

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Janine Stiehler Martins*

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro: um direito social fundamental. 2.2 A função jurisdicional e a humanização da justiça. 2.3 O papel da função jurisdicional na implementação do direito à moradia: regularização da posse. 3 Considerações finais. 4 Bibliografia.

RESUMO

O presente estudo visa abordar o direito à moradia, inserido como direito social, na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n. 26/2000, e introduz a questão da humanização da justiça como fator preponderante na sua defesa, em tempos de incessante agravamento da informalidade na ocupação de áreas nos grandes centros urbanos. A partir do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), por exemplo, e da recentíssima Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, que prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social, o presente estudo sustenta a possibilidade de o direito à moradia poder ser regularizado mediante instrumentos destinados à legalização da posse, e não apenas da propriedade, tais como a concessão especial de uso para fins de moradia, direito de superfície, dentre outros, e que o papel do juiz, na condição de ser humano e de agente pacificador e humanizador da Justiça, pode influir, decisivamente, neste mister.

Palavras-chave: Moradia. Direito social fundamental. Função jurisdicional. Humanização da justiça.

* Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali/SC e Juíza de Direito Titular da comarca de Navegantes/SC. E-mail: js.10551@tj.sc.gov.br

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe a apresentação da importância do reconhecimento constitucional do direito de moradia como direito social, por meio de Emenda Constitucional, no ano de 2000, a par da aprovação anterior, na Constituição Federal de 1988, de um capítulo sobre política urbana. O tratamento das graves questões sociais e ambientais que afetam a vida de todos os habitantes das áreas urbanas, acarretando criação de ocupações irregulares, favelas, loteamentos clandestinos etc., exige uma nova postura do Poder Judiciário no trato destes temas, especificadamente no que se refere à regularização da posse.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) e mais recentemente a Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, prevêem vários instrumentos de regularização de áreas alvo de posse. Incluem-se, neste e em outros diplomas, não apenas a criação de alternativas para a transformação da posse em títulos de propriedade, mas também possibilidades efetivas de regularização da posse por si mesma, conferindo proteção àqueles que a possuem e contribuindo para o reconhecimento de sua função social.

O Direito é vida em concreção, e não se reduz a ele próprio. Com isso, a experiência da vida e o processo cultural, em infinito aperfeiçoamento, são pontos principais que devem nortear a mente do julgador. Nesse sentido, em seguida será analisada a contribuição do político do direito para a humanização da justiça, por meio da implementação do direito à moradia, e sua função de harmonizar e criar, diante do poder jurisdicional do juiz, e mesmo pelas ações de cunho administrativo, alternativas para a regularização da posse nas serventias extrajudiciais. Diante de obstáculos naturalmente existentes, será aferido o real alcance das possibilidades da atividade jurisdicional para a construção de uma sociedade mais justa, o que permitirá ao instituto da posse, por meio de sua regularização, um instrumento facilitador da garantia do direito à moradia.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro: um direito social fundamental

O direito à moradia foi incluído na Constituição Federal, em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000¹.

A previsão do direito em tela, em tal nível, retoma a discussão sobre a tricotomia das normas constitucionais no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, de modo a perquirir sobre sua exigibilidade ao poder governamental. José Afonso da Silva (1982, título II, capítulos II, III e IV) as dividiu em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras, segundo seu entendimento, são aquelas que receberam do legislador constituinte normatividade suficiente para incidirem de forma imediata; as segundas apenas diferem das primeiras quanto à possibilidade de meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia; e as terceiras não possuem normatividade suficiente para sua aplicação, possibilitando-se ao legislador ordinário a missão de completar sua regulamentação.

A inclusão do direito à moradia como direito social e, antes disso, fundamental, dentre as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, merece, naturalmente, uma discussão mais aprofundada que não é o objeto específico deste trabalho, mas que será alvo, mais a frente, de algumas digressões.

Importa acrescer que o sistema dos direitos fundamentais na Constituição passou por diversas transformações quanto à sua titularidade e eficácia. Sarlet (2006, p. 54) explica que

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

Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta e sexta geração.

A este título, Sarlet (2006, p. 55-61) explica que os direitos fundamentais são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho nitidamente liberal, e se afirmam como direitos do indivíduo frente ao Estado. Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão são essencialmente de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte do poder público, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Com o advento da industrialização, e a crise social que daí adveio, a doutrina socialista, já no decorrer do século XX, trouxe à tona movimentos de reivindicação e de reconhecimento de direitos, com base na realização da justiça social. Sua dimensão, neste espaço, é de cunho positivo, e exige a outorga de prestações sociais estatais. Assim, passaram a ser reconhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão, como o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho e, também dentre outros, o direito à moradia, objeto deste estudo. Os direitos de terceira dimensão, segundo Sarlet, seriam os direitos de fraternidade ou de solidariedade, cumprindo lembrar do direito à paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado etc. São basicamente, estes, direitos de titularidade coletiva. Ao final, o autor ainda adverte sobre a possibilidade de direitos fundamentais de quarta dimensão, como resultado da globalização dos direitos fundamentais na criação do Estado Social, como direito à democracia, direito à informação, e direito ao pluralismo.

A moradia, portanto, incluída como direito social, e de segunda dimensão, encontra justificativa, segundo Sarlet (2006, p. 57-58),

na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Em assim sendo, é inegável que a discussão sobre a inclusão do direito em tela no rol dos direitos sociais trouxe vários questionamentos sobre seu alcance e sua aplicabilidade, notadamente quanto à função jurisdicional, uma vez que é chamada a declarar sua posição perante a omissão do Poder Público na regularização da informalidade urbana que assola a imensa maioria das cidades.

Em seu capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, prevê a consagração do “direito à propriedade privada”, vinculando-o ao cumprimento de sua “função social”².

A complementação da previsão constitucional narrada é completada pelos arts. 182 e 183 do mesmo diploma, por meio da previsão da “política urbana”, destinada a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa política, segundo os §§ 1º e 2º do art. 182³, é orientada pelas diretrizes lançadas pela legislação federal e implementada pelo Plano Diretor, de cunho local e por lei municipal, de modo a definir o conteúdo jurídico da função social da propriedade.

Nesse diapasão, poder-se-ia afirmar que, na dicção da outorça apresentada classificação de José Afonso da Silva, o art. 182 da Constituição Federal seria norma de eficácia contida, já que dependente de norma integradora federal

2 “Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá sua função social.”

3 “Art. 182. § 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.”

e local (por meio do Plano Diretor). Assim que editado, alcançaria o artigo em tela *status* de vinculação imediata do Poder Público na implementação da política pública de ordenação das cidades, sob pena de responsabilidade.

Antes da aprovação, em 1988, deste capítulo constitucional sobre a política urbana, afora os problemas financeiros e político-institucionais existentes, havia vários obstáculos jurídicos para a implementação da política de planejamento e ordenamento urbano, mormente para assegurar o direito à posse e à moradia. Esta, aliás, foi reconhecida em âmbito constitucional apenas doze anos depois da previsão da política urbana no mesmo diploma. Um ano depois, legislação federal que passou a regulamentar o art. 182 da Constituição Federal adveio por meio da edição da Lei n. 10.257, de 2001 – o denominado Estatuto da Cidade, que será mais a frente objeto de análise.

Disso se vê que as dificuldades para implementação das leis em vigor, a falta de informação e o difícil acesso ao Judiciário para o reconhecimento dos interesses sociais e ambientais, diante da ausência de postura ainda não firme, tanto da autoridade judiciária como do Ministério Público, no enfrentamento de tais questões, acarretam prejuízos incomensuráveis na gestão das cidades. A informalidade existente em todos os municípios brasileiros resulta do alojamento dos pobres em áreas periféricas, sem nenhuma infra-estrutura urbanística e de preservação ambiental. Isso demonstra, mais uma vez, que o direito à moradia e a proliferação dos processos informais de desenvolvimento urbano caminham concomitantemente com o aumento da pobreza e, em consequência, causam impacto direto sobre a população urbana como um todo.

Soluções existem, e algumas serão propostas mais a frente.

2.2 A função jurisdicional e a humanização da justiça

A definição da categoria função jurisdicional é trabalho complexo que pressupõe a avaliação da categoria Estado sob diversos ângulos: jurídico, político, axiológico e sociológico (MARTINS, 2004, p. 19).

O Estado, compreendido como ordem jurídica soberana ou centralizada no mais alto grau, detém o poder político-jurídico na mais elevada dimensão, de maneira que suas características essenciais são a imperatividade e a inevitabilidade. A noção de jurisdição não está dele dissociada e é função do Estado e uma das dimensões de seu poder (MARTINS, 2004, p. 19-26).

Segundo Martins (2004, p.27),

Para que se obtenha a realização do Direito material e dos direitos subjetivos, bem como a manutenção da paz social e da segurança jurídica, objetivos do Estado e da jurisdição, os juízes, como agentes do Estado, devem exercer a função jurisdicional, conscientes de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado; também devem atender as aspirações e os ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que reflatam a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade.

[...]

Portanto, a análise do instituto jurisdição, no Direito Processual contemporâneo, não prescinde da abordagem de seus contornos conceituais nos aspectos políticos, jurídicos e sociais e de sua iluminação pelos valores que se encontram inseridos na norma constitucional, no sentido de reflexos das aspirações da sociedade.

A função jurisdicional perpassa, atualmente, o resguardo da ordem jurídica legal, e pretende munir o juiz de maior atenção pelas conseqüências de seus atos perante a realidade social, com a expectativa de distribuir justiça⁴, donde exsurge a explicitação de nova categoria – a legitimidade do poder político-jurídico do Estado. Esta é tida como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido” e “deve ser compatibilizada com a elaboração de decisões obrigatórias e justas” (MARTINS, 2004, p. 49). O juiz adquire a sua legitimidade da Consti-

4 Segundo Abbagnano (2003, p. 593), a categoria “Justiça” pode-se distinguir com dois significados principais. O primeiro é a Justiça como conformidade de conduta a uma norma; o segundo é a Justiça como eficiência de uma norma, ou seja, a capacidade de possibilitar as relações entre os homens. O primeiro conceito busca julgar o comportamento da pessoa humana; o segundo busca julgar as normas que regulam o comportamento humano. Em uma ou outra vertente, porém, Justiça nada ou pouco tem a ver com jurisdição, embora seja necessário, ao menos idealisticamente, sua complementaridade.

tuição e seus valores, bem como de sua postura, por meio de formação especializada, consciência e percepção de criação progressiva do Direito, para o fim de pacificar a sociedade e educar para o respeito aos direitos. Invoca Martins (2004, p. 58) que:

o processo é instrumento da jurisdição e do Estado para: i) a formulação e para a atuação da norma jurídica no caso concreto; ii) a afirmação da autoridade do Estado com a aplicação de seu ordenamento jurídico; iii) o prestígio da ordem jurídica vigente com a imposição das normas de Direito material às lides ocorrentes; iv) a obtenção da paz social; v) a garantia do interesse público.

Já a função jurisdicional é exercida por parte do Estado e é uma função deste, exercida pelos órgãos autônomos – juízes e tribunais – e oferecida como garantia das liberdades do cidadão e da observância e aplicação da lei. Trata-se de atividade substitutiva, mediante cognição e execução, ou seja, reconhecimento e garantia de aplicação do Direito. Na busca de um esboço de conceito operacional para a categoria jurisdição, Martins (2004, p. 71-72) expõe o seguinte:

- a) corresponde ao principal objeto de estudo do processualista e não é considerada como um Poder de Estado, pois o Poder é uma inerência do Estado; no entanto, é reconhecida como função estatal e uma das dimensões de seu Poder; revela a soberania do Estado Democrático de Direito [...]
- b) expressa o conjunto de atos praticados pelos órgãos do Estado no exercício do poder político-jurídico de decidir e de impor suas decisões mediante atos imperativos e por isto caracteriza-se pela irresistibilidade e inevitabilidade de seus atos;
- c) é função exercida por autoridades independentes e imparciais, que no desempenho de suas atividades, encontram-se em harmonia em relação aos integrantes das outras duas funções do Estado;
- d) tem seus limites determinados pela Constituição e seus valores, especialmente aqueles emanados dos princípios do devido processo legal e do contraditório [...]

- e) é atividade que se inicia desde que provocada [...], mas que se desenvolve por impulso oficial a serviço do interesse social [...]
- f) tem como finalidades a manutenção da autoridade do ordenamento jurídico, a atuação da vontade concreta da lei e sua efetivação prática, a pacificação da justiça, a educação para o respeito aos direitos e a garantia das liberdades fundamentais;
- g) realiza uma atividade pública em lugar da atuação das partes litigantes, caracterizando-se a substitutividade, e opera-se por meio da cognição e da execução; [...] logo realiza-se tanto no ato de julgar quanto no de dar cumprimento ao julgado;
- h) é função desempenhada por juízes que têm o dever de exercê-la com a consciência de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado, atentos às aspirações e aos ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que refletem a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade.

Aliada ao presente conceito operacional, a função jurisdicional deve ser analisada sob a ótica da realização do bem, do acesso à Justiça, à realização do valor Justiça, à proteção dos mais desvalidos, à proteção das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, enfim, na inclusão do reconhecimento da importância da realidade social e cultural da sociedade.

A função do Direito deve ser, dentre outras, a de extrapolar a neutralidade, privilegiando a transformação da sociedade e visando uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de serem justas, úteis e eficazes.

Oswaldo Ferreira de Melo (1994, p. 17) afirma que

o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e conquistas sociais.

Nesse diapasão, exsurge a importância da Política Jurídica, que é a “disciplina que tem como objeto o Direito que *deve ser e como deve ser*, em

oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente”, ou “o conjunto de estratégias que visam a produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)” (MELO, 1994, p. 77).

A Política Jurídica encontra-se engajada com novas esperanças e possui os seguintes postulados (MELO, 1994, p. 20-22): a) a elaboração do Direito deve ser tarefa mais complexa que mera construção lingüística. Trata-se de objetivar, com a técnica legislativa e judiciária e pelas práticas sociais, interesses legítimos manifestados no imaginário social e racionalizados pelo legislador e pelo juiz; b) a norma jurídica, para ter adesão social, deve ser matizada pelo sentimento do ético, legítimo, justo e útil. A aceitação da norma vai depender menos de sua validade formal (obediência às normas processuais) que de sua validade material (compatibilidade com o socialmente desejado e necessário ao homem); c) as estratégias político-jurídicas não poderão estar atreladas a objetivos conjunturais do Estado e ações do governo, mas à construção de territórios éticos, em compromisso com as necessidades sociais e mediante pleno exercício da cidadania; d) é falsa a postura que antagoniza a Política e o Direito. O Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e valores sua atividade quase sempre pragmática; e) a Política Jurídica deve estar comprometida com o Justo, Ético, Legítimo e Necessário.

O direito positivo não pode ser fechado às conquistas sociais e ao projeto de solidariedade fulcrado na realização da cidadania. Dessa forma, incumbe à Política do Direito uma visão não dogmática, mas comprometida com a transformação da sociedade e dos seus interesses, os quais podem ser racionalizados pelo legislador e pelo juiz, por meio de ações fulcradas na Ética e na Estética da convivência humana. É necessária, assim, a vinculação da Ética à Política, compatibilizando-se o que é moralmente correto ao que é socialmente útil, para o fim de construir novos paradigmas democráticos e de fazer atuar o Direito como instrumento de transformação social.

É necessário harmonizar a norma com a moralidade aceita pela comunidade. Melo (1994) denomina este critério de justiça como legitimidade ética, o que diminui o impacto e a diferença entre o direito desejado e o direito posto.

Melo (1994, p. 58) introduz ainda, pela teoria de Weber, a distinção entre ética de consciência (criação interna das normas de como proceder) e ética de responsabilidade (critério para julgar as ações no meio social – depende do agir).

Os direitos humanos, pois, têm como base a ética da responsabilidade, em nome de princípios como a tolerância e o pluralismo. Dentre eles encontra-se, também denominado direito fundamental de segunda geração, consoante já explicitado, o direito à moradia digna, livre de pressões e opressões da sociedade.

A construção da norma jurídica concreta, ou seja, a criação judicial do direito, dá-se pela interpretação e aplicação da lei por meio de uma fonte legitimada, que hoje pode ser buscada nos movimentos sociais e nas experiências da sociedade, em obediência ao direito que deve ser e como deve ser.

Complementa Melo (1994, p. 65-66):

À fundamentação da Política Jurídica importa sobretudo um humanismo que tenha por base as possibilidades e interesses do homem, resultando numa postura ética universal, dentro do preconizado pelo Iluminismo que desenhou a utopia da autonomia do homem e da sociedade. Assim parece importante, para nosso estudo, a corrente do humanismo jurídico que, a partir daqueles fundamentos de Montesquieu, perpassa, a obra de muitos autores do nosso século e que, segundo entendemos, teve como um dos marcos importantes a obra de Hauriou.

[...]

Para os humanistas dos séculos XIX e XX há em comum a constatação de que o Direito é um fenômeno humano e portanto o fundamento do Direito há que ser buscado no interior e no exterior da norma. O humanismo jurídico ultrapassa, assim,

tanto o normativismo lógico quanto o positivismo sociológico e o jusnaturalismo na valorização do homem como sujeito e objeto do Direito, obtendo uma reordenação filosófica onde, por certo, a Política do Direito encontra ambiente adequado para sua ação.

[...]

Por outro lado, esse humanismo deve ser reconceituado neste período de transmodernidade como sendo a busca de harmonia entre direitos e deveres não só na convivência humana, mas na relação do homem com os outros seres vivos.

As necessidades sociais são a fonte principal dos interesses e, por esse motivo, a norma passa a ser eficaz e válida porque seu conteúdo e seus fins coadunam-se com a aquiescência social e com o sentimento de justiça. O fundamento do Direito não pode mais ser apenas buscado no interior da norma, mas, sim, na práxis cotidiana, na experiência diária, contínua e ilimitada da sociedade. Conviver com práticas pluralistas e humanistas não significa relegar o princípio da segurança jurídica, mas, sim, conferir-lhe uma função social. A vida é um permanente estado de opção, segundo valores captados por cada ser humano em sua experiência cotidiana. Disso deflui um sentido de regularidade e ordem nas coisas, mediante seleção de valores que devem, necessariamente, influir no espectro de ação do político do direito.

2.3 O papel da função jurisdicional na implementação do direito à moradia: regularização da posse

Os processos de informalidade, cada vez mais crescentes nas áreas urbanas, possuem diversos aspectos. A questão da migração para os grandes centros, por famílias mais pobres, na intenção de alcançar melhoria na qualidade de vida, é um dos motivos que reforçam o quadro de extrema pobreza, uma vez que não possuem acesso ao mercado formal de moradias e acabam por causar ocupações espontâneas e marginais nas cidades. Além disso, a ausência de cuidado efetivo para com esses problemas, além das causas urbanísticas e ambientais, todas que resultam do padrão excludente

na gestão das áreas urbanas, contribuem para o agravamento da situação, pois não oferecem condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os mais pobres.

As ocupações irregulares e as favelas, gize-se, têm-se proliferado justamente nas áreas ambientais mais fragilizadas, as quais, embora sejam protegidas por lei (ao menos no papel), não são alvo do mercado imobiliário formal, mas por outro lado também não são objeto de proteção adequada por parte do Poder Público.

Isso não significa, naturalmente, que a informalidade esteja apenas ligada, diretamente, à pobreza. De todo modo, as várias formas de irregularidade, tais como as favelas, loteamentos clandestinos, cortiços, apresentam-se de maneira individualizada e distinta por todo o território brasileiro. Todas, porém, possuem uma característica comum: a omissão do Poder Público na intervenção planejada na aquisição da posse ou da propriedade. Como exemplos, citam-se ainda as áreas alagadas, onde é comum o aterramento de grandes áreas de manguezal, e das construções irregulares em áreas de marinha ou de preservação ambiental; das áreas de risco – principalmente situadas em terrenos de alta declividade, nas faixas de rodovias etc.

Leticia Marques Osório (2004, p. 17) esclarece que

A América Latina é a região mais desigual do mundo. Essa desigualdade refere-se a vários aspectos da vida dos cidadãos, como a distribuição de renda, a educação, a saúde, a moradia, os serviços públicos, o trabalho, o tratamento policial e judicial, a participação política, dentre outros. Quanto à concentração da riqueza, tem-se que 10% dos indivíduos mais ricos recebem entre 40 e 70% do total da renda, na maior parte dos países da América Latina, enquanto os 20% mais pobres recebem apenas de 2 a 4%. Dentre os países de maior concentração de renda da região figuram Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, México e Panamá, e de menor concentração tem-se a Costa Rica, Jamaica, Uruguai e Venezuela.

E continua:

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurada a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade, *status* econômico, grupo ou outra afiliação e *status*.

Para garantir a segurança da posse como forma de assegurar o direito à moradia é necessário que os países legamente reconheçam a diversidade das formas de uso e ocupação do solo presentes nas áreas urbanas e rurais, por meio das normas nacionais de direito à moradia. Na América Latina isso significa que as legislações nacional e local devem prever instrumentos jurídicos e urbanísticos que reconheçam o direito das pessoas a permanecer no local onde residem com segurança e proteção contra despejos e desastres naturais, independentemente do tipo de posse exercido: ocupação de área pública, ocupação de área privada, ocupação de prédios abandonados, aluguel, sistema cooperativado, compra de lote em parcelamento irregular, casa de emergência, propriedade individual, propriedade coletiva, posse de áreas tradicionais, etc.

Assim, a regularização abrange não apenas os programas de urbanização das áreas informais, no sentido do fornecimento de infra-estrutura básica e prestação de determinados serviços públicos, mas também as políticas de legalização das áreas informais, nas dimensões urbanística e jurídica. Não basta apenas reconhecer segurança jurídica à posse de cada ocupante, seja pela legalização de títulos de posse ou de propriedade, mas é necessário integrar os assentamentos informais ao conjunto da cidade, de modo a integrar e reverter o padrão excludente dessas áreas.

A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada em seu próprio art. 1º, § 1º, como Estatuto da Cidade, e criada para executar a política urbana prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Em seu art. 2º, inc. XIV,

o diploma estabelece que a política de desenvolvimento urbano tem por objeto ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e que uma de suas diretrizes é a 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.

O Estatuto em tela prevê normas gerais sobre a regularização fundiária, criando mais diretamente vinculações ao legislador municipal na intenção de conquistar cidades mais organizadas. Isso consagra a competência concorrente entre União, Estados e Municípios, prevista no art. 24, I, da Constituição Federal, para o trato da matéria urbanística, e permite à lei federal a criação de diretrizes gerais, sem exclusão da competência suplementar dos Estados e da implementação de leis locais obrigatórias para a urbanização. A principal delas é o estabelecimento de um Plano Diretor, que visa apresentar as carências de cada cidade, e envolve a previsão de zoneamentos, de áreas a serem desapropriadas para a implementação de meios de transporte públicos e para construção de edifícios públicos, a delimitação de áreas priorizando a regularização fundiária, a delimitação de áreas de mananciais e de preservação ambiental, assim como outros assuntos inerentes à organização das cidades.

Esse novo instrumento jurídico dá suporte à ação prioritária dos governos municipais no tratamento das questões urbanas, sociais e ambientais e na gestão das cidades.

A grande inovação do Estatuto da Cidade foi a consolidação da noção da função social e ambiental da propriedade e da cidade como marco para o direito urbanístico. Nesse passo, previu como instrumentos da política urbana, em seu art. 4º, inc. V, dentre inúmeros outros, os institutos da desapropriação, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento de imóveis, instituição de unidades de conservação, instituição de zonas especiais de interesse social (Zeis), concessão de direito real de

uso, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, regularização fundiária, assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos, referendo popular e plebiscito. Mais a frente, estabelece, em seu § 2º, a possibilidade de operação coletiva da concessão especial de direito real de uso, da usucapião e da concessão especial de uso para fins de moradia.

Alguns dos institutos já são deveras conhecidos. Pode-se observar, portanto, que uma das inovações do Estatuto da Cidade foi a criação de instrumentos destinados a regularizar a posse, de modo a garantir o direito constitucional à moradia, sem nenhuma incursão na seara da propriedade.

Ou seja, tanto a posse como a propriedade devem auxiliar para que a sociedade possa viver de maneira mais digna e coerente com as exigências de ordenação das cidades e em respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É necessário obter soluções alternativas que abarquem o reconhecimento da proteção jurídica da posse, desde que exercida para o fim de efetivar a moradia, aproveitar melhor o solo e erradicar a pobreza, ou seja, desde que cumpra sua função social. Sobre a existência de uma função social da posse, traz-se o ensinamento de Ana Rita Vieira Albuquerque (2002, p. 40):

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender às exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade

pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.

Os valores fundamentais e os objetivos do Estado brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam sobretudo elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado, como vimos, e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais seu aspecto social imanente. Justamente em um sistema jurídico que tem por fim a pessoa humana, daí resultando a natureza teleológica dos argumentos sistemáticos, não se pode deixar de ter por incluída implicitamente, como princípio constitucional positivado, a função social da posse.

A concreta materialização do Estatuto da Cidade e a aprovação de medidas condizentes com o paradigma da função social e ambiental da propriedade, e da própria cidade, também podem passar, como visto, pela legalização de posse, com a lavratura de títulos que prescindem da transferência do domínio, e apenas visam a regularizar as moradias de famílias desprovidas de quaisquer recursos. O respeito ao meio ambiente e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana coexistem pelo reconhecimento da função social da posse, e é papel do Poder Público, e também do Poder Judiciário, a adoção de medidas mais efetivas neste mister.

De outro lado, a recentíssima Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, autoriza o Poder Executivo, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada⁵.

5 BRASIL. Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis n. 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -- Código Civil,

Dentre várias hipóteses, a mesma Lei prevê que, nas áreas urbanas, em imóveis da União possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, nos quais não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva.

As possibilidades previstas no referida diploma, quanto à regularização da posse, e as alternativas ao juiz serão analisadas em seguida, conjuntamente com alguns diplomas previstos desde o advento do Estatuto da Cidade.

Precedentemente à introdução de alguns instrumentos previstos em lei e destinados à regularização da posse no Brasil, não se pode olvidar a importante atuação do Ministério Público, mediante inquéritos civis, ajustamentos de conduta, e de propositura de ações civis públicas, na condição de fiscal da lei, como meios de mediação extrajudicial e composição judicial de regularização da política pública de gestão das cidades e garantia ao direito de moradia. Com tais medidas conquista-se a responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, na prevenção e também na reparação de danos causados ao descumprimento da política urbana, seja por atividades danosas ao meio ambiente, regularização de áreas informais e mesmo pela imposição de atuação positiva do Poder Público nessa seara.

Dito isso, passar-se-á à análise específica de quatro instrumentos previstos em lei para regularização da posse, e não da propriedade, iniciando-se pelas Zeis – Zonas ou áreas Especiais de Interesse Social, seguindo-se pela Cuem – Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, pela CDRU – Concessão de Direito Real de Uso, e finalmente pelo direito de superfície.

9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <www.brasil.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2007.

As Zeis, previstas no Estatuto da Cidade, em seu art. 4º, V, alínea f, têm por objeto os assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente e caracterizados por irregularidades jurídicas ou então urbanísticas na ocupação do solo. Trata-se de zonas urbanas específicas, sejam públicas ou particulares, destinadas à criação de habitações de interesse social, tais como favelas, assentamentos urbanos de comunidades de baixa renda, loteamentos populares em situação irregular, cortiços etc. São instituídas por lei municipal, a qual deverá prever os critérios para seu estabelecimento e a criação de regras especiais de uso e ocupação do solo. As Zeis servem para regularizar as ocupações informais de forma a integrá-las na cidade, mas do ponto de vista urbanístico, pois não regularizam juridicamente a situação dos terrenos ocupados. Em síntese, cria-se um plano de urbanização que definirá as formas de gestão e manutenção das zonas de interesse especial, definindo padrões de edificação, uso e ocupação.

Já a Cuem – Concessão de Uso Especial para fins de Moradia adveio da Medida Provisória n. 2.220/01 e da Lei n. 11.481, de 31-5-07, assim como por proteção da Emenda Constitucional n. 32, de 11-9-01. Tem por objeto a posse de terrenos públicos e serve como instrumento administrativo de legalização possessória no meio urbano, expedido unicamente de forma gratuita, por meio de instrumento público ou de sentença judicial, caso omissis o Poder Público. Constitui, por isso mesmo, aspecto singular na regularização para fins de moradia, forçando o Poder Judiciário a discutir a política pública de moradia e urbanização, no âmbito individual ou coletivo (neste caso quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor). Seja realizada na forma administrativa ou na seara judicial, a concessão do uso será levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Os requisitos para a Cuem são a posse por cinco anos sobre terreno público urbano de até 250m², até 30-6-01, a utilização do terreno apenas para fins de moradia, e a ausência de ação judicial pendente por parte do Poder Público solicitando a desocupação da área. Todos esses detalhes estão previstos na Medida Provisória citada, para a qual se remete a leitura.

Apenas se adverte que, em havendo afetação da área, ou seja, sua destinação para outro uso, como, por exemplo, área de interesse de defesa nacional, área de preservação ambiental etc., faculta-se ao Poder Público conceder o uso para fins de moradia em outro imóvel público.

A CDRU – Concessão de Direito Real de Uso tem por objeto a posse de terras públicas. É um contrato feito de forma facultativa pelo Poder Público, de forma remunerada ou gratuita, com moradores de terrenos públicos, para utilização destes com a estrita finalidade de moradia. Embora prevista no Decreto-Lei n. 271/67, e repisada no art. 48 do Estatuto da Cidade, ainda é pouquíssimo aplicada pelas administrações municipais, e pode ser aplicada tanto de forma individual quanto coletiva, de modo a consolidar a área com fins de habitação de interesse social. Pela Medida Provisória n. 2.220/01, supracitada, criou-se a possibilidade de registro do contrato de CDRU no Registro Imobiliário.

É necessário aclarar que tanto a Cuem como a CDRU poderão ser extintas caso o morador utilizar o imóvel para outro fim que não o da moradia, ou caso ficar comprovado que possui outro imóvel.

Finalmente, o direito de superfície, regulamentado pelo Estatuto da Cidade em seu art. 21 e ss., permite que o proprietário de imóvel urbano transfira para terceiros o direito de superfície do imóvel, para fins de usufruto do solo, sem transferência de propriedade do terreno. Ou seja, o beneficiário do direito em tela passa a ter direito apenas sobre o que for construído sobre o imóvel. Pode ter prazo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, e pode também ser gratuita ou onerosa. Como exemplo, pode-se citar aquele proprietário que possui várias dívidas tributárias para com o Município e cede o direito de superfície de lotes vazios para este como contrapartida para cancelamento dos débitos existentes. É um típico caso de regularização da posse para pessoas de baixa renda, tal como pode ser aplicado também para a regularização de favelas.

É importante notar que a Lei n. 11.481, de 31-5-07, acrescentou, por meio de seu art. 10, dois incisos ao art. 1.225 do Código Civil brasileiro vigente, incorporando ao rol dos direitos reais, incisos XI e XII, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Do mesmo modo, introduziu o direito especial de uso para fins de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária como objetos de hipoteca, no art. 1.473, pelo acréscimo dos seus incisos VIII, IX e X.

Tudo isso, naturalmente, demonstra o reconhecimento que os meios de regularização da posse passam a ter, mais expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro, e nas várias possibilidades conferidas ao Poder Público, ao Ministério Público e, especialmente, ao Poder Judiciário na implementação de tais medidas, nos casos concretos que lhe são submetidos à análise. Essa postura permite, naturalmente, uma visão mais humanista e solidária com os anseios sociais de cada comunidade.

E não se duvide que, no tocante aos direitos sociais – de cunho prestacional – tal como o é o direito à moradia, previsto no art. 6º da CF, e que têm por objeto uma conduta positiva por parte do Poder Público, é necessária sua implementação para a definição de parâmetros mínimos para uma vida saudável, em atenção e obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo critérios estabelecidos pela ONU, nisso descata-se a “segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais” (SARLET, 2006, p. 348).

Sarlet (2006, p. 348-349) ainda preleciona que:

Também o direito à moradia reveste-se da complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de

proibição de retrocesso [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas.

Diante das considerações ora apresentadas, não há negar que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ter função de demarcar um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Na área dos direitos a prestações, relativiza-se a noção de direito subjetivo para o fim de produzir um padrão desejável de justiça social, mais humanitária e solidária às necessidades básicas do ser humano!

Ao Poder Judiciário, portanto, impõe-se zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscando, por meio da fiscalização dos entes legais, aperfeiçoar a gestão do orçamento público, em atenção ao princípio da proporcionalidade na atuação dos órgãos estatais, mediante concretização de ações políticas públicas nesta seara.

Uma nova ótica por parte do Judiciário quanto ao reconhecimento da função social da posse e da propriedade na gestão das áreas urbanas, a partir da criação do Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01, passa a ser decisiva na modificação do estereótipo da ocupação dos assentos urbanos informais. Reforça essa exigência a contínua desvalorização do meio ambiente, a segregação do espaço urbano e a massificação da pobreza, aliadas à postura dos governantes, que se preocupam apenas em assentar os mais desvalidos, sem nenhuma preocupação mais séria com a integração social e espacial destes com a cidade.

E neste vértice, cabe não só aos Poderes Executivo e Legislativo reproduzir e aplicar a necessidade de uma reorganização das áreas urbanas, mas também ao juiz, com o reconhecimento da função social da posse. A

partir do momento em que uma análise da função social for reconhecida não apenas na propriedade particular, mas na interferência do direito de cada cidadão em interesses sociais fundamentais, que afetam toda a coletividade, certamente será o passo mais avançado à mudança do paradigma da conformação com a informalidade.

Nesse diapasão, os já conhecidos meios de regularização de loteamentos (Lei n. 6.766/79), usucapião urbano, concessão de direito real de uso, direito de superfície, concessão especial de uso para fins de moradia etc. devem estar vinculados à função social da posse. Com eles, será possível fazer uma releitura e adequação de seus requisitos às incontáveis situações fáticas que se apresentam diariamente ao juiz.

O próprio art. 2º da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) dá conta que entre as diretrizes gerais da política urbana encontram-se: a 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 (inc. II); cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (inc. III); ordenação e controle do uso do solo (inc. VI); simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (inc. XV); e isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social (inc. XVI).

A ausência de cadastro de imóveis, a sobreposição de registros, incongruências entre dados do Poder Público e dos Cartórios são dificuldades que não podem impedir o juiz de exercer efetivamente sua missão de pacificador social. Incumbe-lhe agir, assim, em determinadas situações, não meramente quando provocado, mas, sim, de ofício, propondo acertos e convênios com universidades, prefeituras municipais e organizações que

promovam a identificação de áreas, simplificando procedimentos para regularização de parcelamento do solo, registro de contratos e regularização de lotes individualizados. Vale anotar, também, que essas medidas administrativas, por parte do Poder Judiciário, devem estar aliadas, em amplos debates com os Municípios e Estados, ao incentivo à regularização de loteamentos e desmembramentos não autorizados ou irregulares e à missão, destes entes, de expropriar áreas para fins de loteamentos, tudo para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano (arts. 40 e 44 da Lei n. 10.257/01), de molde a defender e formalizar a posse daqueles que cumprem com sua função social.

Além disso, é indispensável o reforço do incentivo à assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (art. 4º, inc. V, Estatuto da Cidade).

A função do Direito visa pacificar a sociedade e, com isso, uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes, é imprescindível para a minimização dos prejuízos advindos da informalidade urbana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do presente estudo foi a de trazer à tona a questão da informalidade das áreas urbanas, que cresceu e cresce, vertiginosamente, com o aumento do processo de urbanização brasileiro, com caráter essencialmente especulativo, o que acarreta os processos de segregação socioespacial e socioambiental. A evasão rural e a busca idealística da população que vive nas localidades interioranas por mais oportunidades e qualidade de vida (leia-se, aqui, mais condição financeira de obter acesso a bens materiais, lazer e conhecimento), além da falta de gerenciamento das cidades, aliadas aos motivos citados, exigem uma mudança coletiva de mentalidade e, de forma igualmente imprescindível, um redimensionamento da missão do juiz, mormente diante da limitada ação do Poder Público.

O Direito é um fenômeno humano, e o seu fundamento deve ser buscado não apenas no interior, mas no exterior da norma. É necessária uma reavaliação, assim, da mudança no comportamento judicial – uma ética de responsabilidade, para garantia do direito à moradia, sem risco à segurança jurídica.

A função jurisdicional não pode mais ser analisada com ótica estática, para apenas declarar e reconhecer direitos, ou então apenas executar coativamente a sua realização prática se e quando provocada, despida de legitimidade ética. O reconhecimento da importância social da garantia dos direitos e seu reflexo nas diretrizes do fortalecimento do Estado Contemporâneo deve ser acentuado com a dupla responsabilidade do político do direito de não apenas resolver conflitos aparentes de normas, mas de alcançar normas justas, úteis e eficazes.

A moradia é um direito fundamental, e por isso merece maior atenção dos juristas. A aplicação de institutos jurídicos de regularização da posse, e não da propriedade, afora os procedimentos administrativos relativos às serventias extrajudiciais, são alternativas ágeis que permitem a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, revertendo o padrão excludente e desordenado derivado do crescimento urbano. Tais medidas vinculam a atuação do Poder Judiciário a um padrão de humanismo menos retórico, e mais efetivamente comprometido com os anseios sociais.

4 BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 1.014 p.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 229 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10-8-2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. 223 p.

MATOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003. 117 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 136 p.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Coord.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processo de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.