto com outros dez diplomas legislativos que sofreram alterações, bem como toda a normativa administrativa pertinentes.

Nesse ínterim, no entanto, é possível que se apliquem os dispositivos semelhantes à antiga lei de regularização fundiária em consonância com o direito à cidade, admitindo-se a existência de continuidade legal no tocante à grande parte do conteúdo (sem que mudanças de nomenclatura afetem prejudicialmente o direito fundamental à cidade). Como se viu, porém, existem alguns pontos da Lei 13.465 que favorecem a integração social e o direito à cidade, se aplicados de maneira correta. Conforme a Constituição Federal, tais pontos mereceriam submissão ao democrático debate legislativo na forma de lei ordinária federal em matéria urbanística para devida verticalização.

Por exemplo, há expressa previsão de permissão de uso misto de imóvel, ao parágrafo quarto do artigo 13 (“na Reurb, os Municípios e o Distrito Federal poderão admitir o uso misto de atividades como forma de promover a integração social e a geração de emprego e renda no núcleo urbano informal regularizado”). Francisco Eduardo Loureiro³²², ao dissertar acerca do direito real de habitação, citando Tupinambá do Nascimento, admite que a utilização mista do imóvel (ou seja, um uso residencial e comercial) não descaracterizaria esse direito real, desde que mantida a finalidade preponderante da moradia. Dentro desse raciocínio, com ainda maior razão o uso misto pode ser tolerado em um procedimento de regularização fundiária. O respeitado doutrinador refere-se, em última análise, à verdadeira modulação da tipicidade de um direito real, tendo em vista que o direito real de habitação, tal como previsto no artigo 1.414³²³ do Código Civil, representa um uso extremamente limitado do bem – o mesmo que se pode dizer do direito real de laje. Em princípio, auxilia maior integração à cidade permitir que o ocupante estabeleça pequeno comércio, ainda que informal, como meio de auxiliar sua subsistência e dignidade.

³²² PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013. p.1482.

³²³ CC/2002, “Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.” (BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017).

Ficam ressalvados, por óbvio, o direito de vizinhança ao sossego e o poder de polícia do Estado.

O direito urbanístico, civil e registral possuem natural dificuldade em se sistematizar, dada a diversidade de leis existentes e os períodos nos quais foram editadas. A título de exemplo, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano veio em 1979, o Estatuto da Cidade em 2001 e a Lei 13.465 em 2016. Essas décadas de diferenças geram dificuldades de interpretação e de sistematização – e, conseqüentemente, de operação. A solução não é outra senão a interpretação conforme a teoria do diálogo das fontes. Flávio Tartuce³²⁴ sintetiza a razão de ser da teoria:

A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação refere-se à sua funcionalidade. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um “Big Bang legislativo”, como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnortado. Convive-se com a era da desordem. O diálogo das fontes serve como leme nessa tempestade de complexidade.³²⁵

A legislação brasileira é hipertrofiada, e com grande frequência existem vários diplomas regulando os mesmos fatos. Isso dificulta a operabilidade. Nas palavras do autor, não se pode pretender adotar uma “interpretação insular do Direito”, onde cada ramo jurídico seria uma ilha isolada; é necessária uma interpretação sistemática, centrada na Constituição Federal, a qual irradia seus efeitos perante todos os diplomas legais. O Jurídico, o urbanístico, o social e o ambiental caminham juntos na regularização fundiária, ainda que possuam princípios, objetivos e leis próprios³²⁶. Nessa linha são as palavras de Carvalho Filho³²⁷ ao comentar o Estatuto da Cidade: “o parcelamento urbano é tema que se configura como suscetível de ser regulado por verdadeiro direito multidisciplinar, tantos são os aspectos que com ele estão relacionados”. Eduardo Agostinho Arruda Augusto³²⁸, ao tecer considerações acerca da regularização fundiária, aponta como problema a desarmonia legislativa:

³²⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p.71.

³²⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p.71.

³²⁶ *Ibidem*, p.36.

³²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.77.

³²⁸ AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.416.

Muitos críticos apontaram a pesada burocracia cartorária como a principal culpada do insucesso das várias iniciativas governamentais para resolver a questão da regularização fundiária. No entanto, os argumentos são falhos, pois, além de confundirem segurança jurídica com disfunção burocrática, não percebem que a falha está na falta de sintonia entre os diversos diplomas legais existentes.

Nos termos da mencionada ADI 5771, não se descarta, diante do progressivo cenário analisado, que um retrocesso na esfera dos instrumentos concretizadores do direito à cidade tenha ocorrido. Sendo essa hipótese verdadeira, estar-se-ia diante de uma exclusividade na história recente, dado que, com base na análise feita nas duas primeiras partes desta dissertação, o desenvolvimento do direito à cidade tem sido linear e contínuo, apesar de lento, até mesmo no plano internacional.

Como se disse, dentre os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, a regularização fundiária e a usucapião especial urbana coletiva são as mais aptas à efetiva concretização do direito à cidade, pelo simples fato de que, junto com a garantia de propriedade regular e registrada, vêm dotadas de preocupação efetivamente urbanística (a referida “urbanificação”, remédio para a urbanização desordenada, que consiste em dotar o solo urbano dos equipamentos essenciais).

O direito à cidade, dada sua abertura, amplitude e múltiplas conexões, não poderá ser simplesmente “concretizado” pelos instrumentos jurídicos disponíveis; ele é, de fato, uma meta em constante avanço e renovação, que caminha junto com o próprio desenvolvimento social e urbano. Indubitavelmente, alguns aspectos podem ser projetados e concretizados, por exemplo, o saneamento, o abastecimento de água e a criação de vias de circulação. Todavia, em outros aspectos, apenas sua lenta efetivação será possível, como é o caso de algumas questões ambientais, nas quais um nível ideal de realização será inalcançável a curto prazo. Os aspectos e seus níveis de concretização, bem como a distinção entre o que é possível concretizar e o que é apenas possível fomentar, demandarão análise de circunstâncias concretas específicas. Dessa forma opera-se uma norma de caráter principiológico: de maneira prospectiva.

Sua força prática residirá na fundamentalidade de seu núcleo de formação, pois obriga o Estado em todas as esferas de poder, condicionando aplicação e interpretação, de modo que ele próprio não seja violado. Medidas desproporcionais, regressistas e irrazoáveis estarão afastadas.

4.4 A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

É antigo o estabelecimento de uma relação entre o tempo e os direitos reais. A chamada prescrição aquisitiva legitima uma situação de fato, estabilizando a relação entre pessoa e coisa, transformando-a em direito. Apesar de terem se perdido no tempo, historiadores conseguiram recuperar partes da Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), considerada uma conquista dos plebeus e a mais importante Lei de Roma no período republicano. A sexta tábua, que tratava da propriedade e da posse, dispunha “as terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano”³²⁹.

É notável a preferência do constituinte pela usucapião ao elencar um instrumento central no capítulo (artigo 183 da Carta Magna, exclusivamente dedicado a este instrumento) da política urbana dada a história da ocupação brasileira: Portugal e, após a independência, os imperadores do Brasil tinham grande interesse em explorar e colonizar todo o território, que conta com dimensões continentais. Assim, desde o início a posse foi muito importante para políticas públicas e medidas legislativas. Por exemplo, veja-se o artigo 5º da Lei 601 de 1850 (Lei de Terras): “Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente [...]”³³⁰. Fala-se dessa importância da posse porque a usucapião nada mais é que a posse considerada em certa unidade de tempo.

Usualmente a doutrina brasileira, ao apreciar a clássica distinção de teorias possessórias entre Savigny e Ihering, adota esta segunda, juntamente com o artigo 1.196 do Código Civil³³¹. Inexiste consenso sobre a natureza jurídica da posse, se é um fato ou se é um direito³³². O certo é que a posse recebe especial tutela jurídica

³²⁹ LEI das XII Tábuas. Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

³³⁰ BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

³³¹ CC/2002, “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.” (BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017).

³³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.58.

no Brasil, comportando-se como um direito subjetivo dotado de uma estrutura característica³³³.

A par das clássicas teorias objetiva e subjetiva da posse, vem ganhando cada vez mais prestígio doutrinário as teorias sociológicas, a exemplo daquela elaborada pelo espanhol Antônio Hernandez Gil³³⁴, o qual busca situar a posse como fenômeno muito próximo da realidade social, e o possuidor merecedor de proteção estatal é aquele que utilize a posse para desfrutar de bens essenciais – em outras palavras, o autor defende que, em eventual conflito de direitos, deverá ter preponderância a posse funcionalizada. Seja qual for a teoria que decida se prestigiar, é inegável que todas comportam a ideia de função social da posse, essa defendida por diversos doutrinadores, tais como Luiz Edson Fachin, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias³³⁵.

Nas palavras de Flávio Tartuce³³⁶:

Feitas tais ponderações, como, tema de grande relevo cumpre destacar que o CC/2002 perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese que tem como expoentes Raymond Saleilles, Silvio Perozzi e Antonio Hernandez Gil. De lege ferenda, a adoção da função social da posse consta expressamente do Projeto 699/2011, pelo qual o art. 1.196 passaria a ter a seguinte redação: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

Todavia, ao aprofundar o debate, Tartuce³³⁷ efetiva verdadeira leitura constitucional do instituto da posse (tipicamente estudado no âmbito do direito “privado” civilista) para fins de constar que, sendo a função social um elemento intrínseco e constitutivo do direito de propriedade, não se pode adotar um caráter meramente objetivo para posse. A densidade axiológica do instituto deve superar a mera aparência de detenção, a fim de abarcar a funcionalização dos bens de raiz de tal forma que a coletividade toda possa ser beneficiada. Sua conclusão:

³³³ Ibidem, v.5.

³³⁴ Ibidem, p.64.

³³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. p.66.

³³⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p.606.

³³⁷ Ibidem, p.606.

Concluindo o tópico, tendo a propriedade uma função social reconhecida no Texto Maior, o mesmo deve ser dito em relação à posse. Desse modo, é mais correto afirmar que o CC/2002 não adota a tese de Ihering pura e simplesmente, mas sim a tese da posse social, sustentada por Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil. Como se verá neste capítulo, uma mudança de paradigma inegável atingiu o Direito das Coisas, razão pela qual pode ser afirmado que o debate entre Ihering e Savigny encontra-se superado³³⁸.

Em adição aos argumentos apresentados pelo civilista, e não se possuindo dúvidas de que a teoria social da posse está em maior consonância com o direito à cidade do que aquela de Ihering, a leitura dos institutos de Direito Civil, para realmente serem conforme a Constituição, deverá ser conformada também com o direito fundamental à cidade. Inclusive, reconhecido caráter de fundamentalidade ao direito, contra ele a interpretação da legislação não pode se voltar.

Quanto ao decurso do tempo, tanto a doutrina clássica como a moderna não hesitam em atribuir ao tempo a natureza jurídica de fato jurídico em sentido estrito. Orlando Gomes aponta a usual referência à prescrição extintiva e à prescrição aquisitiva como espécies do mesmo gênero, porém seu precípua aspecto em comum seria “ter como efeito o decurso do tempo, em ambos necessário à produção de efeitos específicos. São, por conseguinte, manifestações da influência do tempo nas relações jurídicas. Objetivam das firmeza a essas relações, eliminando a incerteza”³³⁹.

Não se deve confundir o tempo como um bem e o decurso do tempo como fato jurídico *stricto sensu*, conquanto sejam duas faces da mesma moeda. O decurso do tempo é o lapso de período transcorrido de forma natural e inevitável. A mensuração de ambos será, inexoravelmente, feita nas mesmas unidades (horas, dias, semanas etc), e a distinção de suas naturezas dependerá da necessidade do problema a ser resolvido, sendo certo que a maioria dos casos tratará do tempo como fato jurídico da natureza. Por exemplo, o decurso do tempo de uma posse mansa e pacífica pode gerar a prescrição aquisitiva. Seu aspecto influente para a usucapião foi seu decurso. Já um fornecedor de serviços que dificulta ao máximo a manutenção, a troca ou o cancelamento deste serviço, fazendo com que o outro contratante precise dedicar dias para obter um direito garantido por lei, resulta em uma perda do bem jurídico tempo, a qual pode ser quantificada devidamente indenizada.

³³⁸ Ibidem, p.608.

³³⁹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Essa ideia de conceber o tempo como um bem passível de indenização vem sendo exteriorizada e aceita cada vez mais, geralmente denominada “teoria da perda do tempo útil”, pois desvia o tempo produtivo da pessoa, em especial quando empresas tentam ao máximo dificultar a solução de um problema ou o cancelamento de um serviço. As Turmas Recursais do Rio Grande do Sul, por mais de uma vez, já referiram à indenizabilidade do tempo desperdiçado, demonstrando sua natureza jurídica de bem³⁴⁰.

Para ocorrência da prescrição aquisitiva será necessária posse durante certo decurso de tempo, operando-se a usucapião.

Em sua modalidade ordinária, ocorre pela posse contínua e pacífica de dez ou cinco anos, com justo título e boa-fé, previstos no artigo 1.242 do Código Civil. Ao tempo do Código Civil de 1916, havia diferença temporal de acordo com a localização do proprietário do imóvel (se presente no município, o prazo seria de dez anos, ao passo que sua ausência aumentaria o prazo para 15 anos, por conta das dificuldades de comunicação, que não mais existem). O justo título é explicado pela doutrina como o instrumento hábil à transmissão da propriedade, porém impedido por conta de algum defeito (caso contrário, haveria transferido a propriedade e a usucapião não seria necessária), sendo extrinsecamente válido, a ponto de induzir em equívoco qualquer pessoa cautelosa³⁴¹.

³⁴⁰ RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. TV A CABO. SKY. COBRANÇA APÓS O CANCELAMENTO DO SERVIÇO. AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. “DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR” PELO TEMPO DESPERDIÇADO NA TENTATIVA DE RESOLVER O PROBLEMA. DANO EXTRA REM. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO MINORADO. 1. Caso em que o autor cancelou os serviços de TV a cabo, sendo que a requerida continuou emitindo cobranças nas faturas de cartão de crédito do autor. A documentação acostada aos autos comprova claramente toda a narrativa da inicial, comprovado que débitos continuaram sendo lançados após o término do contrato, situação que ocorreu mais de uma vez, totalizando o valor de R\$ 714,10, que deverá ser restituído em dobro ao autor, uma vez que o serviço já não estava mais disponível, tratando-se, assim, de valores pagos indevidamente. 2. A recorrente limitou-se a alegar a existência de erro no sistema. 3. Dano extrapatrimonial reconhecido, ante os abalos sofridos pela parte autora, em face da cobrança de serviço após o cancelamento, evidenciando o descaso e o desrespeito da ré para com o consumidor. Ainda, em razão da não resolução do problema dentro do prazo previsto em lei, obrigando o consumidor a dispor de seu tempo na tentativa de resolução da questão, gerando o agravamento da condição de vulnerabilidade. 4. Quantum indenizatório reduzido para se adequar aos parâmetros recentemente adotados pelas Turmas Recursais para casos análogos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível nº 71004406427**. Terceira Turma Recursal Cível, Relator Des. Fabio Vieira Heerdt, julgado em 12/12/2013, publicado em 17/12/2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=71004406427&ano=2013&codigo=2241127>. Acesso em: 05 set. 2017).

³⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.365.

O Parágrafo Único do artigo 1.242 traz modalidade frequentemente confundida com a usucapião tabular, como bem explicam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Francisco Eduardo Loureiro. A usucapião ordinária por posse-trabalho, com prazo reduzido para 5 anos, requer um justo título de caráter oneroso (afastando doações e formais de partilha), registrado e posteriormente cancelado, de modo que a usucapião será a defesa do proprietário que confiou no registro, manteve a posse e valorizou a função social do imóvel pela moradia ou pela realização de investimentos de interesse social ou econômico³⁴². Nesse caso, inclusive, não há como negar o caráter qualificado da posse (qualificado, no caso, por uma funcionalização social).

Como interessantes exemplos de casos onde um ato jurídico defeituoso pode converter-se em justo título para aquisição pela via de usucapião ordinária, Cristiano Chaves de Faria cita um caso de venda *a non domino*, negócio jurídico com defeito no plano da validade – por exemplo, negócio realizado por instrumento particular em imóvel com valor maior que 30 salários mínimos – ou negócio jurídico com defeito no plano da eficácia³⁴³.

Caso o registro seja cancelado antes destes 5 anos, poderá haver a perda da propriedade, pois o antigo proprietário foi diligente na busca de seu direito (a lei não considera se o possuidor tenha cumprido a função social do imóvel). Francisco Eduardo Loureiro esclarece que não há necessidade de que o registro invalidado tenha durado cinco anos: a posse é que necessita perdurar por esse lapso³⁴⁴. Corretos estes ensinamentos, pois é plenamente possível que o proprietário não busque a *res* após a averbação de cancelamento do registro, e encontram eco na legislação, pois o parágrafo único do artigo 1.247 do Código Civil estabelece que “cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente”³⁴⁵.

Já a modalidade extraordinária vem prevista ao artigo 1.238³⁴⁶ do Código Civil, sendo mais simples em seus requisitos, ao exigir somente a posse mansa e

³⁴² Ibidem, p.366-367.

³⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.370.

³⁴⁴ PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013. p.1229.

³⁴⁵ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

³⁴⁶ CC/2002, “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo

pacífica, independente de justo título e boa-fé; porém maior prazo demanda para a constituição da propriedade, previsto o lapso de quinze anos – ou de dez, se ocorrer a hipótese do parágrafo único do artigo 1.238, de posse qualificada por moradia ou obra produtiva. Ou seja, seu requisito principal é o tempo. Flávio Tartuce³⁴⁷ vislumbra presunção absoluta, ou *iure et de iure*, de presença de boa-fé ou de justo título se comprovada a posse durante o extenso prazo de 15 anos.

É digno de nota a redação apresentada pelo artigo 1.391 do Código Civil, o qual refere que “O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis”³⁴⁸. Portanto, a lei expressamente admite a possibilidade da aquisição de usufruto pela via da usucapião. Entretanto, a doutrina aponta a difícil ocorrência prática dessa hipótese, sendo raro até a indicação de exemplos.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁴⁹ apontam que, de fato, soa estranho um indivíduo possuir por longo tempo um imóvel e não adquirir a propriedade; mas apontam que, se um possuidor recebe posse direta em virtude de usufruto concedido por alguém que, tempos depois, descobre não ser o verdadeiro dono da coisa, terá acesso a uma sentença que declare a usucapião deste usufruto – o qual deverá ser respeitado pelo verdadeiro proprietário.

O tradicional instituto do Direito Civil, no entanto, hoje pode ser considerado importante instrumento urbanístico de consecução das finalidades do Estatuto da Cidade – dado que, frequentemente, a única forma de se obter propriedade alodial será com uma aquisição originária, que desconsidere vícios e ônus imobiliários do passado.

Antes de se adentrar o estudo das usucapiões especiais do Estatuto da Cidade, merecem destacadas menções as usucapiões destinadas às situações de

requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.” (BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017).

³⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p.893.

³⁴⁸ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2017**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

³⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.724.

indígenas e de quilombolas. Lembra-se que uma das múltiplas facetas do direito à cidade é cultural e não discriminatória.

Caso de dificultosa ocorrência prática, a usucapião indígena vem prevista no artigo 33 da Lei 6.001/73, denominada Estatuto do Índio, segundo o qual “o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”³⁵⁰. A doutrina civilista aponta uma quase inexistente aplicação prática dessa norma porque seria absolutamente desnecessário aguardar os 10 anos necessários para sua concretização quando existe previsão da usucapião especial rural em metade desse tempo³⁵¹. Ainda que não seja caso dessa especial rural, poderia ser usada a usucapião extraordinária, ainda mais benéfica posto que sem o limite territorial de 50 hectares. Portanto, essa modalidade de usucapião, criada com o Estatuto do Índio em dezembro de 1973, ao que tudo indica, vem perdendo sua aplicação prática e eficácia diante das novas e mais recentes modalidades criadas pelo legislador (o que não significa dizer que foi revogada, pois ainda vige). Todavia, considerando sua datação antiga, pré-constituição de 1988, representa importante marco histórico de consideração de direitos dos povos indígenas.

Além de restarem tombados todos os documentos e sítios de reminiscências históricas dos quilombos (artigo 216, §5º da Constituição Federal), o artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias reconhece a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades de quilombos, devendo o Estado emitir os respectivos títulos. Rômulo Russo Junior³⁵² assevera que os quilombos constituíram verdadeiros catalisadores das questões sociais na época escravista, e para sua regularização fundiária, o Ministério do Desenvolvimento Agrário auxiliará o INCRA.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁵³ explicam que, ao contrário dos indígenas – os quais são reconhecidos pelo constituinte apenas como usufrutuários das terras que ocupam – os remanescentes de quilombos receberão o título de propriedade sobre as terras que ocupavam, procedimento regulamentado pelo Decreto nº 4.887/03. Os autores referem-se a uma presunção constitucional de

³⁵⁰ BRASIL. Estatuto do Índio. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

³⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.399.

³⁵² GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.156.

³⁵³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., v.5, p.400.

posse com *animus domini*³⁵⁴, dada as peculiaridades dessa modalidade, pela continuidade do exercício dos atos possessórios que remontam à época do Império no Brasil. Há decisão recente do Supremo Tribunal Federal (Informativo 779 de março de 2015) tratando de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face do referido Decreto, explicando o alcance da usucapião quilombola e quem são os quilombolas:

No mérito, divergiu do relator e julgou improcedente o pedido. Asseverou tratar-se de norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário, dotada, portanto, de eficácia plena e aplicação imediata e, assim, exercitável o direito subjetivo nela assegurado, independentemente de integração legislativa. Como norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, o art. 68 do ADCT estaria apto a produzir todos os seus efeitos no momento em que entrasse em vigor a Constituição, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. O enunciado contido no art. 68 do ADCT configuraria efetivo exercício do poder regulamentar da Administração, inserido nos limites estabelecidos pelo art. 84, IV e VI, da CF e, por isso, não teria havido mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Esclareceu que os chamados quilombolas, povos tradicionais cuja contribuição histórica à formação cultural plural do Brasil somente fora reconhecida na Constituição de 1988, embora não fossem propriamente nativos, como os povos indígenas, ostentariam, à semelhança desses, traços étnico-culturais distintivos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: se tornaram nativos e se incorporaram ao ambiente territorial. Assim, ao mesmo tempo em que, de um lado, não seria possível chegar a um significado de quilombo dotado de rigidez absoluta, de outro, tampouco se poderia afirmar que o conceito vertido no art. 68 do ADCT alcançaria toda e qualquer comunidade rural predominantemente afrodescendente, sem nenhuma vinculação histórica ao uso linguístico desse vocábulo. A autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola não se ressentiria de ilegitimidade perante a ordem constitucional. Destacou que se deveria presumir a boa-fé e que a ninguém se poderia recusar a identidade a si mesmo atribuída e, para a má-fé, o direito administrativo disporia de remédios apropriados.³⁵⁵

Ainda, interessante notar que o referido Decreto determina que a titulação será de forma coletiva e *pro indiviso*, em favor da comunidade possuidora do remanescente de quilombo, e obrigatoriamente será clausulado de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade (as chamadas “cláusulas de blindagem” ou “cláusulas três irmãos”). Perceptível, portanto, a proteção outorgada pelo constituinte aos remanescentes de quilombos, como forma de proteção do patrimônio cultural e

³⁵⁴ Ibidem, p.401.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239**. Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 25/03/2015. Informativo nº 779, Brasília, 23 a 31 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo779.htm>>. Acesso em: 03 set. 2017.

histórico formador da nação, sendo, inclusive, o único caso de tombamento constitucional³⁵⁶ (de forma geral, só é possível o tombamento por ato administrativo).

A par das importantes modalidades de usucapião citadas, destaca-se a usucapião especial urbana, dividida em singular e coletiva. Aquela vem prevista no Código Civil (artigo 1.240), na Constituição Federal (artigo 183) e no Estatuto da Cidade (artigo 9º), todos contando com redação extremamente semelhante. Em suma, adquirirá a propriedade quem manter por 5 anos a posse ininterrupta de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, não sendo proprietário de outro imóvel, utilizando-o para sua moradia ou de sua família. A mesma pessoa não será beneficiada por este direito mais de uma vez, buscando que o instituto seja usado para garantir a moradia, e não como forma de tomada de imóveis.

O instrumento referido mereceu positivamente constitucional em artigo exclusivo. Ingo Sarlet³⁵⁷ refere:

[...] aqui poder-se-ia cogitar de um direito fundamental ao usucapião especial e urbano (art. 183 da CF) como manifestação dos direitos à propriedade e à moradia e, neste sentido, também como expressão e exigência da própria dignidade da pessoa humana.

Para os civilistas Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁵⁸, a moradia pode ser exercida tanto em um simples barraco como em um belo palacete, e o dispositivo apenas faz referência às dimensões do terreno, pouco importando a qualidade das acessões realizadas.

O efetivo limite é a metragem do terreno ocupado, e não se cogita de usucapião parcial caso o terreno ultrapasse os duzentos e cinquenta metros quadrados, pois usucapiões sucessivas de partes de um terreno configurariam burla à legislação. Nesse sentido, o Enunciado 313 do CJF: “quando a posse ocorre sobre

³⁵⁶ CF/88, Art. 216, “§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017).

³⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.64.

³⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direitos reais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.381.

área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir³⁵⁹.

A importante modalidade coletiva veio prevista exclusivamente no Estatuto da Cidade, artigo 10º da Lei nº 10.257/01. Ao contrário da especialidade individual, a usucapião especial urbana coletiva demanda beneficiários de baixa renda (ou seja, população carente ocupando assentamento informal, em um condomínio impossível de se identificar posses individuais). Importante salientar que tanto a modalidade coletiva como a individual estão elencadas no artigo 4º do Estatuto da Cidade como instrumentos da política urbana, e, portanto, instrumentos da política pública de regularização fundiária.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º 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.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.³⁶⁰

Há previsão de formação de um condomínio, que só se dissolve com a efetiva execução de urbanização. Nas palavras de Rômulo Russo Junior³⁶¹:

³⁵⁹ AGUIAR, Ruy Rosado de (Org.). **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, 2007. v.1. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/320>>. Acesso em: 10 out. 2017.

³⁶⁰ BRASIL. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

³⁶¹ RUSSO JUNIOR, Rômulo. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.161.

Com efeito, sem prejuízo de considerações outras, o artigo 10 do Estatuto da Cidade levanta uma nova fisionomia jurídica do instituto milenar da usucapião, eis que inaugura a constituição de condomínio especial na favela, com atribuição de fração ideal aos coproprietários.

Devidamente atento à realidade social esteve o Estatuto da Cidade, ao prever caso de impossibilidade de identificação do lote individual. De fato, em casos de expansão urbana desordenada e de favelização é inviável que os possuidores ou o Oficial de Registro consiga individualizar a situação de cada habitante documentalmente. Nos dizeres de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁶²:

Note-se que antes do advento da usucapião coletiva os possuidores de áreas inseridas em glebas não teriam êxito no ajuizamento de demandas individuais, eis que não conseguiriam individualizar e documentar o espaço que ocupavam, nem ao menos obter certidões atualizadas do registro. Com efeito, nos arquivos públicos só há menção ao loteamento, a gleba sem qualquer recorte, sendo a área por cada um ocupada mera realidade fática, muitas vezes precária e inferior ao módulo urbano. De fato, a certidão do Registro Imobiliário é documento indispensável a propositura da ação de usucapião. Sem a planta do imóvel não seria possível a propositura da ação.

Na visão do administrativista José dos Santos Carvalho Filho³⁶³, o instituto é de todo salutar, pois demonstra preocupação com um fenômeno que afeta numerosas pessoas nos centros urbanos, e de forma alguma representa um estímulo a invasões, mas sim uma eficaz estratégia urbanística. Ao analisar a sistemática de condomínio adotada pela Lei, o autor aponta que, normalmente, o condomínio é uma propriedade conjunta caracterizada pela divisibilidade e extingüibilidade; todavia, só será possível a extinção do condomínio formado por força da constituição da propriedade via usucapião especial urbana se houver deliberação nesse sentido, por no mínimo dois terços dos condôminos, e execução das ações urbanísticas cabíveis³⁶⁴. Sua lição merece transcrição:

As deliberações concernentes à administração do condomínio especial deverão ser tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes. A lei é omissa a respeito, mas seria muito recomendável que os condôminos se reunissem para eleger um síndico, tal como ocorre nos condomínios verticais em geral. A ele caberia convocar a assembleia de condôminos para tratar de assuntos de interesse comum. A presença dos condôminos é fundamental, já que as decisões dependem apenas de maioria simples, ou seja, aquela obtida pela maioria dos presentes. Inexiste, pois, quórum de

³⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5, p.387.

³⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.171.

³⁶⁴ *Ibidem*, p.177.

presença, mas apenas quórum de decisão. Cabe a representação do condômino na assembleia por procurador com poderes específicos para tal fim. A deliberação tomada de acordo com os requisitos tem o condão de obrigar a todos os demais condôminos, incluindo os que discordaram e os que não compareceram³⁶⁵.

É de impactante pertinência a lição de Carvalho Filho³⁶⁶. Uma administração condominial eficiente pode facilitar em muito o procedimento de regularização fundiária, e mesmo ajudar a manter a paz e a ordem para as titulações garantidas pela usucapião. É conhecida a máxima romana *communio est mater rixarum* (o condomínio é a mãe das rixas), sendo perceptível que essa situação conflituosa tende a se agravar em área desprovida de equipamentos urbanos e comunitários. A simples titulação garante a propriedade, mas não o direito à cidade.

Ainda, relativamente à importância instrumental demonstrada pela usucapião urbana coletiva, bem como sua inserção no mais amplo âmbito da regularização fundiária urbana, Edésio Fernandes³⁶⁷ explica:

Enquanto o capítulo sobre meio ambiente reproduziu quase integralmente os termos da Emenda Popular, a discussão sobre o capítulo da política urbana foi bem mais difícil, mas quase todas as reivindicações sociais encaminhadas pela Emenda Popular de Reforma Urbana foram aprovadas em alguma medida. O direito à regularização de assentamentos informais consolidados foi promovido com a aprovação de novos instrumentos jurídicos que visavam viabilizar os programas de regularização fundiária tanto nos assentamentos em terras privadas (usucapião especial urbano), quanto nos assentamentos em terras públicas (concessão de direito de uso). A necessidade de combater a especulação imobiliária foi explicitamente reconhecida, e novos instrumentos jurídicos foram criados com esse propósito, a saber: parcelamento, utilização e edificação compulsórios, seguidos de imposto predial e territorial progressivo no tempo e da desapropriação-sanção.

Acerca da mencionada concessão de direito real de uso, também importante instrumento urbanístico, Alexandre Guerra³⁶⁸ aponta a sua adição ao rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil como um evidente sintoma da constitucionalização do Direito Civil. Ambos contemplam a funcionalização para fins de uso ou moradia de um imóvel, reconhecendo situações de fato ao longo do tempo. Assim como a usucapião urbana coletiva, é muito importantes e atuam em

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. **Pulic Completa**, p. 55-70, 31 nov. 2010. Disponível em: <https://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CA_Images/CityStatuteofBrazil_Port_Ch4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017. p.58.

³⁶⁸ GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.48.

diálogo com os procedimentos de regularização fundiária, demonstrando o norte do legislador em funcionalizar o instituto.

A concessão de direito real de uso vem prevista no Decreto-Lei nº 271/67 (que regula loteamentos urbanos) e na Lei 9.636/98 (a qual trata de bens públicos federais). O primeiro estabelece:

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 regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.³⁶⁹

Não se trata de um ato vinculado do poder público, mas um ato eminentemente contratual, no interesse da urbanização ou da industrialização. Carvalho Filho³⁷⁰ o define como contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou espaço aéreo correspondente. É perceptível que a finalidade social apresenta-se em um rol aberto de objetivos, a serem verificados caso a caso, pois o supracitado artigo 7º cita regularização fundiária, urbanização, industrialização e “outras modalidades de interesse social”. Como direito real, inserido no rol do artigo 1.225 do Código Civil, a concessão de direito real de uso deverá ingressar no fôlio real do Registro de Imóveis competente através ou de escritura pública ou de termo administrativo, ambas previstas no artigo 221 da Lei de Registros Públicos. O citado autor administrativista menciona a grande utilidade do instituto se, por exemplo, o Município deseja edificar ou industrializar área de terreno público, o que sem dúvida busca cumprir a função social constitucional³⁷¹.

Vicente de Abreu Amadei³⁷² explica que, em relação aos imóveis públicos, existe grade binômio tensivo: de um lado, a imprescritibilidade dos imóveis públicos encontra abrigo constitucional e legal, além de ser uma proteção aos bens do povo contra posseiros e grileiros; de outro, o direito à moradia de quem ocupa, para si ou

³⁶⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

³⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.1.179.

³⁷¹ Ibidem, p.1.181.

³⁷² NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.205-206.

sua família. A concessão de direito real de uso, preferencialmente no local mais adequado possível para moradia, seria uma forma de solucionar a tensão entre dois valores importantes mas antitéticos. Garante-se um direito real, a todos oponível a fim de proteger a moradia do ocupante e, concomitantemente, não se tira a propriedade do Estado sobre o bem ocupado, mantendo o preceito da vedação de usucapião de bens públicos.

A concessão de uso especial para fins de moradia (assim como a concessão de direito real de uso) consta no rol artigo 4º do Estatuto da Cidade como instrumento de política urbana, no rol do artigo 1.225 do Código Civil como direito real e no rol do artigo 1.473 como objeto passível de hipoteca. Tal instrumento foi instituído pela Medida Provisória 2.220/01, e, assim como a concessão de direito real de uso, vem confirmada para bens federais nos termos da Lei 9.636/98. José dos Santos Carvalho Filho³⁷³, de forma didática, explica a origem do instituto:

O projeto de lei que se converteu na Lei nº 10.527/01 – o Estatuto da Cidade – previa, entre os artigos 15 e 20, outro instrumento urbanístico – a concessão de uso especial para fins de moradia. Tais dispositivos, entretanto, foram vetados pelo Presidente da República. Posteriormente, foi editada a Medida Provisória nº 2.220, que regulou o instituto de forma autônoma. Embora o referido instrumento não integre o Estatuto da Cidade, tem caráter nitidamente urbanístico. A concessão de uso especial para fins de moradia está para os imóveis públicos assim como o usucapião especial de imóvel urbano está para os imóveis privados. O núcleo de ambos os institutos é o uso de imóveis urbanos para fins de moradia e o objetivo se situa no mesmo plano – a regularização fundiária e a urbanização de áreas urbanas, sobretudo em favor da população de baixa renda.

A citada norma prevê, de fato, duas modalidades de concessão de uso especial para fins de moradia, uma individual e outra coletiva, de forma bastante semelhante à usucapião especial urbana, tanto nos seus requisitos como em seus objetivos, como se percebe pelo texto dos dispositivos:

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.

[...]

Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por

³⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.190.

população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.³⁷⁴

A norma também prevê que, caso a ocupação acarrete 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. Se o título da concessão for negado pela via administrativa, poderá ser obtido pela via judicial, pelo qual se conclui que a outorga do título de concessão de uso especial para fins de moradia é um ato administrativo vinculado. Ou seja, uma vez preenchidos os requisitos, a autoridade administrativa não tem discricionariedade para decidir de conceder, ou não, o direito aos ocupantes.

Não sendo mera opção do Poder Público, a referida concessão surge como forte instrumento de garantia de direitos fundamentais.

Além das concessões individual e coletiva, a MP 2.220 traz uma terceira modalidade de permissão do uso de uma propriedade em seu artigo 9º, que ela própria chama de autorização de uso, com finalidade não de moradia, mas comercial. A norma mantém semelhantes requisitos objetivos no tocante ao tipo de imóvel e ao lapso temporal, com a seguinte redação:

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.³⁷⁵

Ensina Rômulo Russo Júnior³⁷⁶ que apenas a usucapião, no entanto, não é capaz de equacionar a questão urbana e ambiental, razão pela qual o procedimento de regularização fundiária apresenta-se mais amplo e complexo do que as formas de titulação estudadas – com as devidas ressalvas e temperamentos feitos em

³⁷⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 02 ago. 2017.

³⁷⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 02 ago. 2017.

³⁷⁶ GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.160.

relação aos instrumentos urbanísticos, se corretamente utilizados. A usucapião amolda-se perfeitamente ao regime da regularização fundiária porque valoriza o tempo de posse exercido com *animus domini*, e, pois, valoriza aquele ocupante que buscou concretizar seu direito à moradia, decidindo utilizar um imóvel (em outras palavras, funcionalizar um imóvel). Todavia, a usucapião acaba sendo englobada pela regularização fundiária, sendo esta mais ampla que aquela. Não surpreende que à conclusão semelhante chegou Lefebvre, ao afirmar que apenas moradia (que, nesse cenário, seria garantida pela consolidação da propriedade imobiliária) singularmente considerada não basta para a garantia do direito à cidade, dada sua amplitude e sua multiplicidade de aspectos que a legislação brasileira reconhece.

Essa amplitude, transformando a usucapião em verdadeiro instrumento da política de regularização fundiária, é compatível com a ideia de Lefebvre de que o urbano é necessariamente amplo e abrangente, coadunando com a hipótese de que o procedimento de regularização fundiária é a forma mais adequada possível para concretização do direito à cidade, como amplamente se demonstrou em seus múltiplos aspectos. Sobre a usucapião, aponta-se que é instrumento jurídico histórico garantidor de propriedade plena, oponível *erga omnes*, dotado de preferência e estabilidade em sede constitucional – e, por tal motivo, conforme já se relatou anteriormente, supera hierarquicamente até mesmo eventual fração de parcelamento mínima regulada por Lei Municipal.

Em adição a essas historicidade e juridicidade, o importante entendimento doutrinário de Ingo Sarlet³⁷⁷, já citado, no sentido de que existe possibilidade jurídica de se falar em direito fundamental à usucapião urbana especial, procedimento³⁷⁸ mais célere para garantia do direito fundamental de propriedade urbana, é compatível com a natureza de direito fundamental que o direito à cidade detém, e seguirá, em casos concretos fáticos, os seus ditames e peso axiológico-normativo na elaboração de políticas públicas ou de decisões judiciais.

Destarte, é igualmente correto utilizar-se do direito à cidade e da usucapião urbana especial como direitos fundamentais, dotados de todos seus efeitos próprios

³⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.64.

³⁷⁸ Apesar da importância do ensinamento do autor, com mais precisão poder-se-ia mencionar em “garantia” fundamental de usucapião urbana especial, seguindo a clássica lição de Rui Barbosa no sentido de que, diferenciando direitos e garantias fundamentais, estes últimos detêm caráter instrumental em relação aos direitos que se quer proteger.

perante os Poderes estatais, e tendentes a guiar políticas públicas de equitativo e progressivo melhoramento das cidades, que são (e serão cada vez mais) o habitat humano por excelência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou estudar o processo construtivo nacional e internacional do direito à cidade, sua natureza jurídica e os meios para sua efetivação. O direito à cidade foi originalmente idealizado pelo sociólogo Henri Lefebvre, em 1968, a partir de suas peculiares observações e conclusões acerca do fenômeno da cidade contemporânea – apesar do caráter não jurídico de sua obra. *Mutatis mutandis*, suas percepções continuam plenamente válidas e seu objetivo construtivo do direito à cidade vem paulatinamente tornando-se realidade social e, especialmente, jurídica. Não se está diante de uma “superação” do fundamental direito à moradia, mas de sua integração com demais preceitos fundamentais para sua conjunta realização. A moradia não deve ser constitucionalmente tratada como desfrute que um cliente do mercado imobiliário obtém com sua compra – mesmo que dessa forma possa ser por alguns obtido – mas sim como direito social mínimo, incluído em um todo que é o direito fundamental síntese à cidade. À frase de conclusão da obra de Raquel Rolnik, que “o conceito lefebvriano de direito à cidade está definitivamente vivo e nas ruas”³⁷⁹, é possível adicionar que, igualmente, está na Lei, na Constituição Federal, na doutrina especializada e na mais avançada jurisprudência.

Dessa maneira, a primeira conclusão que se extrai é que o direito à cidade foi concebido no plano nacional de maneira legal e constitucional, e no plano internacional, apesar de já positivado em alguns países, é o rumo que os instrumentos e as demandas internacionais parecem tomar, ainda que se insista em um caráter progressivo e menos cogente – impedindo exigibilidade mais imediata de seu cumprimento. Não perde, dessa forma, a sua expressão como plataforma de lutas e de exigências populares, na busca de prestações positivas por parte dos Estados.

O histórico legislativo brasileiro, como muito bem elencado por Edésio Fernandes³⁸⁰, apresenta claro avanço na normativa urbanística, desde o incipiente Decreto-Lei 58 de 1937 que buscava reger loteamentos, perpassando a Lei de Parcelamento do Solo 6.766/79, até o Estatuto da Cidade, que positiva e explicita o conteúdo complexo do direito à cidade. Já ingressando na segunda conclusão

³⁷⁹ ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015. p.379.

³⁸⁰ RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira (coord.). **Direito à cidade moradia e equilíbrio ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.9-10.

cabível, no Brasil o direito à cidade é plenamente exigível juridicamente e deve ser respeitado por parte dos Poderes Estatais e mesmo dos particulares (por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais) diante de sua positivação, e da presença constitucional de seus elementos. Seu caráter constitucional deriva da presença, no texto da Constituição de 1988, de todas suas figuras parcelares e, em especial, do respeito à função social das cidades, contido no artigo 182 da Carta Magna e oriundo de demandas populares. Tais figuras parcelares, além da mencionada funcionalização de cidades, possuem ponto focal na moradia (direito fundamental já conhecido doutrinariamente, positivado, e inserido no direito à cidade), a qual, se corretamente urbanificada, garante uma gama de direitos a ela conexos.

A sintetização de um complexo de direitos em um preceito uno não é novidade para o direito, ocorrendo, por exemplo, com o conceito de dignidade da pessoa humana e de devido processo legal. Tais cláusulas abertas, atuando de maneira protetiva, guiam o ordenamento jurídico e a aplicação de seus demais componentes e, no caso do direito à cidade, vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário mesmo em casos de ações diretas de inconstitucionalidade – destarte, conformando todo o arcabouço legislativo.

A doutrina especializada estudada, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade e o Estatuto da Cidade inserem, no direito à cidade, o direito à moradia, ao transporte, ao trabalho, ao lazer e ao meio ambiente, como partes do nexos. Esses aspectos são direitos fundamentais presentes nos artigos 6º e 225 da Constituição Federal. De fato, se o direito à cidade é o local de encontro de múltiplos direitos fundamentais, que nele coexistem e formam uma diretriz de otimização das cidades (local onde a maioria da população mundial habita), não é possível outra conclusão que não a fundamentalidade do direito à cidade.

Ao assumir tal natureza jurídica, o direito à cidade, além de unificador de direitos, demandas e aspectos do urbano, assume a função de um manto protetor do habitante de uma cidade, garantindo sua moradia, os serviços públicos, o meio ambiente urbano, sua participação na gestão, seja contra particulares, seja contra o próprio Estado – que deve(ria) ser o principal protetor desse direito. Conforme foi muito bem demonstrado pela ADI Estadual de São Paulo nº 9055901-19.2008.8.26.0000, o direito à cidade serviu para proteger os habitantes afetados da atuação do Poder Legislativo Municipal, que buscava segregar área favelizada como

medida de segurança, ao passo em que o direito à cidade demanda que qualquer local com aquelas características seja integrado com prioridade.

Nessa senda, a abordagem que se fez acerca do ativismo judicial pode servir como uma antecipação de debates, pois invariavelmente, usando-se da característica exigibilidade judicial dos direitos fundamentais, os Tribunais determinarão condutas e abstenções aos demais Poderes, a fim de conformar suas atitudes ou omissões com o direito fundamental à cidade.

Tendo em vista as limitações de atuação do Judiciário, que requer lento e custoso processo judicial, de iniciativa da parte, a maneira mais eficaz para se concretizar o direito à cidade, na maior medida do possível, é a utilização da política pública de regularização fundiária para integração dos assentamentos urbanos informais à cidade. Mesmo com sua atual celeuma legislativa, o uso de uma política pública voltada para essa integração de maneira completa, urbanificada e digna, criando serviços e equipamentos públicos, e titulando propriedades, criará a unificação do urbano em consonância com sua natureza pluralista. Não se pode esquecer, ainda, o histórico instrumento da usucapião, mesmo porque a ocupação brasileira, onde todos os imóveis eram originariamente rurais, deu-se com base na conversão da posse em propriedade (o artigo 5º da Lei 601/1850, Lei de Terras, previu que “serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente”). Além de semelhante natureza com o direito fundamental à cidade, a usucapião especial urbana foi a ferramenta eleita pelo constituinte como instrumento urbano de regularização das posses, no que foi expandido pelo artigo 10 do Estatuto da Cidade.

Em suma, é possível concluir que o direito à cidade existe como preceito jurídico no Brasil, ostentando natureza jurídica de direito fundamental, com todas suas peculiares características e consequências judiciais, legislativas e administrativas – e o sistema brasileiro encontra-se legislativamente aparelhado para que passe a gerar efeitos de toda ordem. Urge que os Poderes Públicos de todas as esferas se associem nessa empreitada de forma efetiva, a qual, nos termos do Estatuto da Cidade, está invariável e intimamente ligada à política orçamentária e à gestão participativa da cidade – para o benefício de todos, mesmo dos setores econômicos mais privilegiados. Ficou demonstrado, pois, que a integração de todos

à cidade possui consequências positivas até mesmo no plano econômico, titulando bens e possibilitando desenvolvimento e melhorias, garantidoras de patrimônio mínimo utilizável e protegido juridicamente. Para que a já iniciada construção do direito à cidade seja também consolidada no meio doutrinário, parece o suficiente que os estudiosos passem a ter ciência de sua existência (dado que grande parte da doutrina do direito público sequer a menciona). Esse ideal unificador entre os direitos e o urbano coloca ordem e fornece sentido ao caótico quadro legislativo escalonado e conflituoso que o Brasil adota em matéria urbanística, e será o caminho mais adequado para o futuro estudo do fenômeno e do direito das cidades no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de (Org.). **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, 2007. v.1. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/320>>. Acesso em: 10 out. 2017.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas IPPUR FASE, 1997.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de regularização fundiária: Justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (coord.). **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (coord.). **Estudos avançados de direito imobiliário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Leituras complementares de direito civil**. 2. ed. rev. Bahia: Juspodivm, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007.

BÓGUS, Lucia; RAPOSO, Isabel; PASTERNAK, Suzana (org.). **Da irregularidade fundiária urbana à regularização**: análise comparativa Portugal-Brasil. São Paulo: EDUC, 2010.

BONAT, Débora. **Metodologia da pesquisa**. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2009.

BONIZZATO, Luigi. **A constituição urbanística e elementos para a elaboração de uma teoria do direito constitucional urbanístico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0271.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. Estatuto do Índio. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis [...]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766compilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001**. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no AREsp nº 66538/PA**. Quarta Turma. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 18/12/2012, publicado em 01/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102446594&dt_publicacao=01/02/2013>. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 402.792-SP**. Quarta Turma. Relator Min. Jorge Scartezini, julgado em 26/10/2004, publicado em 06/12/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200013175&dt_publicacao=06/12/2004>. Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771**. Decisão monocrática. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 19/09/2017, publicado em 22/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000370965&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239**. Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 25/03/2015. Informativo nº 779, Brasília, 23 a 31 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo779.htm>>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1378**. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 30/11/1995, publicado em 30/05/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 422349/RS**. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 29/04/2015, publicado em 05/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Cláudio; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

CASA é feita com impressora 3D em 24 horas (por R\$ 32 mil). **GQ Brasil**, 03 mar. 2017. Disponível em: <<http://gq.globo.com/Prazeres/Design/noticia/2017/03/casa-e-feita-com-impressora-3d-em-24-horas-por-r-32-mil.html>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião administrativa. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 233-274, 2014. Disponível em: <<http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/20/usucapiao-administrativa>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

CLÁPIS, Alexandre Laizo; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto (coord.). **Lei de registros públicos**: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA. **Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 44, de 18 de março de 2015**. Estabelece normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n44-18-03-2015-corregedoria.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. **Direito Urbanístico comparado: planejamento urbano – das constituições aos tribunais luso-brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Bahia: Juspodivm, 2009.

DIP, Ricardo. A cidade realmente sustentável. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ECUADOR. Constitución (2008). **Constitución de La Republica del Ecuador**. Quito, 20 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEcuador.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Leituras complementares de direito civil**. 2. ed. rev. Bahia: Juspodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2014. v.5.

FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade, mas de 10 anos depois: razão de descrença, razão de otimismo? **Revista UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 212-213, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/20/10-estatuto_da_cidade_edesio_fernandes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

FERNANDES, Edésio. O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. **Pulic Completa**, p. 55-70, 31 nov. 2010. Disponível em: <https://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CA_Images/CityStatuteofBrazil_Port_Ch4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Letícia Marques (coord.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Notadez, 2008.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL POLICÊNTRICO. **Carta mundial pelo direito à cidade**. 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comparado**. São Paulo: Método, 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HARVEY, David. **Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution**. Londres: Verso, 2012.

INSTITUTO PÓLIS. **Áreas de atuação**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.

LEI da regularização fundiária privatiza terras públicas, dizem entidades. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/lei-regularizacao-fundiaria-privatiza-terras-publicas-dizem-entidades>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

LEI das XII Tábuas. Disponível em: <<http://api.adm.br/direito/TABUAS.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

LIMINARES de Fux sobre auxílio moraria já custam R\$ 4,5 bilhões aos cofres públicos. **Contas Abertas Notícias**, 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/site/orcamento/liminares-de-fux-sobre-auxilio-moradia-ja-custam-r-45-bilhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do adimplemento e extinção das obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.) et al. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013. Parte Especial, livro 3.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos teoria e prática**. São Paulo: Método, 2013.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

LUFT, Rosângela Marina. **Políticas públicas urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Cláudio Ari. **Elementos para uma teoria jurídica do direito à cidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26883>>. Acesso em 24 de novembro de 2017.

NALINI, José Renato. **Usucapião em cartório**. 16 maio 2014. Disponível em: <<https://renatonalini.wordpress.com/2014/05/16/usucapiao-em-cartorio/>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil volume único**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos**. Conferência sobre Assentamentos Urbanos, Istambul, 3 e 14 de junho de 1996. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Habitat III Conference**. Quito, 2016. Disponível em: <<https://www2.habitat3.org>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **New Urban Agenda**. Quito, 2016. Disponível em: <<https://www2.habitat3.org>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária de interesse social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2013.

PERFIL dos Municípios Brasileiros 2013: pesquisa de informações básicas municipais. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2013/pdf/tab13.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2740316**. 1ª Câmara Cível. Relator Des. Itabira de Brito, julgado em 03/12/2013, publicado em 15/01/2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159614726/apelacao-apl-2740316-pe>>. Acesso em: 04 set. 2017.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil**. 2008. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

PROCURADOR-GERAL da República questiona lei sobre regularização fundiária rural e urbana. **STF Notícias**, Brasília, 06 set. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354860>>. Acesso em: 09 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70059981126**, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 27/08/2014. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70059981126&ano=2014&codigo=1333736>. Acesso em: 10 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível nº 71004406427**. Terceira Turma Recursal Cível, Relator Des. Fabio Vieira Heerdt, julgado em 12/12/2013, publicado em 17/12/2012. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=71004406427&ano=2013&codigo=2241127>. Acesso em: 05 set. 2017.

RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira (coord.). **Direito à cidade moradia e equilíbrio ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9055901-19.2008.8.26.0000**. Órgão Especial. Relator Des. José Renato Nalini, julgado em 04/05/2011, publicado em 15/07/2011. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5249718&cdForo=0>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº**

2500592820118260000. Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator Des. Renato Nalini, julgado em 20/10/2011, publicado em 28/10/2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20671176/agravo-de-instrumento-ai-2500592820118260000-sp-0250059-2820118260000-tjsp/inteiro-teor-110054209>>. Acesso em: 14 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0000163-60.2011.8.26.0368**. 8ª Câmara da Direito Público, Relator Des. Manoel Ribeiro, julgado em 24/08/2016.

Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/377335405/apelacao-apl-1636020118260368-sp-0000163-6020118260368/inteiro-teor-377335423>>. Acesso em: 12 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00513156020128260515**. 12ª Câmara de Direito Público. Relator Des. JM Ribeiro de Paula, julgado em 16/12/2015, publicado em 12/01/2016. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9101458&cdForo=0>>. Acesso em: 14 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson. **O direito à cidade como paradigma da governança urbana democrática**. São Paulo, Instituto Polis, 30 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/750/750.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SAULE JUNIOR, Nelson. Os caminhos para o desenvolvimento da função socioambiental da propriedade pública no Brasil. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. **Regularização fundiária**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEIXAS, Renato . Empreendimentos imobiliários: múltiplas dimensões, sustentabilidade e governança. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. (Org.). **Estudos avançados de direito imobiliário**. 1ed.Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis: procedimentos especiais**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

SMART Cities Council. 2017. Disponível em: <<http://smartcitiescouncil.com/>>. Acesso em: 21 set. 2017.

SOTO, Hernando de. **The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else**. London: Black Swan, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das coisas**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. v.4.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. Sentença de MG reconhece usucapião de bem público. **Jusbrasil**, Brasília, 2014. Disponível em:

<<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136402006/sentenca-de-mg-reconhece-usucapiao-de-bem-publico>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

TROMBINI, Maria Eugênia. **Diálogos sobre justiça e conflitos fundiários urbanos**: caminhando da mediação para a efetivação dos direitos humanos. Curitiba: Terra de Direitos, 2017.

UM quarto da população trabalha em casa indica estudo do IBGE. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/um-quarto-da-populacao-trabalha-em-casa-indica-estudo-do-ibge-2dfkue86hzm6itj1bs9f2n7f2>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

UNITED NATIONS. Departamento of Economic and Social Affairs. Population Division. **Urbanization**. New York, 2016. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/urbanization/index.shtml>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

UNITED NATIONS. Office of High Commissioner for Human Rights. **CESCR General Comment Nº 4**: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant). Adopted at the Six Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 13 December 1991. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/47a7079a1.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

URBANIZAÇÃO. In: ATLAS do Censo Demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64529_cap6.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

WESTIN, Ricardo. **Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional**. São Paulo, 07 de jul. 2013. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/brasil-so-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional>. Acesso em 15 de junho de 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012.