

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

CARLOS EDUARDO GIMENES

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE E A
NECESSIDADE DE UMA REGULARIZAÇÃO**

MARÍLIA-SP

2012

CARLOS EDUARDO GIMENES

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E POSSE E A NECESSIDADE
DE UMA REGULARIZAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Mestrado em direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico”).

Orientadora: Prof. Dra. Iara Rodrigues de Toledo.

**MARÍLIA-SP
2012**

Gimenes, Carlos Eduardo.

Função social da propriedade e posse e a necessidade de uma regularização/Carlos Eduardo Gimenes; Orientadora: Iara Rodrigues de Toledo. Marília, sp: [s.n.], 2012.

120 f.

Trabalho de conclusão do Mestrado em Direito, Fundação de ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2009.

1. Função social da propriedade 2. Direito á moradia 3. Regularização fundiária.

CDD: 342.1234

CARLOS EDUARDO GIMENES
Folha de aprovação cedida pela pós graduação

Dedico este trabalho a minha família, a todos os meus colegas e principalmente a meus orientadores Edinilson e Iara que sempre estiveram presentes em todos os momentos.

*“...Se você quiser alguém em quem confiar, confie em si mesmo.
Quem acredita sempre alcança!
Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena,
acreditar no sonho que se tem,
ou que seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém.”*

(Renato Russo)

“Você nem sempre terá o que deseja, mas enquanto estiveres ajudando aos outros encontrarás os recursos de que precisa.”

(Chico Xavier)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os colegas da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, os quais me incentivaram e me deram força para finalizar este trabalho e, a todo o corpo docente e diretoria desta Universidade que me inspiraram a ser este homem público e inquieto no que tange os direitos dos cidadãos.

Agradeço de modo particular: Aos meus colegas e companheiros de turma, pelo estímulo o qual foi peça chave para a conclusão desta jornada.

Ao prof. Dr. Edinilson, pelo auxílio na orientação da confecção deste trabalho aliado à sua experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis.

GIMENES, Carlos Eduardo. **Função social da propriedade e posse e a necessidade de uma regularização**. 2012. 120 f. Trabalho de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Este trabalho objetivou uma busca na literatura sobre a problemática da função social da propriedade e da posse frente a necessidade de uma regularização fundiária embasada em princípios constitucionais. No breve reportar da história nacional e influências internacionais, pudemos verificar que tanto a posse quanto a propriedade são vistas diferentemente pelos autores pesquisados, porém é destacado que os bens públicos são distintos dos privados e, que sua utilização é clara nas leis brasileiras. Verificamos uma correlação da posse e propriedade aos princípios do direito a moradia e dignidade humana, assim podemos vislumbrar uma necessidade atual da regularização fundiária mais expressiva, pois o desenvolvimento urbano e a deficiência quantitativa e qualitativa de moradias dignas nas cidades é um fator desencadeante de problemas jurídicos. A questão da moradia é multidisciplinar, porém o direito é elementar no que tange a definição de leis que regulam e regulamentam esta necessidade tão presente nos dias de hoje. O Estatuto da Cidade surge como marco jurídico a disciplinar a política do planejamento urbano e a regularização fundiária, definindo responsabilidades do poder público e particular. O direito à moradia não disputa hierarquia ou importância com o direito de propriedade, mas ambos colaboram entre si para equacionar diferenças sociais, garantindo maior efetividade aos direitos humanos. Diante desse quadro a regularização fundiária de interesse social ou mesmo de interesse específico, devem ser efetivadas, a fim de amenizar a problemática que aflige não somente as grandes metrópoles, mas também inúmeras cidades e, em consequência a população, limitando seus direitos de moradia e dignidade humana.

Palavras-chave: Direito social. Direito à moradia. Função social da propriedade. Direito urbanístico. Regularização fundiária.

ABSTRACT

This study aimed searching in the literature the problem of the social function of property and possession forward the need for a regularization grounded in constitutional principles. In the brief report of the national history and international influences, we observed that both ownership and property are seen differently by authors investigated, it is highlighted that public goods are distinguished from private, and its use is clear in Brazilian laws. We observed a correlation of tenure and property rights principles housing and human dignity, so we can see a current need of regularization more expressive because urban development and quantitative and qualitative deficiency of decent housing in cities is a trigger of legal problems . The issue of housing is multidisciplinary, but the right is elementary with respect to the definition of laws that govern and regulate this need as this these days. The City Statute appears as legal framework to regulate the policy of urban planning and land regulation, defining responsibilities of government and private. The right to housing is not disputed hierarchy or importance to the right to property, but both work together to equate social differences, ensuring more effective human rights. Given this situation the regularization of social interest or special interest, should be effected in order to ameliorate the problem afflicting not only the large cities, but also numerous towns and consequently the population, limiting their rights to housing and human dignity.

Keywords: Social rights. Right to housing. Social function of property. Urban law. Regularization.

LISTA DE ABREVIACÕES

ABEA_ Associação Brasileira de Ensino de Arquitetura e Urbanismo

a.c._ Antes de Cristo

AGB_ Associação dos Geógrafos Brasileiros

APP_ Áreas de Preservação Permanente

Arts._ Artigos

CAAP_ Centro de Assessoria à Autogestão Popular

CBIC_ Câmara Brasileira da Indústria da Construção

CEBIC_ Câmara Brasileira da Construção Civil

CC_ Código Civil

CF_ Constituição Federal

CMP_ Centra de Movimentos Populares

COHRE Américas_ Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos

CONAM_ Confederação Nacional de Associação de Moradores

CUEM_ Concessão de Uso Especial para fins de Moradia

FAOC_ Fórum Amazônia Ocidental

FAOR_ Fórum Amazônia Oriental

FENEA_ Federação Nacional dos Estudantes de Arquitetura e Urbanismo do Brasil

FISENGE_ Federação Interestadual dos Sindicatos de Engenharia

FNA_ Federação Nacional dos Arquitetos

FNERU_ Fórum Noroeste de Reforma Urbana

FNRU_ Fórum Nacional de Reforma Urbana

HABI_ Superintendência da Habitação

IBAM_ Instituto Brasileiro de Administração Municipal

IBASE_ Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas

MC_ Ministério da Cidade

MNLM_ Movimento Nacional de Luta pela Moradia

ONU_ Organização das Nações Unidas

PNH_ Plano Nacional de Habitação

POLIS_ Institutos de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais

RFU_ Regularização Fundiária

SNUC_ Sistema Nacional de Unidades de Conservação

TRE/RN_ Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte

UFPE_ Universidade Federal de Pernambuco

UFRN_ Universidade Federal do Rio Grande do Norte

UNMP_ União Nacional por Moradia Popular

ZEIS_ Zonas especiais de interesse social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO 1 - OS INSTITUTOS DA POSSE E PROPRIEDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	19
1.1 Início da Propriedade e da Posse.....	19
1.2 Função Social da Propriedade	22
1.3 Função Social da Posse	24
CAPÍTULO 2 – A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	28
2.1 Evolução da Propriedade.....	28
2.2 Evolução no Brasil	43
2.3. Bens Públicos	46
2.3.1. Terras Devolutas.....	49
2.3.2 Bens da União.....	50
2.3.3 Bens Estaduais.....	52
2.3.4 Bens Municipais	52
2.3.5 Terras Indígenas	53
2.4. Doação de Terras Públicas e Desapropriação.....	52
2.5. Bens Particulares	55
2.6 Princípios Constitucionais da Propriedade.....	55
2.7 Diretrizes da Política Urbana e o Estatuto da Cidade.....	57
2.8 Dignidade da Pessoa Humana	59
CAPÍTULO 3 – APROPRIAÇÃO DE TERRAS NO BRASIL	63
3.1. Histórico do Usucapião	63
3.2. Usucapião Constitucional.....	66
3.2.1. Usucapião Especial Urbano.....	66
3.2.2. Usucapião Especial Rural.....	67
3.2.3. Usucapião Especial Coletivo (Estatuto da Cidade).....	69
3.3. Usucapião Ordinário e Extraordinário.....	70
3.3.1. Usucapião Extraordinário	70
3.3.2. Usucapião Ordinário.....	70
CAPÍTULO 4 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA	72
4.1. Direito a Moradia, Dignidade da Pessoa Humana e Regularização Fundiária.....	72
4.1.1. Direito a Moradia e Dignidade da Pessoa Humana.....	72
4.1.2. Direito a Moradia no plano Internacional.....	73
4.1.3. Regularização Fundiária	76
4.1.3.1. Legislação Específica sobre a Regularização Fundiária.....	77
4.1.3.2. Espécies de Regularização Fundiária	80
CAPÍTULO 5 – ACESSO À PROPRIEDADE PÚBLICA	82
5.1. Experiência de Regularização de Áreas Municipais da Prefeitura de São Paulo.....	82
5.1.2. Síntese do Programa	83
5.1.3. Desafios	84
5.1.4. Estratégias e Soluções	86
5.1.5. Resultados.....	94

CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
LEGISLAÇÃO	106
ANEXO	107

INTRODUÇÃO

Um dos temas que introduz a cadeira de direitos reais, diz respeito à interpretação do instituto da posse e propriedade à luz do princípio constitucionalmente consagrado da observância de sua função social. No entanto, o instituto da posse que nos dias de hoje, está se desenraizando dos princípios individualistas de outrora e, concebendo no seu cerne, a dignidade da pessoa humana como estrela guia por onde deve obrigatoriamente gravitar, com o objetivo de buscar uma sociedade justa, com a correta aplicação do direito a moradia a todos os cidadãos.

Os institutos da posse e da propriedade por serem direitos intrínsecos à pessoa humana é sempre um desafio a ser trabalhado, sendo um dos assuntos mais difíceis de serem tratados dentro do ordenamento jurídico pátrio. Quem escreve sobre direito tem de atravessar caminhos sempre povoados de inimigos.¹ Ciente desse fato, traçaremos um perfil sistemático da propriedade e da posse no cenário brasileiro, frente a princípio da dignidade da pessoa humana.

É grande o desafio, pois os dois institutos são providos de grande potencial para concretizar direitos e garantias fundamentais, dentro de uma Constituição prolixa como a de 1988, que além de direitos de defesa em relação ao Poder Público, também trata de direitos que podem ser notados nas relações puramente privada, tendo uma carga ideológica colossal, voltada para aspectos econômicos e sociais cotados pela Constituição Cidadã.

Sendo a propriedade uma instituição milenar, acredita-se que todas as idéias possíveis já tenham sido pensadas, debatidas e postas em circulação, bastando apenas releituras fáceis de modelos anteriores. Porém, quando esse instituto é abordado de uma forma detalhada dentro da dogmática ou da crítica, sob qualquer aspecto, iniciando simplesmente por sua definição, nota-se controvérsias e conflitos, pois nunca houve quietude política no que tange o direito de propriedade.

Quanto a posse, há grande dificuldade em reconhecer sua autonomia frente à propriedade, e em justificar essa última apenas como uma abstração jurídica, certo é que a posse é o instrumento básico para o exercício do direito de propriedade, e todas as pessoas que exercem apenas a posse, sua grande aspiração é alcançar um dia a propriedade.

Em boa parte do mundo, por séculos a fio, houve uma situação de indefinição no que diz respeito à posse, em virtude das características específicas de sociedades dos mais variados tipos, onde se via a prevalência da lei do mais forte e guerras constantes, sem que

¹ ASSIER-ANDRIEU, Louis. O Direito nas Sociedades Humanas, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. XVI.

houvesse instituições satisfatoriamente estruturadas que garantissem um equilíbrio jurídico perene.

O império romano serviu como base das civilizações ocidentais, e foi ele que estabeleceu uma *pax romana* duradoura no que diz respeito à posse, sobretudo com a posterior influência do cristianismo. Sendo assim, o direito romano merece destaque, pois desde os primórdios, sempre estabeleceu um controle normativo das questões ligadas à posse.

A primeira codificação moderna que elevou a propriedade à categoria de direito inalienável do ser humano, é um fenômeno relativamente recente na história da humanidade, tendo pouco mais de dois séculos que nos separam da era iluminista e das revoluções do final do século do século XVIII, a que seguiu o código francês de 1804, elevando à propriedade a inalienabilidade.

Surge então o fenômeno da positivação do direito nos países europeus e no Brasil, evidenciando direitos que envolviam a posse e a propriedade nas disposições voltadas para direitos e garantias fundamentais, consagrando também as atividades econômicas e o desenvolvimento de políticas públicas urbanas e rurais que orientavam aspectos funcionais da propriedade e da posse em uma situação de fato e de direito, pública ou privada.

Dessa forma os princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, moradia, cidadania, dentre outros, deve ser conjugado de uma forma obrigatória e ter um elo estreito com a função social da posse e propriedade, devendo ser vistos com restrição aspectos substanciais e econômicos da garantia constitucional do direito de propriedade privada.

A Constituição de 1988, nossa Constituição cidadã, trouxe nova interpretação ao aspecto funcional da posse e propriedade, elevando a posse a ser o principal instrumento de realização dos demais princípios e direitos constitucionais, recolocando a pessoa humana na centralidade do sistema, tirando do primeiro plano o paradigma patrimonialista da codificação preexistente e cuidando para que nosso ordenamento infraconstitucional utilize-se de técnicas modernas e atenda a realidade de uma sociedade moderna, porém nunca deixando de observar e prestigiar uma segurança jurídica mínima.

As relações possessórias e proprietárias no direito representam um elo de continuidade entre o ancestral e o moderno para se alcançar uma organização jurídica da vida em sociedade. Assim, o que se busca é uma compreensão estrutural de cada direito em cada fase política, social e econômica para assegurar ampla liberdade dos detentores destes direitos.

O direito, que surgiu e se firmou basicamente na força física, não cogitava que um dia viria a se tornar o instituto jurídico da propriedade, quanto à posse os homens já sabiam o que ela significava, seja a posse da caverna, da caça, da terra ou de utensílios. Segundo Rousseau “o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer: isto é meu, e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil”².

O propósito é verificar o aspecto civil constitucional da propriedade e da posse, buscando compreender de forma mais ampla questões relevantes em torno da função social dos dois institutos e a dignidade da pessoa humana, apresentado sempre com muita clareza, embora, como ressalta Michel Villey, “não seja fácil ser claro senão quando andamos por caminhos batidos, o que se afigura difícil quando o analista, avançando por caminhos não batidos, procura se emancipar das rotinas que o uso e a educação imprimam no seu espírito, opção pela qual nem sempre encontra o bom caminho”³.

Com a divulgação na imprensa de diversas ocupações de prédios públicos abandonados, no Rio de Janeiro e em São Paulo, bem como em demais cidades, surgiu o questionamento ou suscitação de dúvidas sobre a validade da presunção de que todos os bens públicos estão sempre cumprindo sua função social em prol da coletividade, impeditivo da apropriação destes por particulares. Há, no entanto, uma vedação constitucional à aquisição por qualquer instituto dos bens públicos.

Dessa forma, diante dos problemas envolvendo o direito de propriedade e posse de uma sociedade, é que surge a necessidade urgente de uma solução prática e eficaz, valendo-se de uma regularização fundiária a fim de conceber moradia a todos os cidadãos em prol dos direitos humanos a que todos possuem.

Há necessidade de estudar a doutrina e a aplicação do instituto da função social da posse, bem como a possibilidade da concessão do direito real de uso para fim de habitação, em relação a imóveis abandonados pelo poder Público e, ocupados por particulares para fins de moradia.

Portanto, a função social da posse e propriedade deve ser mais bem trabalhada em virtude dessa necessidade de regularização fundiária frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e direito de moradia, levando-se em conta os princípios de direitos humanos que são inerentes a todos os cidadãos.

² ROSSEAU, Jean-jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade. Rio de Janeiro: Athena Editora. Trad. de Maria Lacerda de Moura, s/d, p. 124, grifado no original, apud TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse. Um Confronto em torno das Função Social. Rio de Janeiro: lúmen Júris, 2007. p. 130.

³ VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 251.

Se ao analisar o presente trabalho, o leitor refletir sobre as questões postas e isso causar inquietude, teremos cumprido a finalidade almejada.

CAPÍTULO 1 - POSSE E PROPRIEDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Posse e propriedade são institutos que guardam entre si estreita relação e proximidade, embora conservem cada um deles regramento jurídico próprio. Como brilhantemente mencionou Venosa (2001) lembrando as preleções de Ihering (2004): “Como descreveu o grande mestre alemão, a propriedade sem a posse seria o mesmo que o tesouro sem a chave que o abrisse, a árvore frutífera sem a escada que colhesse os frutos”.

Sabe-se que a posse é considerada como exteriorização da propriedade, comprovando ainda mais sua função social, mas não confundindo uma com a outra. É cediço que determinada pessoa pode ter a posse sem ser proprietária do bem, já que podemos afirmar que ser proprietário é ter o domínio da coisa.

Podemos inclusive mencionar, que a ideia de propriedade está relacionada com os seguintes direitos ou faculdades dela decorrentes:

- **Direito de Gozar ou Fruir:** Retirada dos frutos da coisa principal, sejam eles frutos naturais, industriais ou civis. Exemplificamos com o aluguel, rendimento ou fruto civil, retirado de um bem móvel ou imóvel.
- **Direito de Reivindicar ou Reaver:** Poder de mover demanda judicial para obter o bem de quem injustamente o detenha ou possua, mediante a ação reivindicatória.
- **Direito de Usar ou Utilizar:** Consiste na faculdade, que o proprietário tem de servir-se da coisa e utilizá-la da maneira que entender mais conveniente, sem modificação em sua substância e não causando danos a terceiros. Esse direito de propriedade não é mais tido como um direito totalmente absoluto, encontrando o direito de uso, limitações previstas na Constituição, no Código Civil e no Estatuto das Cidades, além de outras normas específicas.
- **Direito de Dispor ou Alienar:** Consiste no poder de se desfazer da coisa a título oneroso ou gratuito, abrangendo também o poder de consumi-la ou gravá-la de ônus real (penhor, hipoteca e anticrese).

Desta forma, as análises desses dois institutos devem ser feitas à luz da nossa Constituição Federal, dentro da proposta de encarar o direito civil a partir da Carta Magna, e vice-versa, sem deixar de considerar o direito administrativo ao envolver o interesse público, vez que esses direitos devem ser complementares e estarem totalmente integrados quando referimos à posse e propriedade.

1.1. Início da Posse e Propriedade

A posse, em latim *possession*, constitui um elemento dos direitos reais que está inserido no direito das coisas, na categoria dos direitos patrimoniais.

Há autores que esclarecem muitas vezes o termo **posse** é inadequadamente utilizado denominando propriedade (no sentido de ser dono do bem), o exercício ou gozo de um direito (empregado pelo Código Civil nos arts. 1.545 e 1.547), a coisa possuída (sentido de nossas posses) (FIÚZA, 2007, p. 859).

A posse sempre esteve presente, desde tempos remotos. Segundo a lição de Rezende (2000), a posse e a propriedade estão constantemente ligadas ao homem, sendo a posse um fato natural e a propriedade advinda da lei.

Segundo Diniz (2001), posse é “Poder imediato ou direto, que tem a pessoa, de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer seja.”.

Alguns autores afirmam que a expressão **posse** tem adquirido vários significados com muitas acepções inadequadas: posse como sinônimo de propriedade, posse como sinônimo de tradição, posse significando o exercício de um direito qualquer, posse denotando o compromisso do funcionário no qual se compromete a exercer sua função com honra (FULGÊNIO, 2000).

E para explicar o conceito de posse, surgiram duas grandes escolas (teorias) que delimitam sua extensão: A teoria subjetivista e a teoria objetivista, sendo que esta última fora adotada pelo Código Civil Brasileiro.

Para a teoria subjetivista, defendida por Savigny, conhecido por seu tratado *Das Recht des Besitzes, 1803* (Tratado da Posse) e que teve sua origem no direito romano, a posse poderia ser conceituada como o poder direto ou imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa corrente, possui dois elementos: *a) Corpus* - elemento material, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa e *b) Animus domini* – consistente na intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade.

Para Savigny, a posse é caracterizada por um elemento material e outro psíquico, ou seja, o fundamento desta teoria baseia-se na intenção de **ter** o bem juntamente com o **querer** defender esse bem, sendo necessário haver o elemento material *corpus* e o elemento subjetivo *animus*, sendo que um não se valida sem o outro.

A respeito dessa teoria elabora por Savigny, Caio Mario da Silva Pereira, afirma:

“A concepção de Savigny exige, pois, para que o estado de fato da pessoa em relação à coisa se constitua em posse, que ao elemento físico (*corpus*) venha juntar-se a vontade de proceder em relação à coisa como procede ao proprietário (*affectio tenendi*), mais a intenção de proprietário (*animus domini*), existir simples detenção e não posse. A teoria se diz objetiva em razão do último fato”. (PEREIRA, 2001, p. 15).

Portanto, para esta teoria: O locatário, o comandatário, o depositário e outros, não seriam possuidores, não deteriam a posse sobre o bem, vez que não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários. E desta forma, não gozariam de proteção direta, um impedimento legal para ingressarem com as competentes ações possessórias em defesa da posse.

O Código Civil Brasileiro (2002) não adotou essa corrente, vez que entende serem legítimos possuidores os sujeitos acima citados. Mencionamos que somente para fins de usucapião é que essa teoria é considerada, para a caracterização da posse *ad usucapionem*.

Segundo a outra corrente, precursora de uma teoria objetivista, defendido por Ihering (2004), originado do direito germânico, diz que para configurar a posse bastaria dispor-se fisicamente da coisa ou a mera possibilidade de exercer esse contato. Essa corrente dispensa a intenção de ser dono, possuindo a posse apenas um elemento, o *corpus*, elemento material, formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Aliás, para essa teoria, dentro do conceito de *corpus* estaria uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos.

Para Diniz (2002), a doutrina de Ihering pode ser assim resumida: A posse é a condição de fato de utilização econômica da propriedade, o direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade, a posse é o meio de proteção do domínio e, a posse é uma rota que conduz à propriedade, reconhecendo assim a posse como um direito.

O Código Civil Brasileiro (2002) atual, assim como o Código Civil (1916), adotou parcialmente a teoria objetivista de Ihering, de acordo com o que consta o art. 1.196. Dessa forma, o locatário, o comandatário, o depositário, entre outros, para o nosso direito, são legítimos possuidores, podendo utilizar as ações possessórias, inclusive contra o próprio proprietário.

Desta forma, nosso Código Civil (2002) definiu possuidor, no seu art. 1.196, como “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”. Já os poderes inerentes ao direito de propriedade estão no art. 1.228, do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha”.

A adoção da teoria objetiva pelo Código Civil (2002) não abandona em definitivo a teoria subjetiva, já que no art. 1.238, que trata da usucapião, percebe-se a exigência da intenção de possuir a coisa como dono para que haja aquisição, senão vejamos: “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 requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

Ademais, o Código Civil (2002) diferentemente de outros códigos, não conceituam propriedade, este se preocupa apenas em indicar o conteúdo, mencionando os poderes que nele contém. Portanto, para ser possuidor não são necessários todos os poderes inerentes à propriedade (usar, gozar, dispor e reaver a coisa), bastando apenas o exercício de um deles para se atribuir a condição de possuidor.

A posse e detenção possuem conceitos diferentes, pois ao contrário do que ocorre com o detentor, na posse, o possuidor exerce sobre a coisa um poder fundamentado juridicamente. O que diferencia a posse da detenção é o elemento denominado pelo *animus domini* que não existe na detenção. O detentor somente detém a coisa em nome do possuidor.

Podemos mencionar ainda que, o Código quando sofreu suas alterações, submergiu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, que considera a sua função social, defendida por Saleilles.

No entanto, o instituto da posse não teve reconhecido a sua função social, seja pela lei ou mesmo pela doutrina majoritária, vez que a teoria adotada pelo sistema jurídico foi puramente a objetivista, considerando-se a posse como mera exteriorização da propriedade.

Porém, podemos ressaltar o fato de que o princípio da função social da posse está implícito à codificação emergente, principalmente pela valorização da *posse-trabalho*, conforme art. 1.238, parágrafo único, art. 1.242, parágrafo único e art. 1.228, §§ 4º e 5º, todos do Código Civil (2002).

1.2. Função Social da Propriedade

Para entrarmos no tema da função social da posse, não há como nos desvincularmos da função social da propriedade, que foi positivada, em nosso direito, com o advento da Constituição Federal (1988).

A Carta Maior da República dispõe que a propriedade atenderá sua função social, inteligência do art. 5º inciso XXIII e, também em seu art. 170, inciso III, os quais determinam

que a ordem econômica observe a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial. No Código Civil Brasileiro (2002), o legislador, não se conteve apenas em explicitar os princípios já preconizados na Carta, indo além, ao transformar o instituto da propriedade em um direito de finalidade social.

Para Martins-Costa, a função social da propriedade trata-se de um princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de propriedade. “Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo” (MARTINS-COSTA, 2002, p.96).

A atribuição da função social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos que, desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução de institutos centrais do direito moderno. Essa funcionalização visa encontrar um denominador comum entre o conflito de interesses de particulares e a coletividade, ou seja, a relação entre indivíduo e Estado.

Com a funcionalização da propriedade e a incorporação do instituto nas constituições do século XX, há quem diga que houve uma publicização da propriedade, que seria a passagem do bem privado ao poder público. A respeito disso, importante o texto do autor que diz:

“Isto não significa dizer que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passando a integrar o domínio do direito público. É que atribuição da função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na ideia de “direito subjetivo”, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da *res*, e de suas efetivas utilidades: em outras palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito possível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas subjetivas, sobre as quais incidem escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica” (MARTINS-COSTA, 2002, p.96).

A definição dada por Martins-Costa (2002) que a função social não é meramente um atributo da propriedade, ela integra o conceito jurídico positivo de propriedade, ou seja, um limite positivo promocional, em que a função social deve atuar, como uma finalidade a ser cumprida. Não há mais como considerá-la apenas mera norma programática, uma vez que as normas constitucionais possuem força normativa e não estão subordinadas ao legislador ordinário ou ao poder executivo. O instituto está ligado ao cumprimento da finalidade, a qual

o direito preceituou, localizado no plano de existência do negócio jurídico, e exercitado no plano da eficácia.

Segundo Cambi (2003), ao delimitar o instituto em artigo publicado na Revista dos Tribunais em 1992, propugnou que a propriedade desempenha uma função social quando está voltada à realização de um fim economicamente útil e produtivo, em benefício do proprietário e de terceiros especialmente quando se dá a interação entre o trabalho e os meios econômicos.

O Código Civil (2002), no art. 1.228, § 1º, reafirma a função social da propriedade acolhida no art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, III, todos da Constituição Federal (1988). Na verdade, o Código Civil vai mais além, prevendo ao lado da função social da propriedade a sua função socioambiental com a previsão de proteção da flora, da fauna, da diversidade ecológica, do patrimônio cultural e artístico, das águas e do ar, tudo de acordo com o art. 225 da Constituição Federal (1988) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81).

Assim, um ponto muito importante consubstancia-se em considerar a função social: a) Como um objetivo ao direito de propriedade, ou seja, algo que lhe é exterior, ou b) Um elemento desse mesmo direito, um requisito intrínseco necessário à sua própria existência.

A doutrina mais atual inclina-se a aceitar que a função social da propriedade é parte integrante da propriedade, ou seja, se não houver, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, desaparecendo o direito.

No mesmo sentido, manifesta-se Silva:

"A função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens" (SILVA, 1993, p. 286).

Dessa forma, o poder público, legitimado também pela função social exigida no artigo 5º, XXIII (e não apenas pelo próprio princípio econômico da função social da propriedade, previsto no artigo 170, III), pode promover a intervenção no domínio econômico, bem como exigir do proprietário o cumprimento das disposições legais pertinentes ao atendimento da política urbana ou rural, sob pena de até mesmo sofrer desapropriação-sanção nesta última hipótese.

1.3. Função Social da posse

A função social da posse já não se trata de um tema pacífico em nosso ordenamento jurídico, vez que não tem sido objeto de uniformidade na doutrina por existirem alguns doutrinadores que defendem a impossibilidade da posse cumprir uma função social. O ordenamento pátrio, quando introduziu a função social, com o advento da Constituição Federal de 1988, não propugnou que, a posse deveria cumprir uma função social. Aliás, à posse, com seu nítido caráter fático, não poderia ser cobrada uma funcionalização, quando a relação entre possuidor e bem não se consubstanciava em uma relação jurídica.

Assim, a decorrência normal dos tratados clássicos sobre os direitos reais, nega-se a existência de uma função social a ser cumprida na posse. No entanto, a razão assiste a Aronne (1998) que, seguindo a doutrina de Fachin (1988), concebe também na posse, uma funcionalização do instituto. A velha concepção da relação absoluta entre o ser e a coisa, uma vez relativizada, abre novo espectro, ou seja, há uma relação entre o ser proprietário e o ser não proprietário, em que ambos irão pautar-se de acordos com os limites legais. Sob esta nova perspectiva, também a posse assume uma relação passível de funcionalidade, na medida em que a posse, assim como a propriedade, são instrumentos de produção e circulação de riqueza. A posse é um instituto que tem papéis a cumprir na sociedade, o que significa dizer que a lei imporá limites positivos promocionais colocados em prática pela doutrina solidarista.

O ordenamento pátrio brasileiro, embora não expresse literalmente que a posse tem uma função social a ser respeitada, deixa evidente em vários institutos, que não há como negar sua funcionalização. Claramente podemos mencionar essa situação no instituto da usucapião no Código Civil (2002), na Constituição Federal (1988), nos meios alternativos de utilização de bens e no atendimento à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, seguindo doutrina expendida na Alemanha e refletida no Tribunal Federal Constitucional, segundo Sarlet (1998) o reconhecimento desta proteção às posições subjetivas de direito público por meio da garantia fundamental da propriedade, encontra seu principal alicerce na estreita vinculação entre o direito de propriedade e a liberdade pessoal, no sentido de que ao indivíduo deve ser assegurado um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de tal sorte que possa formatar de maneira autônoma sua existência.

No mesmo sentido Fachin (1998) afirma que “o direito de propriedade também passa a ser um direito à propriedade”, gerando, por conseguinte, um duplo estatuto: “um de garantia, vinculado aos ditames sociais e, outro de acesso”.

Isto se desdobra no direito inerente da pessoa humana ter um patrimônio mínimo, justificando a proteção possessória a quem cumpre a função precípua da terra, gerar riqueza.

Admitir a função social da posse é admitir direito subjetivo ao não proprietário e, fazendo com que ele através da terra, obtenha uma vida digna, assegurando um patrimônio mínimo, e uma existência autônoma. Ao contrário, negar a função social da posse é continuar acreditando que apenas os proprietários têm direito subjetivo sobre a terra que acabam respaldando as doutrinas tradicionais clássicas que entendem na função social, apenas seu caráter negativo.

Considerando a posse, como a exteriorização do poder de um indivíduo sobre a coisa, configura que, quem tem de fato o exercício da coisa tem a posse da mesma assim, podemos mencionar que a função social da posse está presente no tratamento da desapropriação judicial por posse trabalho, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil (2002).

Reafirmando que a posse significa ter a disposição da coisa, utilizando-se dela e tirando-lhe os frutos com fins sócios econômicos, podemos pensar que trata-se do direito subjetivo e centro do direito das coisas, devendo ser analisado à luz da função social consubstanciada na codificação privada e na própria Constituição Federal (1988), especialmente os princípios relacionados a dignidade da pessoa humana e o direito a moradia de qualquer cidadão.

Portanto, cada vez mais vão surgindo medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia dos interesses difusos e coletivos. Assim, o direito de propriedade e a posse esbarram na sua função social e socioambiental, no interesse público, no princípio da justiça social como o art. 3º, III, Constituição Federal (1988), e na proteção do bem comum, que em muitos casos pode estar limitando o princípio da dignidade humana e o direito a moradia propriamente dita, ambos amparados constitucionalmente.

Como vimos o art. 1.228, § 2º, do Código Civil (2002) que proíbe o abuso de direito ou ato emulativo, no exercício do direito de propriedade, cabendo análise das circunstâncias fáticas pelo magistrado sendo visto caso a caso. Assim ainda prevê o § 3º do mesmo dispositivo legal que o proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, bem como no caso de requisição, em caso de perigo público iminente.

Em seguida, o Código Civil (2002) atual inova ao trazer nos parágrafos §§ 4º e 5º do art. 1.228, a denominada desapropriação judicial por posse-trabalho, modalidade de expropriação privada, situação em que um considerável número de pessoas ocupa uma extensa área, por cinco anos (posse ininterrupta e de boa-fé), existindo nessa extensa área

obras consideradas pelo magistrado de relevante caráter social e econômico (posse-trabalho). Essa ideia de posse-trabalho, afirma mais uma vez, a função social da posse.

Podemos notar que a função social da posse vai além da propriedade, ou além dos limites desta, pois não trata a posse da coisa pelos seus valores individuais, mas pela sua função social, função esta que se tem perante a sociedade (coletividade), bem como finalidade primária de tornar os direitos a propriedade mais justos, perseguindo assim a propriedade quanto a sua função social e sócio ambiental (da flora, da fauna, da diversidade ecológica, do patrimônio cultural e artístico, das águas e do ar), para proteção dos direitos da sociedade e das gerações futuras.

CAPÍTULO 2 – A PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. Evolução da Propriedade

Primeiramente, vamos situar a propriedade dentro de uma evolução histórica e seu desenvolvimento através dos tempos, já que se tratar de um direito absoluto, sagrado e inerente a personalidade humana e as alterações que ocorreram no aspecto funcional, passando do individualismo inicial para o coletivo, por exemplo, trouxeram mudanças no que diz respeito aos demais direitos com que se relaciona, em especial a posse⁴.

Podia se notar, mesmo nos primórdios da humanidade, a propriedade com uma identidade elementar e funcional, como visualizou Silvio de Salvo Venosa ao arrazoar que, nesta época, “somente havia propriedade para as coisas moveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca,” sendo que o solo “solo pertencia a toda coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhorio, de poder de determinada pessoa.” Pode se analisar assim, as características da propriedade e a manifestação da sua função social, já que existia apenas propriedade para as coisas que fossem notoriamente utilizadas.⁵

Antes da época romana, o solo pertencia a todos, era da coletividade, da família, não havia o sentido de senhorio, não existia o poder apenas de determinada pessoa. Isto se explica pelas condições de vida e do corpo social de então, podendo ser visto ainda hoje, esta mesma prática, em comunidades primitivas que vivem sem contato com o homem civilizado.

No passado, o homem não vivia preso ao solo, quando diminuía os recursos naturais da caça, pesca e agricultura de determinado território, aquele grupo se deslocava para outras terras, sendo a cultura do solo e a criação de animais, trabalhos feitos em comum.

⁴ Luciano Camargo Penteado destaca que “Norberto Bobbio descrevia, em meados do século XX o fenômeno segundo o qual os sistemas jurídicos tendiam, de uma maneira geral, ao movimento de uma preocupação com uma estrutura para outra, orientada a função.” Segundo o autor, Bobbio “apontava, também como a consideração estrutural do ordenamento jurídico relacionava-se a um tipo de sistema retrospectivo, voltado a espelhar o status quo, com uma preocupação intelectual predominante, enquanto a consideração funcional permitia um ordenamento jurídico construtivo e, a bem da verdade, em constante reelaboração. A estrutura do ordenamento apontaria mais para os elementos que o constituem, as normas, e suas relações recíprocas. A função preocupa-se com a orientação concreta a ser dada no processo de realização do direito, seria o papel de cada elemento do ordenamento, ao atuar nos diferentes casos e nas diferentes hipóteses que ensejas sem atuação do mecanismo.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, p. 176).

⁵ “A princípio foi o fato, que nasceu com espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objeto de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrata, democrática, estatal, coletiva.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direitos reais, vol.IV. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.81).

Ocorre que, com o passar do tempo e a utilização das mesmas terras pelos mesmos povos, nasce uma ligação do homem com essa terra que usa e habita, surgindo então à idéia de propriedade coletiva e posteriormente individual.

Para Arnaldo Wald, a idéia de propriedade surge quando o homem se fixa na atividade agrícola, fazendo com que ocorra uma distinção entre as terras pertencentes ao grupo, ou certas famílias, daquelas consideradas públicas.⁶

O autor explica a fase romana do direito de propriedade: “Os autores romanos lembram a distribuição anual das terras praticada entre os germanos. Em Roma, passamos do *ager publicus* (terras do Estado), concedido precariamente aos súditos romanos, para o sistema de *ager privatus* (terras particulares), inicialmente pertencentes à gens e depois a família e administrado por seu pater. Quando o grupo familiar se torna insuficiente para exploração dos latifúndios, recorre-se aos clientes e aos escravos.”⁷

Segundo Arnaldo Wald, o direito romano distingui três espécies de propriedade, quais sejam, a quiritária, a pretoriana ou bonitária e a provincial:

“A primeira recaía sobre os bens imóveis situados em solo itálico cujos titulares fossem cidadãos romanos. Transmitia-se por atos solenes, como *mancipatio* e a *in iure cessio*, e correspondia a uma espécie de soberania territorial, constituindo uma esfera jurídica fechada denominada pelo pater famílias, cuja autoridade inicialmente não sofria restrições. A ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites do *domus*, gozando a propriedade quiritária inclusive de imunidade fiscal, pois a cobrança de impostos seria uma diminuição a onipotência do chefe de família. O pater exercia então um poder político e jurisdicional, e, naquela fase, o direito romano ainda não distinguia entre direitos civis e direitos políticos, estando a autoridade do pai identificada com a propriedade dos bens de família. (...) Mas, como existiam coisas que não eram *res Mancipi*, e, por outro lado, certos bens *Mancipi* eram, em determinadas ocasiões, transferidos a terceiros de boa fé, se a observância das solenidades necessárias, os pretores sentiram a necessidade de conceder uma proteção especial àqueles que, embora não sendo titulares do *dominium ex iure quiritium*, estavam na situação de verdadeiros proprietários. Surgiram assim as *legis actiones*, criadas pelos pretores em favor dos proprietários de coisas não *Mancipi* ou então de coisas *Mancipi* não transferidas com as solenidades necessárias. Essa nova propriedade, cujos fundamentos encontram-se na equidade aplicada pelos magistrados, denominou-se pretoriana ou bonitária. Posteriormente, as províncias foram incorporadas ao Senado ou ao imperador e outro baseado em concessões feitas pelas autoridades àqueles que usavam e gozavam realmente das terras. Era um sistema não muito diferente da nossa atual enfiteuse”.⁸

⁶ WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das coisas. V.4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

⁷ WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das coisas. V.4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

⁸ WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das coisas. V.4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124-125.

Posteriormente, foram surgindo distinções entre os tipos de propriedade e o desaparecimento dos modos solenes para sua transmissão.⁹

Grande parte da doutrina, dentre elas Maria Cristina Cereser Pezzella, adota como surgimento da função da propriedade no Direito Romano, que tinha submissão do exercício de propriedade ao interesse social, manifestando-se assim. Verbis:

“Os juristas romanos não se preocuparam em desenvolver formulações abstratas para a fundamentação e discussão teórica do Direito. Diferentemente da cultura grega, a cultura romana não era propensa a especulações filosóficas e dirigia sua atenção para obtenção de soluções concretas que atendessem as necessidades de cada momento de sua evolução política, econômica e social. Assim, quem analisar o Direito romano apenas a partir das formulas elaboradas pelos juristas para a solução dos casos concretos vai encontrar um emaranhado de situações divergentes e contraditórias, tornando impossível a obtenção de uma síntese do pensamento jurídico romano. A unidade do Direito romano pode ser melhor entendida se observados os princípios nos quais os romanos fundamentam o Direito. Embora admitindo a sociedade romana como uma sociedade de desiguais, sobre todos aplicava-se um Direito cujos princípios de tradição, da liberdade, da fidelidade, da humildade, etc, eram respeitados nas formas e fórmulas de expressão do Direito. Esta parece ser a grande chave para entender o Direito romano: mais do que ler e transcrever textos de seus juristas, é preciso entender seus princípios que fundamentam cada um destes textos. O direito de propriedade muito bem ilustra esta conclusão. Embora muitos intérpretes medievais e modernos do Direito romano tenham identificado como característica preponderante do direito de propriedade em Roma o absolutismo, isto não se pode admitir nem em sua época mais primitiva pois, como se demonstrou neste estudo em exemplos concretos retirados das fontes romanas originais, desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social. A submissão do exercício da propriedade, inicialmente ao interesse de grupos aparentados e, posteriormente, a sociedade toda, evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica marcante da propriedade romana, como alguns romanistas o fizeram, pois mesmo quando exercida individualmente, a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social”.¹⁰

Na Idade Média todos os tipos de propriedade, mormente a propriedade sobre terras, situava-se em um plano específico e quem possuía terra livre sem prestar serviços aos

⁹ “A raiz histórica do nosso instituto de propriedade vai-se prender no Direito Romano, onde foi ela individual desde os primeiros monumentos. Dotada de caráter místico nos primeiros tempos. Mesclada de determinações políticas. Somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que dominação nacionalizava a terra conquistada. E a técnica de aquisição -mancipatio-, um cerimonial tipicamente romano, restringia o fenômeno e limitava o domínio ex iure quiritum. Mais tarde estendeu-se o ius commercii aos estrangeiros, apliou-se a suscetibilidade da aquisição ao solo itálico, e depois alem deste; e a par daquela modalidade aquisitiva hermética, surgiram novos usos e os jurisconsultos elaboraram novas técnicas: traditio, in iure cessio”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direitos reais, vol. IV 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 81-82).

¹⁰ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Propriedade privada no direito romano. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 217-218.

senhores era um proprietário frágil, imperando a velha máxima feudal *nulle terre sans seigneur*.¹¹ Realmente nesse tempo, no alto da escala social, situava-se o senhor, onde se confundia o direito de propriedade e a jurisdição política. No plano inferior, encontrava-se o servo, o vassalo, o semilivre, que na maioria das vezes era obrigado, através da violência, a fornecer mão-de-obra aos senhores, não eram senhores do solo. Não raro, os humildes eram despojados de suas terras pelos poderosos, havia uma clara distinção dos fundos nobres com os fundos plebeus.

O território passa a ser sinônimo de poder e a idéia de propriedade está ligada à idéia de soberania nacional. Fica claro que a Idade Média modificou o panorama romano de propriedade, precisamente por rejeitar o seu modelo exclusivista e introduzir um novo modelo que admite até mesmo “superposição de domínios de densidades diferentes que se mantinham paralelos uns aos outros”.¹²⁻¹³ Esclarece Arnaldo:

“A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder público e a propriedade das terras criaram uma identificação entre a soberania e a propriedade. Distingui-se, desse modo, entre o *dominium directum* ou eminente, que pertencia ao senhor, e o *dominium utile*, pertencente ao vassalo. Havia uma delegação de poderes do suserano ao vassalo e a criação de certas obrigações de caráter financeiro e militar do vassalo em relação ao suserano. A hierarquia dos feudos corresponde a hierarquia das pessoas. (...) O vínculo entre o suserano e o vassalo abrange, pois, o dever de solidariedade e fidelidade e uma série de encargos fiscais e militares que o segundo tem em relação ao primeiro. Pouco a pouco, a consistência desse vínculo diminui, com fortalecimento do poder real, limitando-se ao direito de exigir certo pagamento do vassalo. Vemos o poder político inicial transformando-se em prestação pecuniária, encontrada na enfiteuse (*foro e laudemio*). Ao mesmo tempo, admite-se que os feudos possam, em virtude da prescrição, tornar-se terras alodiais (propriedade plena de seus titulares). Contra as terras alodiais, certos costumes (leis locais) defendiam a máxima *nulle terre sans seigneur*, exigindo que cada terra tivesse o seu senhor feudal. Em reação, outro adágio do sul da França exigia do senhor a prova de seu direito e lembrava a inadmissibilidade do poder de quem não tivesse o título: *nul seigneur sans titre*.”¹⁴⁻¹⁵

Foi longa a luta contra tal estado de coisas e somente com a Revolução Francesa aboliu-se os privilégios da nobreza, na noite de 04 de agosto de 1789, onde a nobreza e o clero renunciaram a seus privilégios, suprimindo-se, então, a condição de servo, a jurisdição

¹¹ Bugri, *Instituciones de derecho civil*, p. 177.

¹² WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das coisas*. V.4. São Paulo: Saraiva, 2009, p.126.

¹³ “A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário. Sobre o mesmo bem há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio domínio eminente + domínio útil. O titular do primeiro concede direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços e rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela” (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 115).

¹⁴ WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das coisas – vol.4*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*, vol. IV. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.81-82.

senhorial e outras regalias. Assim, o direito de propriedade se destaca dos direitos políticos, garantindo a seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites da regulamentação legal existente (art. 544 do Código Napoleão).¹⁶

Esta fase histórica do direito de propriedade foi uma das mais importantes e marcantes e Miguel Reale mostra as características do direito tendo como indicativo o artigo 544, do Código de Napoleão. *Verbis*:

“Quanto ao direito de propriedade, vale a pena esclarecer o sentido real do famoso art. 544 do Código Civil de Napoleão, cujo teor é o seguinte: “A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”. Por longo tempo prevaleceu o entendimento de que, com essa disposição, restabelecia-se a concepção romana clássica sobre o direito que teria o proprietário de usar e abusar (*uti e abuti*) de seus bens, a seu bel-prazer, não tendo outro limite senão os critérios estabelecidos por sua própria vontade. A visão romana e feudal da propriedade fundiária, ainda dominante na obra de Pothier, ajudava a aceitar-se tal exegese. Como nota Arnaud, em cujas análises nesse passo me louvo, nem mesmo um historiador do direito do porte de Gioiele Solari, em seu admirável estudo sobre Direito privado da era individualista, teria deixado de dar apoio a tese do retorno ao Direito Romano pelo legislador francês do início do século passado. Na realidade, a posição de Dolari é bem mais complexa, pois, se ele reconhece a influência do Direito Romano, sobre o Direito emergente da Revolução Francesa, não deixa de assinalar que, no clima renovador da Ilustração, as antigas idéias assumiam um sentido novo. Não há dúvida que o tempo era propício a uma concepção voluntarista do direito de propriedade, sobretudo a luz do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que considerava a propriedade “um direito inviolável e sagrado”, de cuja fruição o seu titular só pode ser privado em caso evidente de necessidade pública legalmente constatada, e sob a condição de justa e prévia indenização, o que tornou a desapropriação por utilidade ou necessidade pública uma das componentes essenciais do Direito Administrativo recém instaurado com base na garantida autonomia do indivíduo perante Estado, mais o espírito do Código Civil não é do Direito Romano. Parece-me que assiste razão a Arnaud quando afirma que era estranho aos textos romanos o pensamento subjetivista e individualista que inspirou o citado art. 544, sendo inegável que ele correspondia às aspirações da burguesia, a qual, como observou Benedetto Croce, iria tornar-se, ao longo do século XIX, menos uma classe do que um estado de espírito, isto é, um tipo de civilização. É nesse contexto de diretrizes teóricas que deve ser situado o emprego da expressão ‘direito de fruir e de dispor dos bens de maneira absoluta’, mas sem olvido dos fatores históricos conjunturais ligados à congêrie de leis e regulamentos – de fonte régia, canônica ou costumeira – que no Ancién Régime entrava tanto a atribuição do direito de propriedade como seu exercício. O que o legislador do Código Civil pretendia é que a disciplina de propriedade passasse tão somente a ser regida por ele, de tal modo que a absolutização da lei civil

¹⁶ “a Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel (*vilis mobilia possessio*), concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, e o Código por ele gerado –Code Napoléon– que serviria de modelo para todo um movimento codificador do século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de “código da propriedade”, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel fonte de riqueza e símbolo de estabilidade.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direitos reais, vol. IV. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83).

redundasse em plena garantia dos direitos individuais. Somente essa interpretação explica por que, num mesmo artigo, o direito de propriedade seja declarado absoluto, e, sem contradição, por ter seu uso proibido pela lei e pelos regulamentos. Os autores do Código Civil não ignoravam, por conseguinte, as limitações inevitáveis do direito de propriedade, que iriam ser cada vez mais acentuada à medida que, na segunda fase do Direito Moderno – após a crise da Escola de Exegese, projeção imediata e direta da legislação de 1804 – iria se desenvolvendo o capitalismo industrial em contraste com imperativos de ‘socialização do direito’¹⁷.

A doutrina demonstra que o direito de propriedade, nessa fase da história, serviu de modelo para uma verdadeira revolução social, política e econômica, onde esse novo padrão de Estado, no qual a liberdade, a igualdade e a fraternidade foram expressões que serviram de inspiração ideológica, mesmo que com um conteúdo formal, sem a conotação substancial conferida nos dias atuais.¹⁸

Pontua Arruda Alvim que dos referidos símbolos, a fraternidade não foi operada no plano histórico, mostrando como a propriedade foi aproveitada para externar os ideais revolucionários:

“Ficando com as noções de igualdade e liberdade, nós devemos dizer que é constante na literatura dos séculos XIV, XV e XVI, a identificação do direito de liberdade como sendo, necessariamente, subjacente a noção de propriedade. Portanto, tanto a noção de liberdade como de propriedade, avultaram quando desembocou na história a Revolução Francesa. E isso levou a que? A que a propriedade fosse havida com um sentido de direito absoluto, um direito sagrado, não só ponto de vista estritamente enigmático, mas, além disso, verificamos que estava profundamente pejada de uma carga semântica através da qual enfatizava essa expressão – direito absoluto – e, ainda, de uma carregada de significação ideológica. Portanto, a propriedade foi um dos pilares sobre os quais se montou o direito do século XIX”¹⁹.

Não obstante o cenário exposto, ressalta Alvim que ainda não era clara a “relação de pertinência entre o sujeito e a coisa”, no sentido de que “aquele que era o proprietário seria aquele que operaria a coisa”. Segundo o jurista, tal relação somente veio adquirir nitidez “firme e duradoura, no Código de Napoleão, no limiar do século XIX, expandindo-se para outros diplomas e, como que, estabelecendo um modelo”.²⁰ A partir de então, “a propriedade assumiu, no Código Civil francês, em meados do século XIX, uma ‘identidade’ entre o dominus e o efetivo senhor da coisa, isto é, estabeleceu-se uma relação de pertinência genuína ou verdadeira (o quanto possível) no seguinte sentido: aquele que era o proprietário seria

¹⁷ REALE, Miguel. Nova fase do direito moderno. São Paulo: Saraiva, p. 89-90.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

¹⁹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Função Social da Propriedade (Palestra proferida no II Simpósio Nacional de Direito Civil). Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba: Juruá Editora, n.1, 2006, p. 12.

²⁰ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; Alvim, Thereza (coord.) Comentários ao código civil brasileiro. v. 11. Rio de Janeiro: Forense – no prelo.

aquele que operaria a coisa, e não existiria mais, como não veio efetivamente a subsistir, um mecanismo institucionalizado consistente em que o dominus nada fazia e outrem permanentemente operava a coisa, para produzir riquezas, substancialmente, em benefício daquele, como na Idade Média.”²¹ Diz o doutrinador:

“Com a Revolução Francesa, a liberdade idealizada, praticamente absoluta, e que veio a ser largamente pregada e concretizada, no campo do direito obrigacional, serviu à burguesia, para o fim de lhe proporcionar condições ideais ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades, isto é, ao lado da assunção do poder político, criar as condições necessárias à expansão de suas riquezas. No campo do direito das coisas, igualmente servindo aos interesses da burguesia, a enfatizada estrutura rígida desse direito de propriedade e dos direitos reais veio a proporcionar segurança ao ‘novo’ proprietário, personagem social, em grande escala coincidente com o burguês. Isto é, constitui, tal sistema rígido, informador do direito das coisas, um repositório de segurança, onde tal classe social podia alojar e manter o patrimônio de que era detentora (acumulado, em escala acentuada, muito antes da Revolução Francesa), e que resultou multiplicado no tecido jurídico-social representado pelo regime do liberalismo, ainda que se debitem a isso efeitos indesejáveis, que recaíram em outros segmentos sociais. Esta florescência da burguesia, em verdade, trouxe o sacrifício de outros segmentos da população. E a repercussão dos efeitos colaterais de um capitalismo sem barreira gerou problemas extremamente sérios, mercê dos segmentos imensos da sociedade, que foram injustiçados. A reação se fez produzir, também no campo do processo, mas primariamente, por intermédio de proteção do direito material. (...) Afeiçoaram-se, desta forma, mercê da cristalização dessas fisionomias, tanto do direito obrigacional quanto do direito das coisas, aos interesses econômicos da burguesia, classe ascendente e que concretizou sua situação assumindo o poder por meio dos parlamentos. O sistema político do feudo foi marcado por um caráter público, que veio perdendo razão de ser. Alterou-se, mercê de profunda modificação da economia, a fruição da terra, que passou a ser animada por um caráter dinâmico e ‘empresarial’. O perfil da propriedade, ou, mais precisamente, os perfis do direito de propriedade na Idade Média, cederam lugar, diante da avocação pelo Estado de poderes que precedentemente cabiam ao senhor feudal (juntamente com funções públicas), a que viesse a ser imprimida uma configuração menos complexa a esse direito desvinculando-o de ônus e desdobramentos passou-se a ter uma propriedade essencialmente privada, baseada na racionalidade econômica. Tais acontecimentos mudaram as relações entre o Estado e os particulares, alterando o direito privado. Em relação à Idade Média e ao sistema feudal, e ao instaurado pela Revolução Francesa, o que se alterou é que, nesta, a lei escrita assumiu o primado da disciplina social, quando, anteriormente, era ao costume que cabia tal primado. Com essa assertiva significamos que a tipicidade se constituiu, com seu perfil moderno, numa criação principalmente do Código de Napoleão, com inspiração no direito romano. Por certo, não deixamos de reconhecer que, ao longo da história, do direito das obrigações, sempre existiu liberdade, e, no direito das coisas, sempre houve restrições a configuração dos modos por meio dos quais se configuram ex lege os direitos reais e se pode realizar o tráfego jurídico. (...) O que colimamos acentuar, todavia, é o caráter

²¹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; Alvim, Thereza (coord.) Comentários ao código civil brasileiro. v. 11. Rio de Janeiro: Forense – no prelo.

extremado que assumiram nessa quadra histórica, tanto direito das obrigações quanto os direitos reais, estes quanto a sua rigidez e aqueles quanto ao imenso âmbito deferido à prática de autonomia privada, ou seja, a ênfase que foi imprimida ao exercício de uma quase que irrestrita liberdade no campo do direito obrigacional. Vale dizer, a intensa justificação ideológica, lastreada em segmentos da sociedade que lhe emprestavam legitimidade, que antecedeu essa nova ordem jurídica (que se constituiu, com o Código Napoleão, em paradigma para as nações européias), continuou com ela convivendo, sucedendo-a, mesmo. Igualmente procuramos enfatizar a excelência assumida pela estrutura dos direitos reais, o que deixa evidente que as ordens jurídicas devem ser adequadas aos interesses que se objetivam realizar por seu intermédio, e, bem assim, devem, para ser eficientes e duráveis, estar permeadas por essa carga ideológica, conducente à sua plena e integral aceitabilidade. Dos textos dos arts. 544 e 545 do Código Civil francês inúmeros doutrinadores, pelo menos no século passado, recolheram, nas primeiras leituras, que, de resto, perduraram bastante tempo, até mesmo a possibilidade legítima de o proprietário abusar de seu direito de propriedade, se avaliada situação ou conduta à luz da ótica de nossos dias, ou seja, o direito de, em se comportando como proprietário, vir mesmo exercer o direito de proprietário de uma maneira a prejudicar outrem, sem benefício próprio (...). Colocou-se, portanto, a propriedade, num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário.²² (...) Portanto, dada a já mencionada anterioridade do homem em relação ao Estado, a este último cabe criar condições para que se preserve e se proteja a propriedade cujo perfil deve considerar outros valores, além do direito de proprietário, preservando os elementos que concernem à natureza idônea de uma relação de pertinência (o quanto possível) no seguinte sentido: aquele que é o proprietário deve ser aquele que opera a coisa”.²³

Já no século XIX, Arruda Alvim também reconheceu a existência de uma função social da propriedade, além das outras características estruturais. Diz o autor:

“Poder-se-ia dizer, portanto, e se diz a meu ver com algum equívoco – que o direito do século XIX seria destituído de função social. A meu ver, isto é um grande equívoco histórico e uma análise do presente com caráter depreciativo do passado. Eu diria que o século XIX também teve uma função social. É claro, uma função social que se desgastou ao longo do tempo e se mostrou insuficiente para resolver os problemas que vieram se avolumando desde a segunda metade do século XIX. Mas, de qualquer maneira, nos podemos dizer que a marca da função social do século XIX, em relação ao direito de propriedade era de que a propriedade se mostrava como uma espécie de garantia de liberdade, ou mesmo uma condição da própria liberdade. E em relação ao contrato, verifica-se intensa extensão de liberdade adjudicada aos contratantes com uma área imensa deferida a autonomia privada, e que só não poderia se exercer essa liberdade contratual em face

²² Diz Arruda Alvim que, “reconhecendo esta visão individualista da propriedade, condizente com o contexto intelectual e ideológico absolutamente reinantes na época, o papa Leão XII recuperando, como se disse, raízes medievais do pensamento cristão, na encíclica *Rerum novarum* propugna pela defesa do direito de propriedade, mas em conformidade com a natureza do homem” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; Alvim, Thereza (coord.) Comentários ao código civil brasileiro. v. 11. Rio de Janeiro: Forense – no prelo).

²³ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; Alvim, Thereza (coord.) Comentários ao código civil brasileiro. v. 11. Rio de Janeiro: Forense – no prelo.

das normas de ordem pública e dos bons costumes, escassas aquelas, como consta do Código Civil francês, que foi o grande modelo dos códigos europeus. E essa realidade representava à época a noção de justo, sendo, aliás, constante a frase na literatura francesa segundo a qual: ‘Quem diz contratual diz justo’, como já se apontou. Mas também é claro que vários juristas – a meu ver com mais razão do que estes que hoje não reconhecem uma significação social do Direito no século XIX – dizem que em realidade o direito das coisas que se montou como um sistema disciplinado em princípios herméticos, um modelo claro de segurança jurídica, teria servido para a burguesia colocar os valores que já tinha precedentemente a Revolução Francesa (porque era classe detentora do poder econômico, mas não do poder político), e que o contrato serviu enormemente para que a burguesia aumentasse seu poderio econômico, em face da autonomia privada que lhe era largamente deferida em clima de ampla liberdade. Colocaram-se, então, como condições fundantes do capitalismo a propriedade e a liberdade. E, na realidade, a Europa se enriqueceu enormemente ao longo do século XIX. Deve-se dizer também que essas noções de propriedade e de contrato se enquadraram e se dessumem do próprio modelo do estado do século XIX, que foi um modelo liberal, um estado liberal, na verdade, um ‘estado polícia’. Estado polícia porque na verdade as suas funções se circunscreviam, única e exclusivamente, a uma ordem jurídica mínima. Os textos constitucionais ‘não se imiscuíam’ na disciplina do Direito Privado. No mais, havia a liberdade plena na esfera privada, civil e comercial. Era, portanto, um estado absenteísta, deixando transparecer que a melhor maneira de viver, ou afirmando-se que a melhor maneira de viver era esta: da garantia do direito de propriedade e com esta larga escala de liberdade na esfera obrigacional e contratual. Como se disse, a propriedade se colocava como uma condição do próprio sentido de liberdade. E na esfera contratual, aquele que fizesse contrato seria havido pagar como tendo realizado justiça. Isto é o que realmente marcou o século XIX. O sujeito de direito era o indivíduo (o burguês), e todos os indivíduos eram assumidos pela ordem jurídica como iguais (igualdade formal), sem se preocupar o legislador com as desigualdades de fato. É claro, todavia, que esta noção de propriedade como direito absoluto era fundamentalmente centrado no indivíduo, que foi o grande personagem do século XIX. E evidentemente não havia se quer a preocupação de legitimar o direito de propriedade em referenciais externos ao indivíduo.²⁴⁻²⁵ Como o visto, Arruda Alvim expõe com clareza a existência de um conteúdo funcional para a propriedade já no século XIX, obviamente voltado para satisfação dos ideais individuais de sua época, sem

²⁴ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Texto introdutório ao Livro III – Do Direito das Coisas. In: ALVIM, José Manoel de Arruda; Alvim, Thereza (coord.) Comentários ao código civil brasileiro. v. 11. Rio de Janeiro: Forense – no prelo.

²⁵ No mesmo sentido, diz Teresa Arruda Alvim Wambier: “(...) O mesmo respeito e a mesma confiança que depositava, a classe emergente, no texto da lei, como única forma de liberação das arbitrariedades da nobreza era destinada ao instituto da propriedade. Desde o século XVII os burgueses produziam riquezas e não conseguiam ascender, não sendo considerados a elite social. (...) Viam os burgueses, na propriedade, a garantia a ascensão social. A rigidez dos dispositivos, que tratam dos direitos reais, tanto do Código de Napoleão (art. 544) quanto do Código Civil de 1916, eram refluxo da insegurança com que a classe ascendente ou emergente tinham, antes, que conviver. O mesmo se diga quanto ao caráter absoluto do direito de propriedade, direito real que é. (...) Neste contexto pode-se entender, de forma mais clara, o significado da idéia de que a propriedade deve ter uma função social e, ironicamente, pode-se, assim, dizer que, para os burgueses, a propriedade terá exercido também a sua função social. A função social condizente com a época e com as necessidades dos que, então, eram os menos favorecidos. Havia, então sintonia integral entre o direito e a ideologia que o legitimava” (ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. Clausulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken et al (Coord.). Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT 2007, p. 537).

qualquer conotação voltada para a legitimação do direito. O jurista, contudo, consigna que, diante dos problemas sociais que se avolumaram imensamente no século XIX, houve a falência do Estado Liberal e da própria concepção de Estado, sendo que “as grandes alterações foram alavancadas a partir das constituições”.^{26,27}

Houve durante essa transição para uma nova fase da propriedade grande desafio, e Arnaldo Wald expõe essa situação, principalmente no que tange a realidade econômica. Vejamos:

“O Estado moderno tenta conciliar o dirigismo econômico com o liberalismo político. Não se satisfazendo mais com a função de assegurar a ordem e de defender seus nacionais. O Estado moderno tornou-se um comerciante, um industrial, um fiscal da produção nacional, das importações e das exportações, criando organismos adequados, sob a forma de autarquias, sociedades de economia mista ou empresas públicas, para atender à diversidade de suas atividades. Novamente, como no direito romano primitivo e no direito feudal, a propriedade não pode ser encarada, em todos os casos, como instituto regido exclusivamente pelo direito civil, pois algumas vezes pode revestir forma política para a independência econômica do País. As mesmas razões políticas que faziam reservar o domínio quirritário do solo itálico aos romanos, e que, posteriormente, impuseram na Idade Média o ‘domínio direto’ dos membros da nobreza sobre os feudos, militam hoje no sentido de nacionalizar ou de atribuir ao Estado a exploração de certas indústrias básicas, como a exploração de minérios estratégicos ou do petróleo. (...) Examinando e explicando essa socialização da propriedade, os autores invocam o conceito de direito como função social, a teoria do abuso do direito e outras a fim de submeter o interesse individual às exigências do bem-estar comum. Na realidade, assistimos uma fase do predomínio do social sobre o individual. Os direitos do homem mereciam uma garantia especial quando o Estado representava uma minoria dos membros da comunidade. Dentro do plano democrático, havendo coincidência da maioria com o Estado, a noção predominante torna-se a de utilidade pública, sem prejuízo do reconhecimento dos direitos intangíveis do indivíduo. O aperfeiçoamento das técnicas e o controle prodigioso sobre as forças naturais não se coadunam mais com o sistema do liberalismo do Estado fisiocrata, e tenta-se encontrar uma adequada conciliação entre a intervenção econômica dos poderes públicos e a manutenção do regime democrático. (...) A onda de socialização tem revestido de diversas formas, desde a absorção pelo Estado de todos os bens de produção, como ocorreu na antiga URSS, até a nacionalização de certas indústrias básicas ou de certos ramos de comércio como aconteceu em certos países democrático. Cabe salientar que, a partir de 1980, assistimos no mundo inteiro - inclusive no Brasil - a um movimento de privatização com a redução das dimensões do Estado. (...) Por outro lado, além de excluir da propriedade individual certo tipo de bens, pela

²⁶ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Função Social da Propriedade (Palestra proferida no II Simpósio Nacional de Direito Civil). Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba: Juruá Editora, n.1, 2006, p. 13-14.

²⁷ “O fundamento da função social da propriedade, embora sua adoção como norma seja recente nos sistemas de direito, se insere em um debate de há tempos. Sua introdução em constituições contemporâneas deveu-se ao fato de se procurar corrigir o liberalismo. Este apregoava que o exercício de titulação proprietária orientado pelo norte de interesse individual implicaria bem estar social. Garantia, em sua formulação originária, que a mão invisível conduziria os agentes econômicos a um porto seguro. Os movimentos sociais, quer de inspiração cristã, quer de inspiração materialista, entretanto, apontaram para as deformações de um sistema econômico liberal, base de um direito privado protetor da propriedade de um modo incondicional, como se via no CC fra 544.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, p. 181).

socialização ou pela nacionalização, o direito hodierno restringe quanto a outros bens, o modo de utilização, por intermédio de leis especiais que limitam os atos passíveis de ser praticados pelo proprietário. Assim, por exemplo, as leis do inquilinato cerceiam o uso que o titular do direito de propriedade pode fazer de seus bens. Alguns doutrinadores denominam este último movimento, que diminui a intensidade e não a extensão do direito, humanização da propriedade. Na realidade, trata-se de aspectos diferentes de uma mesma realidade social, de técnicas diversas que visam ao mesmo fim. (...) Vimos, assim, a evolução do direito de propriedade, diretamente vinculado às condições econômicas e políticas do momento, oscilando entre a exclusividade romanista e a dispersão ou superposição medieval, ora com amplas garantias para o seu titular, ora dependendo do interesse social, representado pela vontade estatal. É, assim, um dos conceitos mais maleáveis do direito, adaptando-se sempre às contingências do momento, como verdadeiro instrumento do equilíbrio social, procurando conciliar as exigência, muitas vezes antagônicas, da segurança e da justiça, dos interesses coletivos e individuais.²⁸

Verifica-se que a configuração de propriedade depende do regime político. Podemos dar exemplo, na extinta URSS, onde se admitia a propriedade exclusiva sobre os bens de consumo pessoal e a propriedade usufrutuária de bens de utilização direta, isso no âmbito da economia privada (o indivíduo tem propriedade sobre sua casa, móveis, dinheiro ou valores mobiliários), mas, na economia pública os bens de produção são socializados (indústrias, meios de transporte, minas, águas etc.). O camponês, por seu turno, só tinha de seu a isbá (cabana) em que sempre morou. Havia limitação de empregados das empresas comerciais ou industriais, sendo malvisto o trabalho de alguém para outrem, mesmo diante do pagamento, entendiam ser uma exploração do homem.

Nos países ocidentais, a propriedade vem sofrendo mudanças no que diz respeito ao seu caráter absoluto, embora sem o conteúdo idêntico de suas origens históricas a propriedade individual ainda subsista. Dessa forma, o conceito de propriedade perde sua condição de absoluto, ficando sujeita ao cumprimento da função social, coibindo e impedindo que o exercício do direito de propriedade acarrete prejuízo ao bem-estar social.

Não podemos deixar de ressaltar a importância do jusnaturalismo católico, que também foi responsável pelo declínio da visão individualista reinante após a Revolução Francesa, e que constitui a cumeira da doutrina jurídico-político-social da Igreja católica ao longo da história moderna. Uma das manifestações históricas de maior repercussão foi a encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891, tematizando a questão operária e a dignidade do trabalho, fazendo referência a propriedade particular e pessoal como

²⁸ WALD, Arnaldo. Direito civil: direito das coisas. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p.124.

direito natural do homem. Assim, referidas orientações religiosas, por terem legitimidade divina, influenciaram extremamente na concepção da função social da propriedade.

Na doutrina, apesar de verificarmos a manifestação do aspecto funcional da propriedade desde os primórdios da história, foi somente no século XX que surgiu um estudo mais específico do instituto com Augusto Comte e León Duguit. Entretanto, arrazoa Carlos Roberto Gonçalves que “Duguit é considerado o precursor da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para o qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto a gestão de seus bens, com o funcionário”²⁹⁻³⁰

Analisando o conteúdo até aqui exposto, nota-se que o direito de propriedade se ajusta diante de influências sociais, econômicas e políticas, seja no aspecto funcional ou estrutural. Vê-se a potencialidade do direito como instrumento de concretização das cargas ideológicas reinantes em cada fase da história do Estado, projetadas pela Constituição Federal.

Sendo as constituições modernas voltadas para o aspecto social, verifica-se certa carga ideológica do direito de propriedade ultrapassando o direito privado e tendo uma configuração política, social e econômica de institutos de direito público.

Paulo Luiz Netto Lôbo arrazoa que, esse fenômeno ultrapassa o direito de propriedade, podendo ser visto no evolvido direito constitucional e civil. Verbis:

“O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu o seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, como o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, mas sem interferência do Estado e sem consideração aos interesses sociais. As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, principalmente as obrigacionais, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. V 5. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 220-221.

³⁰ DUGUIT, León. Las Transformaciones Generales Del Derecho privado desde El Código de Napoleón. 2 ed. Madri, Librería Española y Extranjera.

Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social. Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade. Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas Origens”.³¹

Diante das análises feitas, faz jus à referência a doutrina explicativa do tratamento constitucional atribuído a direitos privados, fruto da denominada constitucionalização do direito privado, onde Gustavo Tepedino ilustra que a Constitucionalização do Direito Civil não pode ser reduzido a um “mero deslocamento topográfico de garantia incidente sobre relações privadas, atribuído a morosidade do legislador ordinário, à contingência política passageira ou à mera atecnia.”³² Arrazoa o autor no seguinte sentido:

“Dois dos sentidos possíveis para a Constitucionalização do Direito Civil vêm sendo hoje cada vez mais reconhecidos pela doutrina, na esteira da difusa admissão, antes aludida, por autores portugueses e brasileiros, da eficácia horizontal dos direitos e garantias individuais. Não há dúvida que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, reclamando uma leitura civil conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas. Tais efeitos, contudo, embora alvissareiros, no sentido de se construir um sistema harmônico das fontes legislativas, atribuindo-se à Constituição papel central da unificação do ordenamento e considerando-a norma jurídica, não esgota, no plano da eficácia social, o impacto da Carta Constitucional nas relações de direito civil. A este respeito, corrobora-se a objeção à qualificação do direito civil como mero direito constitucional concretizado: ‘Por detalhado que seja, o conjunto dos direitos fundamentais não forma uma ordem acabada e fechada, de que dedutiva e mecanicamente se possam inferir as regulações concretas que moldam as relações civis’. Entretanto, como também aqui se souber ressaltar, ‘o espectro das suas valorações tem que se situar dentro dos parâmetros constitucionais de ordenação, com respeito pelo papel de integração do sistema que, em última instância, a estes cabe (...) O enquadramento constitucional fornece as bases para um permanente zelar para que o direito civil não acolha soluções contrastantes com os valores da pessoa que, em primeira linha, deve servir’. Vê-se, ao contrário, que o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica. Eis o terceiro significado, e o mais importante, trazido pela constitucionalização do direito civil. Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das

³¹ LOBÔ, Paulo Luiz. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4-5.

³² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional. Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma redução qualitativa dos espaços de autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária. O papel do legislador, da magistratura e da doutrina, no âmbito do direito civil, adquire maior importância, empenhados não em dar forma racional a uma realidade que lhes é oferecida pela história, como queria a Escola da Exegese, mas em construir bases objetivas para a realização de um direito civil que corresponda à tábua de valores previstos constitucionalmente, engendrando-se as técnicas e os critérios interpretativos, bem como uma renovada dogmática, capazes de atender aos desafios suscitados pelo sistema de fontes. Confirma a linha de argumentação até aqui proposta o exame da legislação posterior a 5 de outubro de 1988. A vigência do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, em particular, tem sido fecunda na experiência brasileira: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que não encontravam lugar, nem expressa nem implicitamente, no Código Civil, remodelam a atuação da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte. O legislador e a jurisprudência mais atenta estabelecem o nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais. Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou em doutrina, ‘a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional’. A análise serve de base para ulterior conclusão: ‘a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional’. (...) Pode-se dizer, em conclusão, que uma reforma legislativa, na atual experiência brasileira, só se justifica com a adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição”.³³⁻³⁴⁻³⁵

³³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41/46.

³⁴ Luciano Carmargo Penteadó, por seu turno, diz que, “por direito civil constitucional, entendem estes doutrinadores, configura-se novo perfil metodológico para o direito privado. Trata-se de, diante da unificação dos princípios jurídicos conferidas pelos textos políticos contemporâneos, notadamente por força da adoção de disciplina para a ordem econômica (direitos privados patrimoniais), da garantia dos direitos de personalidade e

Neste breve cenário histórico do Direito de propriedade, confirma-se que o homem é, por natureza, propenso a apropriar-se das coisas que lhe interessam. O "ter" sempre representou papel relevante perante o "ser". Ter é poder. Por longos séculos a propriedade afigurou-se como fundamental razão de ser do homem. Dessa forma, os ordenamentos jurídicos sempre buscaram conferir proteção absoluta e exclusiva aos bens sobre os quais alguém exerce direito de propriedade.

Todavia, o exame histórico tem comprovado que a ambição e o egoísmo provocaram séria disparidade social e insatisfação popular. Assim, aos poucos, levou o homem a reconhecer uma nova escala de valores, dando ao ser humano a devida importância, em detrimento do patrimônio. Foi então que surgiram as noções de função social e abuso de direito, que limitaram a propriedade.

Ainda que por razões econômicas, políticas e sociais, junto com a importância conferida aos elementos estruturais, em especial para a consolidação da liberdade, ofuscou-se a função social da propriedade na vigência do chamado Estado liberal, sendo essa ideologia posteriormente recriminada em razão das desigualdades substanciais proporcionadas.

Nota-se, que com a evolução do Estado, no que tange ao aspecto social, teve grande repercussão no direito privado, e vemos os textos constitucionais manifestando sua ideologia por meio de princípios apurados a partir de institutos tipicamente privados, tendo como exemplo a propriedade, a família, a empresa, a posse e a herança.

Conclui-se que, sem perder sua essência como direito fundamental intrínseco à pessoa humana, a propriedade serve de instrumento para concretude de princípios constitucionais, porém, quando for colocado o direito patrimonial do proprietário na balança da justiça juntamente com a dignidade da pessoa humana, o prato só deve pender para esse último.

2.2 Evolução no Brasil

da tutela das relações familiares (direitos privados extra-patrimoniais), de partir da análise que a carta magna faz das relações privadas para depois estudar o Código, a lei ordinária. (...) Enquanto perspectiva metodológica, a escola, entretanto, em nada inova. Nada mais se trata de que um neo-positivismo que, ao invés de centrar-se no Código, centra-se na Constituição para descer depois ao Código. A justificativa central que Perlingieri atribui para a proposta é que a Constituição nova altera os valores do Código Civil vigente através da recepção, reordenando suas estruturas fundamentais” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2008, p. 73).

³⁵ “Estrutura e função do fato jurídico. - É da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põe em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. CICCO, Maria Cristina de. (trad.). 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.94).

A definição atual de propriedade, presente em nossa Constituição Federal (1998) em seu art. 5º, XXIII, é uma construção histórica, que se modificou em face da ideologia predominante de cada momento de nossa sociedade. Assim, podemos dizer que a propriedade desempenhava um papel nos tempos romanos diferentes ao da Idade Média e da modernidade, evoluindo para a atual concepção da função social presente nas mais modernas legislações.

Em verdade, foi a partir da Lei das Doze Tábuas que se começou a criar mecanismos de defesa destes direitos, impondo um primeiro limite ao direito de propriedade, o limite legal, onde a propriedade deveria ser usufruída por razões legais, surgindo nesta época às primeiras leis sobre vizinhança e condomínio.

Foi durante o período do sistema feudal que surgiram as figuras do possuidor e do proprietário de forma distintas, uma vez que o senhor feudal, o suserano e proprietário, cedia posse ao vassalo, onde este último se utilizava da terra. No entanto, com o declínio do feudalismo e o surgimento e fortalecimento da classe burguesa, o sistema de governo se modificou para a monarquia e, a propriedade de todas as terras foi transferida ao monarca que, com o intuito de incrementar o erário, passou a explorá-las na forma de imposição de pesados tributos.

Porém, em se tratando de trajetória histórica da propriedade no Brasil, vale invocar a lição de Castro que, chama a atenção para prejuízo que tivemos em relação ao direito de propriedade brasileiro, negando nossas raízes portuguesas e influências étnicas (indígenas e africanas) da ocupação das terras, vez que ao tomar a legislação dos países europeus como modelo, importamos o papel que seu costume tinha nas diversas regiões e que sua codificação buscou estratificar de modo a alcançar a unidade nacional (CASTRO, 2001).

Salienta ainda que a nossa herança cultural portuguesa abandonada pela elite jurídica brasileira do começo do século XX, no que concerne ao direito de propriedade, era de uma propriedade com forte conteúdo social, como era o caso das sesmarias que prestigiavam o conceito de propriedade útil, já que esta era distribuída a quem pudesse tê-la de forma produtiva. A propriedade era concedida sob condição resolutiva; isto significava que o proprietário perderia sua propriedade se, ao final de cinco anos, a ela não tivesse dado, efetivamente, destinação produtiva (CASTRO, 2001).

A simples ocupação de terra (posse) foi considerada até meados do século XIX, uma condição essencial e necessária para se estabelecer o domínio. No entanto, com a promulgação da Lei das Terras, em 1850, passa-se a dispor sobre as terras devolutas do Império e sobre aquelas que são possuídas por título de sesmarias sem preenchimento das condições legais, bem como por simples posse mansa e pacífica. A nova Lei vai então,

determinar que as primeiras só pudessem ser adquiridas por compra, neste caso ocorre uma ruptura com a forma até então vigente de apropriação de terras no Brasil.

O Brasil não se valeu da abundância de terras. A fartura de terras não serviu para democratização, nem para a construção de uma sociedade independente com economia forte, o que de fato a abundância de terras poderia propiciar, ao contrário, assegura Rolnik (1997), a forma antes vigente de apossamento da terra “não representava um problema ou uma fonte de conflito” até 1850. A nova realidade legal, no entanto, “passou a ser o elemento fundamental de tensão urbana até os nossos dias”.

Apesar da ocupação informal das terras, Rolnik (1997), afirma ser de difícil avaliação quantitativa o que representou a posse em relação à propriedade sesmarial, o “aforamento ou data”. Mas de qualquer forma, com a promulgação da citada Lei de Terras, formaliza-se a propriedade cartorial, já que a única forma legal de posse passou a ser a compra devidamente registrada, com “duas implicações imediatas dessa mudança: a absolutização da propriedade”, que significa dizer que “o reconhecimento do direito de acesso se desvincula da condição de efetiva ocupação”, além de sua “monetarização”, ou seja, “a terra passou a adquirir plenamente o estatuto de mercadoria”.

Para Rolnik (1997), a situação da apropriação da terra se agravou ainda mais na medida em que, a terra vai gradualmente substituir o escravo na composição da riqueza e a terra, especialmente a urbana, ganha *status* de investimento, especialmente com as incertezas da cultura cafeeira.

A partir de então, uma crença comum atravessa períodos da História e grupos sociais até os dias de hoje, de que somente é seguro no Brasil o investimento em imóveis. Isso é de grande importância para se compreender a razão da resistência a muitas definições de ordem urbanística, vez que interferem “em uma reserva de valor historicamente estratégica” (ROLNICK, 1997).

No entanto, pode-se dizer que não é somente a concepção da propriedade como valor estratégico que cria obstáculos a aceitação das normas de direito urbanístico. Aponta-se uma cultura de um território latifundiarista como um dos problemas da colonização portuguesa, afirmando-se que até os dias atuais se refletem nas propriedades no Brasil. Daí a definição dada pelo art. 524 do Código Civil Brasileiro (1916), que posicionava a propriedade privada no Brasil com os mesmos atributos da propriedade romana, ou seja, dentro da dogmática tradicional para qual o direito de propriedade é um direito subjetivo patrimonial.

Desta forma, a função social que se pretende outorgar a propriedade, começa a frequentar o terreno do mundo jurídico pátrio com mais insistência a partir da Constituição

Federal de 1946 no art. 147 que mencionou: “O uso da propriedade é assegurado como condicionado ao bem-estar social”. A lei poderá, com observância do disposto do art. 141, §16, “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Em verdade, a Lei que com mais força retirou do Direito a visão conservadora que eivava a propriedade e impedia a sua justa e igualitária distribuição é o Estatuto da Terra de 1964 que, mesmo de aplicação limitada aos imóveis rurais, prevê textualmente a função social da propriedade.

Esse princípio é recepcionado pela Constituição de 1967, para a propriedade em geral. Entretanto, como vigorava no Brasil um regime político de exceção e a Constituição nada mais era do que uma diretriz, a função social da propriedade continuou sem aplicação, quer tenha sido por força da Carta Constitucional ou em razão de sua previsão no Estatuto da Terra, ainda hoje empregado que nos primeiros tempos de sua vigência teve difícil e rara aplicação.

Alterado o regime político no Brasil para a democracia, uma nova Constituição Federal que vigorava desde 1988, pretendeu atribuir à propriedade contornos socializantes efetivos, dispondo em seu art. 5º que é “assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, acrescentando em seu inciso XVII que: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Determina ainda em seu art. 170 que a Ordem Econômica “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados”, nos § 2º e 3º “a propriedade privada” e a “função social da propriedade”, constituindo-se tais dispositivos nas mais importantes restrições à propriedade, no Brasil.

Assim, na trajetória histórica da propriedade e sua função social, chegou ao Brasil uma nova propriedade, “fragmentada e inserida em um sistema em que ela perde a sua centralidade de direito por excelência para tornar-se um instrumento de realização de interesses não proprietários” (KATAOKA, 2000, p. 463).

Essa transformação havida no interior da propriedade, segundo o Kataoka (2000), “resultou na fragmentação de sua disciplina em várias propriedades, e a inserção da função social na sua nova concepção mudou no próprio conceito de propriedade”. Ao seu titular, modernamente, *ex vi* do novo Estatuto Civil, é permitido dela usar, gozar e dispor, desde que ela o faça de modo a realizar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, foi com o advento dos ideais de Estado do Bem Estar Social, que a propriedade passou a ser encarada como uma forma de se garantir o desenvolvimento da sociedade em todos os aspectos, principalmente aspectos econômico, social e cultural. Desta forma, passou-se a discutir a função social da propriedade, questionando que ela não devia servir apenas as necessidades de seu proprietário/dono, mas sim de toda a sociedade, sobre um aspecto da coletividade.

Em nossa atual Constituição brasileira, em vigor desde 1988, foram recepcionados os ideais do Estado do Bem Estar Social, cravando-se em meio aos direitos e garantias individuais, o direito a propriedade, ressaltando a função social da propriedade, entre os incisos XXIII e XXVI do seu art. 5º.

Em consonância com a Carta Magna, desenhou-se o novo Código Civil (2002), em especial seu art. 1.228, ao prever a função social da propriedade. Ao lapidar a redação, o § 1.º do art. 1.228, do Código Civil (2002), estabelece que:

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (Código Civil, 2002).

Ademais, também digno de transcrição o § 2º, do mesmo art. 1.228, do Código Civil: "São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Destarte, regula-se claro que a propriedade deverá sempre direcionar-se para o bem comum, qualquer que seja a propriedade. Sempre haverá função social da propriedade, mais ou menos relevante, porém a variável instala-se no tipo de destinação que deverá ser dado ao uso da coisa.

2.3. Bens Públicos

Segundo Mello (2002) bens públicos são bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público (não passando de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), “bem como os que embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.

A propriedade é, em regra, privada, ou seja, não é pública, e a Carta Magna descreve os bens públicos da União, p.e., em seu art. 20, que são bens da União: I – os que atualmente

lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V – os recursos naturais da plataforma continental e a zona econômica exclusiva; VI – o mar territorial; VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; e XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A Carta Magna também dispõe, em seu art. 26 que incluem-se entre os bens dos Estados: I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeira, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob o domínio da União, Municípios ou terceiros; III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Segundo Meirelles (2000), bens públicos, “em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.”. Portanto, segundo este conceito, a categoria de bem público abrange inclusive o patrimônio das entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

De acordo com o nosso Código Civil (2002), art. 99 os bens públicos estão classificados ou divididos em três categorias:

- **Bens públicos de uso Comum**: utilização concorrente de toda a comunidade (praças, ruas, estradas, mares), sem maiores ônus. São bens necessários ou úteis à existência de todos os seres vivos, que não devem ser submetidos à fruição privativa de ninguém, esta categoria abrange também os rios de domínio público e as vias públicas;

- **Bens públicos de uso Especial**: utilização para cumprimento das funções públicas. São bens destinados ao funcionamento e aprimoramento dos

serviços prestados pela máquina estatal, de utilização, por vezes, concedida aos particulares, em regra mediante contraprestação. Temos como exemplo os edifícios onde funcionam os serviços públicos (repartições estatais, serviços públicos) e,

- **Bens públicos de uso Dominicais:** utilização pelo Estado para fins econômicos, tal como faria um particular (imóveis desocupados). São aqueles que pertencem ao domínio privado do poder público, e desde que desafetados de qualquer utilização pública, podem ser alienados, de acordo com as regras previstas para alienação de bens da administração, a exemplo da licitação.

Dessa forma é necessário também compreender a classificação/definição com relação à afetação e desafetação do bem, ou para alguns a consagração e desconsagração, que seria a alteração da destinação do bem, sendo que:

- **Afetação:** corresponde à destinação de um determinado bem a uma finalidade pública, transformando-o em bem de uso comum ou bem de uso especial, mediante lei ou ato administrativo; e,
- **Desafetação:** consiste na retirada da destinação conferida ao bem público, transformando-o em bem dominical, mediante lei ou ato administrativo.

Portanto, um bem público pode perder sua destinação, através de lei ou ato administrativo, passando a ser considerado bem dominical, o que denominamos de desafetação. Essa alteração, em princípio, visa sempre à preservação do interesse público, da coletividade, sendo desta forma, lícito e possível referida mudança.

Ademais, um ponto que merece ser mencionado diz respeito às características do regime jurídico de bens públicos que são: Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Imprescritibilidade.

Dessa forma, tem-se que nos art. 100 e 101 do Código Civil (2002), dispõem que a inalienabilidade, que é peculiar dos bens públicos, somente poderá ser afastada por lei, a qual por sua vez retira do bem a função pública que se liga. A tal procedimento dá-se o nome de desafetação. Portanto, quando um bem dominical for utilizado para uma finalidade pública, ele será tratado como bem público, portanto inalienável, em razão de sua afetação a uma função eminentemente pública.

Em síntese: ocorre a **desafetação** quando a lei autoriza a venda de um bem público, desligando-o da função pública a que ele serve. Ocorre a **afetação** quando o bem dominical passa a ser utilizado como bem público.

A Inalienabilidade, segundo o Código Civil (2002), art. 100, “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Só podendo ser alienado quando passarem à classe dos dominicais (art. 101 do CC).

Já a impenhorabilidade consiste no fato de que os bens públicos nunca podem ser objeto de penhora, sendo a forma própria para satisfação de créditos contra o Estado através dos precatórios (art. 100 da CF). E a imprescritibilidade, prevista no artigo 102, do Código Civil, assim determina: “Os bens públicos não estão sujeitos à usucapião”.

Os bens públicos, desde a vigência do Código Civil (1916), não podem ser objetos de usucapião, visto serem inalienáveis. Tal entendimento também é expresso na Constituição Federal (1998) e na Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o bem público pode sim ser utilizado, a sua autorização de uso é ato unilateral pelo qual se faculta a utilização de curta duração. Podemos citar como exemplos, para um comício, uma passeata. Já a permissão de uso de bem público em regra, também é ato unilateral, precário, discricionário quanto ao deferimento, se faculta o uso de bem público, mediante licitação. A concessão de uso de bem público, trata-se de um contrato administrativo pelo qual o Estado transfere o uso de bem público para uma finalidade específica, por períodos maiores.

Somente os bens públicos de uso comum do povo podem ser livremente utilizados por todos, no entanto, existem certas condições impostas a tal liberdade de fruição. O uso desses bens não deve limitar ou sobrecarregar a utilização de outros, bem como deve haver ato administrativo que autorize a fruição dos mesmos, de forma harmoniosa e igualitária. Assim, podemos citar como exemplo, apesar de ser permitido o livre tráfego de automóveis nas ruas, os quais devem obedecer às regras de trânsito para o exercício de tal direito.

2.3.1. Terras Devolutas

No conceito de bens públicos encontram-se também as terras devolutas, que são terras pertencentes ao poder público e foram atribuídas ao domínio dos Estados, excetuada a porção “indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais” (art.64). Essas grandes porções de terras que até então eram geridas por um poder central, passariam a ser geridas pelos Estados, quando não fossem utilizadas a serviço da União.

Foi na Constituição Republicana de 1891 que ocorreu essa transferência das terras devolutas para as antigas províncias, onde estas foram transformadas em Estados. Assim, “passaram para as unidades federadas não só as terras de domínio público como o poder de legislar sobre sua concessão, discriminação e legitimação de posses, salvo quando ao processo da ação discriminatória, que é matéria reservada a União e presente se acha regulada pela Lei nº 6.383/1976”³⁶

Somente nas constituições seguintes que houve melhor definição de terras devolutas sobre o domínio do Estado e da União, em especial com a definição do conceito de faixa de fronteira em 1934, ampliado em 1988.

A Constituição de 1934, definiu como de segurança nacional a faixa de 100 Km ao longo da fronteira, ficando a concessão de terras e de vias de comunicação condicionadas a prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional (art.166) e a alienação condicionada a prévia autorização legislativa na faixa de fronteira. Em 1937, a faixa de fronteira foi ampliada para 150 Km (art.165), metragem que permanece até hoje.

Na Constituição de 1946 foi reafirmado como bens federais “a porção de terras devolutas indispensável à defesa de fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro”.³⁷ A Constituição de 1988³⁸ estendeu o conceito de terras devolutas federais, incluindo aquelas indispensáveis à preservação ambiental. Sendo assim, o caráter público das terras devolutas, afetadas a interesses nacionais de preservação ambiental e defesa, são assegurados. É neste contexto, por exemplo, que se colocam as Unidades de Conservação Federais, previstas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

2.3.2 Bens da União

A Constituição de 1891 definia por exclusão os bens da União dos bens estaduais, porém, com a Constituição de 1934 ficou definido os bens da União como os bens já pertencentes a esta, os rios federais e as ilhas situadas na faixa de fronteira (art.20).

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 548.

³⁷ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

³⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. De 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Nota: Art. 20 São bens da União: [...] II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; [...] § 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

A Constituição de 1934 previu ainda, de forma inédita, a reserva de parte do patrimônio público (federal, estadual, municipal e distrital) para a formação de fundos de educação e destinação a obras educativas. Este mecanismo foi recuperado, atualmente, pela Lei de Terras da União, como forma de fomento à produção habitacional, ao prever doação de terras da União para fundos públicos nas transferências destinadas à realização de programas de provisão habitacional ou regularização fundiária de interesse social (art. 31, III, da Lei nº 9.636/1998, incluído pela Lei nº 11.481/2007).

A Constituição de 1967 abrangeu na definição de bens federais os essenciais “ao seu desenvolvimento econômico”, as ilhas oceânicas, a plataforma submarina e as terras ocupadas pelos “silvícolas”. A Constituição de 1969 abrangeu também a “plataforma continental” e o “mar territorial” na definição de bens federais (art. 4º, III e VI).

Atualmente, o art. 20 da Constituição Federal define os bens que pertencem à União, *in verbis*:

Art.20. São bens da União:

- I – os que atualmente lhe pertencem e os que vierem a ser atribuídos;
 - II – as terras devolutas indispensáveis a defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
 - III – os lagos, rios e quaisquer correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
 - IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)
 - V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
 - VI – o mar territorial;
 - VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;
 - VIII – os potenciais de energia hidráulica;
 - IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
 - X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
 - XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.
- § 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Assim, pela primeira vez, constou-se expressamente no texto constitucional que o domínio dos terrenos de marinha e seus acrescidos (aterros etc.) são da União.

Como se vê, os bens da União estão definidos como bens públicos federais porque representam interesses tanto ambientais, urbanísticos, de defesa de direitos e outros interesses estratégicos para a Nação.

Finalmente, deve-se lembrar sempre que os bens definidos pela Carta Magna como de propriedade da União são de todos os brasileiros e que qualquer um que se utilize deles de maneira exclusiva terá, de certa forma, posição privilegiada em relação aos demais cidadãos. Sendo assim, em muitos casos, a União estabelece cobrança das chamadas receitas patrimoniais, que são contraprestações devidas pelos particulares pelo uso privilegiado de bens que são de todos.

2.3.3. Bens Estaduais

A Constituição de 1934 definiu além das terras devolutas estaduais, também os bens públicos estaduais, como aqueles que lhes pertenciam pela legislação em vigor e os terrenos marginais de rios e lagos navegáveis destinadas ao uso público (art.21), excetuados os que forem federais, municipais ou particulares. Em 1934, definiu-se preferência aos Estados para aquisição dos bens alienáveis da União para atender às suas necessidades administrativas (art.5, § 2º). Na Constituição de 1946 definiu-se como bens estaduais os rios e lagos estaduais, entendidos estes como “os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e fez no território estadual” (art. 34,II e 35).

Assim, a Constituição Federal de 1988 define como bens estaduais:

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

- I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
- II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob o domínio da União, Municípios ou terceiros;
- III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes a União;
- IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Vê-se que a definição de bens da União implica na definição de bens estaduais, certo de que sem um não se tem o outro.

2.3.4. Bens Municipais

Nas Constituições Brasileiras não há menção nem definição de bens municipais. A reserva e composição de um estoque de terras públicas municipais urbanas de uso público foi assegurada pela lei nº 6766 em 1979 (Lei Federal de Parcelamento Urbano).

2.3.5. Terras Indígenas

As terras indígenas tiveram sua previsão pela primeira vez na Constituição de 1934, reconhecendo o direito de posse dos silvícolas (art.129). A Constituição de 1967 definiu como terras da União as terras ocupadas pelos silvícolas e garante o direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nestas terras (art.4º, I a IV c/c art. 186). A Constituição Federal de 1988 rescindiu a cultura de tutela que tratava os indígenas como “silvícolas”, juridicamente tidos como “incapazes”, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As terras da União, de usufruto exclusivo indígena, são consideradas inalienáveis e indisponíveis (§4º).

2.4. Doação de Terras Públicas e Desapropriação

Nossas constituições definiram sistema de freios e contrapesos que passaram a exigir a autorização legislativa prévia³⁹ para alienação de grandes porções de terras públicas pelo Executivo, sendo, portanto, importante instrumento de controle da privatização, indiscriminadamente de terras públicas e de sua utilização como moeda de troca em arranjos políticos

Aloysio Biondi ilustra a respeito do assunto em seu artigo sobre as terras públicas:

Nada menos de 90% das terras do Pontal do Paranapanema, em São Paulo, uma área muito maior do que muitos países da Europa, pertenciam ao Estado, isto é, ao povo paulista. Foram invadidas, griladas, transformadas em gigantescas fazendas, gigantescos latifúndios, por “amigos dos poderosos”, isto é, “amigos dos governantes”: foram famílias de líderes políticos, empresariais, banqueiros. Isto é, as “elites” grilaram com ajuda dos governantes, um incrível patrimônio coletivo (de todos nós). Assim, você deve por um pé atrás quando vê ou ouve analistas e porta-vozes das elites criticando movimento sem terra, porque seus integrantes estão invadindo “propriedades privadas”. Antes de mais nada, é preciso saber se realmente essas terras pertencem a quem se apresenta como seu dono – ou foram roubadas do Estado, da coletividade. O assalto às terras públicas, no Brasil, tem sido muito maior, gigantesco mesmo, do que os brasileiros geralmente pensam. Quando? Na época do Império, nos anos de 1800, no começo dos anos 1900, quando o Brasil era uma imensidão a desbravar sertões sem fim? Não. Você está redondamente enganado. Agora,

³⁹ BRASIL. **Constituição da República do Brasil**: de 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012. Nota: Desde a Constituição Imperial de 1824 foi atribuído a então Assembléia Geral (Câmara e Senado) “Regular a administração dos bens Nacionais, e decretar a sua alienação. (art. 15, XV)”. A Constituição de 1934 previa a autorização do Senado Federal para a concessão de terras superiores a 10 mil hectares pelo Poder Executivo (art. 130). A Constituição de 1967 passa a exigir prévia autorização do Senado para a concessão e também alienação de terras públicas, exceto no caso de áreas destinadas a reforma agrária, para a transferência de áreas de até 3 mil hectares (art. 164, Parágrafo único). A nossa atual Constituição exige a autorização do Congresso Nacional para a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500 hectares (art. 49, XVII).

hoje, em anos ultra recentes, em plena era do computador, o assalto foi permanente, executado sob duas formas. Na primeira, os “assaltantes” usaram a força, isto é, invadiram, grilaram, ocuparam na marra – tudo, é obvio, com a conivência dos governantes, que fingiram não estar vendo o que estava acontecendo. A segunda forma de assalto foi mais sutil: governadores estaduais, principalmente, doaram – deram de graça, mesmo – terras que pertenciam ao Estado. Milhares e milhares de alqueires doados a amigos, a grupos empresariais, as elites. A invasão do pontal do Paranapanema, em São Paulo, o Estado mais desenvolvido do País, aconteceu a apenas 40 anos, a partir do começo dos anos 60...

Já as doações de terras públicas as elites, por parte de governadores, tiveram seu auge apenas 20 anos, no começo dos anos 80...Nesta semana, os jornais foram investigar as denúncias feitas pelos índios pataxós, da Bahia, que acusaram o senador ACM de ter doado, com escritura e tudo, as terras das reservas indígenas quando ele foi governador do Estado, 1978 a 1982. Descoberta, resultante das investigações: a própria Funai, organismo federal que cuida dos índios, abriu 300 processos na justiça contra essas doações, procurando recuperar as terras para os pataxós. No caso da Bahia, o assalto veio à luz. Mas em vários outros Estados essas mesmas doações se repetiram: Goiás, Maranhão, Tocantins...Moral da história: principalmente desde o começo dos anos 60, o Brasil fala em “reforma agrária”. O governo da União e os dos Estados tinham milhões e milhões de alqueires de sua propriedade, para fazer essa reforma. Em quanto o falatório prosseguia, essas terras, nossas, da população “evaporaram”, doadas, diretamente ou por omissão, às elites. Não é surpresa nenhuma, assim, que os sem terras estejam perdendo a paciência. PS – E se todos os contribuintes, cidadãos, exigissem que o Congresso investigasse e tomasse providências para a devolução das terras públicas?⁴⁰

A Constituição de 1988 diminuiu a metragem para doação de terras públicas para 2.500 hectares, já que a Constituição de 1934 permitia a doação, com autorização do Senado Federal, de mais de dez mil hectares. No entanto, é de se notar: qual o critério que explica a doação de 2.500 hectares de terras públicas, ao mesmo tempo em que a concessão de uso especial para fins de moradia de áreas públicas é limitada a 250 metros quadrados?

Em nossas constituições, previu-se a possibilidade de desapropriação da propriedade particular para fins de interesse público, sendo ampliadas as hipóteses de desapropriação, na constituição de 1988, em um instrumento de implementação de Reforma Agrária. Essa desapropriação se dá pelo descumprimento da função social da propriedade urbana e rural, é a consequência extrema prevista por ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

2.5. Bens Particulares

Como mencionado o art. 98 do Código Civil (2002) consideram-se públicos os bens que pertencem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sendo que todos os

⁴⁰ AS TERRAS (NOSSAS) EVAPORARAM. Jornal Diário Popular, quarta-feira, 3 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.aloysiobiondi.com.br>>. Acesso em: 12 nov. 2012

demais são considerados bens particulares. Tem-se, portanto, verdadeira definição de bens particulares, por exclusão.

Portanto, por exclusão, bens particulares são todos os outros bens não pertencentes a qualquer pessoa jurídica de direito público interno, mas a pessoa natural ou jurídica de direito privado citando art. 98 do Código Civil (2002).

Os bens públicos têm características especiais, seguindo regras próprias, não sendo tratados no direito civil. Os bens dominicais, entretanto, ainda que sejam bens públicos, seguem as regras dos bens particulares, com algumas modificações operadas em sede de legislação especial, como a Lei de Licitações nº 8.666/93 (1993).

Portanto, bens públicos são aqueles destinados ao uso e gozo do povo, enquanto que, bens privados, é expressão utilizada para denominar os bens pertencentes a uma pessoa, um particular.

Os bens particulares estão subordinados ao regime jurídico de direito privado, essencialmente através das normas contidas no Código Civil, visto que tratam de patrimônio de particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas e, os bens públicos sujeitam-se ao regime de direito público, portanto, encontram-se subordinados às suas normas. Tal regime restringe as possibilidades de utilização dos bens públicos, de modo que somente determinados sujeitos podem usufruí-los, respeitando as finalidades públicas para as quais se destinam.

2.6. Princípios Constitucionais da Propriedade

O Código Civil de (1916) estava longe de definir a propriedade com uma função social. Em muitos países, incluindo o Brasil, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas (ONU), cujo rol dos direitos fundamentais insere a moradia digna, começou-se a delinear uma função para a propriedade diversa da capitalista, da propriedade como concentração de riqueza.

É fundamental mencionar que, antes de se patentear a dignidade das pessoas humana e reconhecer a moradia como um de seus direitos fundamentais, através da referida Declaração Universal, o Brasil já exibia algum empenho para mudar o perfil da propriedade em seu vasto território. Tanto é verdade que a Constituição Brasileira de 1934 já ensaiava os primeiros passos rumo à função social da propriedade, daí fazer inserir em seu texto no art. 113, § 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

Embora o retrocesso havido na Constituição Federal de 1937, que nada menciona sobre o tema, a Constituição de 1946 em seu art. 147 prescreve que “o uso da propriedade é assegurado como condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”.

A inserção da instituição da propriedade no art. 5º da Lei maior deve ser estudada com cuidado. A Constituição reflete as várias faces desse instituto, que estão em constante tensão.

Ao estabelecer o constituinte no art. 5º, *caput, in fine* que a propriedade constitui uma garantia inviolável do indivíduo, elevou-se a instituição da propriedade à condição de garantia fundamental. Contudo, a posição da garantia fundamental da propriedade no texto constitucional não deve ser interpretada necessariamente como uma matéria restrita à esfera privada.

No inciso XXII, no mesmo dispositivo, declara que "é garantido do direito de propriedade" e, logo mais "a propriedade atenderá a sua função social". A propriedade não pode ser mais vista como um direito estritamente individual nem como uma instituição de direito privado.

No capítulo que se refere aos "princípios gerais da atividade econômica", a Constituição (1998) assim descreve:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - *omissis*
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;”

Inicialmente o direito de propriedade foi concebido como direito absoluto natural e imprescritível, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, seja como uma relação entre a pessoa e a coisa, seja como entre o indivíduo e o sujeito passivo universal, dentro da visão civilista. Predomina atualmente o entendimento de que a propriedade compreende um complexo de normas jurídicas de direito privado e de direito público, cujo conteúdo é determinado pelo direito positivo (SILVA, 1991).

O regime jurídico da propriedade não se restringe às normas de Direito Civil, compreendendo sim todo um complexo de normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais e civis, fundamentado nas normas constitucionais. Cabem ao direito civil disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade. A Constituição

confere à propriedade uma concepção mais ampla, determinando juridicamente a sua limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e, a sua limitação negativa (até onde vêm ou podem vir às incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social (FRANÇA, 1977).

Segundo França (1977) o direito de propriedade não é superior ao direito à vida, este efetivamente é um direito constitucional fundamental. Salaria que:

“propriedade é o direito, excludente de outrem que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações, ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando injustamente estejam sob a detenção física de outrem” (França, 1977, p.436).

A lei que vai hierarquizar os valores socialmente protegidos, e ao interesse de um, antepõe o direito de outro. Em nosso ordenamento jurídico positivo, tem-se a supremacia do direito à vida, mesmo porque é esse direito (em grau mais próximo ou remoto) que explica a existência dos demais direitos.

Para se identificar o caráter jurídico da propriedade, é preciso antes distinguir claramente os direitos fundamentais e das garantias fundamentais, segundo a nossa Constituição.

2.7. Diretrizes da Política Urbana e o Estatuto da Cidade

Estatuto da Cidade é a declaração legal da política pública urbano-ambiental que cria um sistema que interage com os diversos agentes construtores da cidade, que reconhece o espaço urbano como um local plural no qual a irregularidade não está a margem da lei, mas está reconhecida como matéria a ser enfrentada por aqueles que constroem a cidade.

Para Nelson Saule Junior, o Estatuto da Cidade é uma lei inovadora que materializa medidas legais urbanísticas essenciais para implementar a reforma urbana em nossas cidades:

O Estatuto da Cidade é uma lei inovadora que abre possibilidade para o desenvolvimento de uma política urbana que considere tanto os aspectos urbanos quanto os sociais e políticos de nossas cidades. [...] é uma lei madura que contemplam conjunto de medidas legais urbanísticas essenciais para a implementação da reforma urbana em nossas cidades.⁴¹

Uma das inovações que merece destaque é o fato do Estatuto da Cidade ser resultado de um amplo processo democrático de debate público em torno da regulação da cidade.

Tramitou por onze anos no Congresso Nacional o Estatuto da Cidade, onde a presidência da Comissão de Desenvolvimento da Câmara dos Deputados assumiu a relatoria

⁴¹ SAULE JR., Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 208.

do Projeto de Lei nº 5.788/90, que foi a base do projeto substitutivo. Durante esse tempo, ocorreram vários debates e embates o Fórum Nacional de Reforma Urbana - FNRU⁴², agentes privados do setor imobiliário e da construção civil como a CEBIC – Câmara Brasileira da Construção Civil, Governos Municipais e instituições de profissionais.

Houve grande contribuição a participação no processo legislativo dos movimentos populares, sindicatos, entidades privadas sem fins lucrativos. Segundo Nelson Saule JR.⁴³, para que a regulamentação do capítulo da política urbana da Constituição “incorporasse as experiências democráticas de promoção da política urbana no texto da lei, como por exemplo, a gestão orçamentária participativa” e, que o fato das diretrizes e instrumentos da política urbana terem sido regulamentadas, “com base nas experiências de política urbana, habitacional e de regularização fundiária e de participação popular, vivenciadas em diversas cidades brasileiras na década de 90”.

O processo legislativo para a regulação da propriedade pública foi inicialmente vetada do texto do Estatuto da Cidade e, após, editada a Medida Provisória nº 2.220/2001, tratando da regulamentação da Concessão de Uso para fins de Moradia prevista no artigo 183 da Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade veio para regulamentar o capítulo que trata de política urbana na ordem econômica da Constituição Federal de 88, emitindo as diretrizes do desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano de competência privativa da União nos termos do art. 21, XIX. É de competência da União, conforme o art. 24, I, da Carta Magna, estabelecer as normas gerais de direito urbanístico, no

⁴² Nota: O Fórum Nacional de Reforma Urbana – FNRU no período da aprovação do Estatuto da Cidade tinha na coordenação as seguintes entidades: (i) pelos movimentos populares: UNMP – União Nacional por Moradia Popular, MNLM – Movimento Nacional de Luta pela Moradia, CMP – Central de Movimentos Populares, CONAM – Confederação Nacional de Associação de Moradores; (ii) pela organizações não governamentais: FASE – Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional, POLIS – Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais, (iii) pela entidades profissionais: FISENGE – Federação Interestadual dos Sindicatos de Engenharia, FNA – Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas, FENAE – Federação Nacional das Associações de Empregados da Caixa Econômica. Atualmente a coordenação do Fórum também é composta por: (i) pela organizações não governamentais: Bento Rubião – Centro de Defesa dos Direitos Humanos, CAAP – Centro de Assessoria à Autogestão Popular, COHREAméricas – (Centro de Direitos à Moradia contra Despejos), Habitat para Humanidade, IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal, IBASE – Instituto Brasileiro de Análise Sociais e Econômicas, Action Aid do Brasil; (ii) pela entidades profissionais: AGB – Associação dos Geógrafos Brasileiros, ANTP – Associação Nacional de Transportes Públicos, Conselho Federal do Serviço Social, ABEA – Associação Brasileira de Ensino de Arquitetura e Urbanismo, Observatório das Metrópoles; (iii) pela entidades estaduais: FENEA – Federação Nacional dos Estudantes de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e pelos (iv) fóruns regionais: FSRE – Fórum Sul de Reforma Urbana, FNERU – Fórum Nordeste de Reforma Urbana, FAOR – Fórum Amazônia Oriental, FAOC – Fórum Amazônia Ocidental.

⁴³ SAULE JR. Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2204, p.208.

âmbito da competência legislativa concorrente com os estados e municípios no tocante ao ordenamento territorial.

O Estatuto da Cidade é complementado pelo plano diretor de cada Município, onde houver, sendo o “principal instrumento definidor do conteúdo mínimo da função social da propriedade urbana em cada municipalidade”⁴⁴ não é o único elemento jurídico a cumprir esse papel, pois “as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, seus instrumentos de política urbana e outras e outras de suas normas” também vinculam objetivamente o direito de propriedade urbana ao cumprimento da função social.

Assim, as propriedades urbanas, ainda que situadas em municípios que não se enquadrem nas hipóteses legais de exigência obrigatória do plano diretor, já que sua obrigatoriedade é para cidades com mais de 20 mil habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, onde o poder público municipal pretenda utilizar os instrumentos de punição ao descumprimento da função social da propriedade - parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e da desapropriação sanção, integrantes de áreas de especial interesse turísticos e nas áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Ou, naqueles que apesar das exigências não o elaboraram ou o revisaram a partir da Lei Maior de 1988, também estão sujeitos ao cumprimento de uma função social que aproveite à coletividade e não só aos interesses do proprietário.

2.8. Dignidade da Pessoa Humana

Muito tem se debatido desde meados do século passado, sobre a questão da realização dos direitos humanos fundamentais a partir da necessidade de se promover, respeitar e proteger juridicamente a dignidade da pessoa humana que no contexto das cidades, pressupõe moradia digna para todos, exigindo-se maior proteção jurídica à posse.

Conforme cita Tepedino (1991) essa proteção jurídica da dignidade humana como valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro “abrange a tutela dos múltiplos aspectos existenciais da pessoa: nome, imagem, privacidade, liberdade” e conforme Schreiber (2002) inclui ainda “a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários – e não apenas mínimos – para o pleno desenvolvimento da pessoa humana”, dentre os quais “avulta em importância a habitação”, como requisito inerente à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana.

⁴⁴ MATTOS, Liana Portilho. Nova ordem jurídica-urbanística: função social da propriedade nas práticas dos Tribunais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 116-117.

Ademais, ao falar em direitos humanos refere-se ao “conjunto mínimo de direitos subjetivos considerados essenciais para que o indivíduo da era contemporânea possa viver um padrão aceitável de dignidade” (LIMA, 2000, p.51).

Desta forma, essa garantia prescrita na Constituição como direito social de moradia decorre da tutela da dignidade humana e, é dever do estado promover meios para alcançá-lo, sob pena de total esvaziamento da norma. Dentre os diversos desafios colocados ao direito nas últimas décadas e nos dias atuais ao direito das cidades, tem-se a concretização do direito a habitação, “o que significa atribuir conteúdo jurídico ao direito a moradia que vai exigir a realização da função social da propriedade e da posse”, muito reconhecidas pelo projeto global para o direito como requisito para a realização dos direitos humanos fundamentais (CASTRO, 2001).

Considera ainda a questão possessória como principal direito de interesse social, incidente hoje sobre o imóvel urbano e aponta a locução **habitação** como sentido próprio. O que importa, portanto, é saber qual o significado jurídico que se emprega ao termo **direito de habitação** e quais os seus efeitos jurídicos (eficácia), qual o sujeito titular do direito? (CASTRO, 2001).

Não se pode olvidar que há muito o Brasil possui um grande déficit⁴⁵ habitacional, expressando uma situação de real desamparo para as populações pobres e miseráveis, colocando-as a uma enorme distância da norma constitucional, tanto quanto na dignidade humana, fundamento do estado democrático de direito, quanto no que concerne ao próprio direito social de moradia, inserto na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, visando dar cumprimento às proposições da Agenda Habitat II de 1996.

Ademais, vale mencionar que o Brasil embora subscritor da Agenda 21, adotada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro em 1992, ao tratar dos assentamentos humanos, já dispunha sobre o direito à moradia, mas somente o inseriu entre os direitos sociais constitucionais no ano de 2000 (SAULE JUNIOR, 1999).

A previsão em nossa Carta Magna, que foi sem dúvida um passo explícito adiante no já implícito direito constitucional à moradia, porém excessivamente tímido segue as pegadas

⁴⁵ Esse déficit habitacional remonta ao surgimento das grandes cidades e que no Brasil passa a ter realce em meados do século passado, coincidindo com a aceleração do processo urbano somado ao congelamento dos aluguéis que levou os proprietários de imóveis a deixar de investir as poupanças na construção de novas moradias para aluguel, acrescido do parcial insucesso das políticas públicas para a habitação, desde a Era Vargas, conforme informa Schreiber. Em 2004, no conjunto de 5561 municípios, o déficit habitacional no Brasil apontado pelo Ministério das Cidades é de milhões de casas, além de 15 milhões de moradias inadequadas, conforme Informativo Eletrônico do Ministério das Cidades, de 01 de setembro de 2004.

de outras constituições. A Constituição portuguesa, em seu art.65, estabelece que “Todos tem direito, para si e para sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”

Ainda mais arrojada, dispõe a Carta lusa que incumbe ao Estado, para assegurar o direito à habitação entre outras medidas: a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral de território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) promover, em colaboração com as regiões autônomas e com as autarquias locais, a construção de habitações econômicas e sociais; c) estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; e d) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

Em comentários ao art. 65º da Constituição portuguesa, Canotilho e Vital Moreira observam que o direito a habitação – este é o termo usado em Portugal – tem, à semelhança de outros direitos sociais, uma dupla natureza: de um lado, reveste a forma de direito negativo, ou direito de defesa, de não privado arbitrariamente da habitação ou de não ser impedido de ter acesso a ela; de outro, consiste no direito de obtê-la por via da propriedade ou do arrendamento, traduzindo-se em prestações estatais próprias à realização do objetivo como direito social.⁴⁶

Mesmo presentes em inúmeros pactos internacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a questão da moradia como direito social era uma construção doutrinária, assim como ainda é a função social da posse, apesar de seu caráter autônomo e do vigor com que esta se impõe atualmente no Brasil – seja como forma de enfrentar a apropriação especulativa do solo, geradora de um déficit habitacional sem precedentes, seja como forma de pressionar a implantação de políticas públicas. Como ressalta Castro (2001), a função social da posse figura-se de uma forma mais importante do que a função social da propriedade, especialmente para a realização dos direitos sociais de moradia.

A problemática do abuso do direito de propriedade, violador da sua função social, deve ser solucionada, “para colocar o direito rente à vida, a serviço do homem e de suas necessidades vitais, contribuindo para uma sociedade justa e solidária”, de modo a criar estratégias para a realização do direito fundamental de moradia (GONDINHO, 2000).

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da Republica Portuguesa – Anotada, 1ª Edição brasileira 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007, PP. 833-834.

Mesmo que o direito de propriedade não seja concedido ou reconhecido em função da sociedade, deve ser exercido em função da mesma, retirando do outro o caráter de inviolabilidade e de absolutismo que a exacerbação do individualismo, de inspiração liberal, acentuou e, que se encontram ainda muito presentes na cultura brasileira, ainda que mitigado “por se imprimir à propriedade privada um conjunto de limitações formais, que se compõem de restrições e induzimentos que deságuam no conteúdo da sua função social” (FACHIN, 1988).

Assim, com a dignidade da pessoa humana incluída no posto de fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil e, sendo a realização da função social da propriedade de enorme importância para o respeito àquela, pode-se concluir que a função social da propriedade, em última análise, está no âmago do fundamento do Estado Brasileiro.

Dessa forma, consideramos que a “dignidade da pessoa humana” não se realiza sem a concretização do direito à moradia e, que este prescinde para ser alcançado de que a propriedade exerça sua função social, decorre então que, para além de um direito social, a moradia digna está no cerne do fundamento do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a inobservância do direito à moradia, cuja potência em território brasileiro se expressa pelo enorme déficit habitacional, fere de morte a dignidade da pessoa humana e, portanto, atinge o cerne do fundamento do Estado Democrático de Direito. Cumpre-se assim, apoiar as políticas públicas que irão construir no território, geofísico, político, psicológico e social da cidade, uma nova propriedade, valendo-se do molde que a Constituição e o Estatuto das Cidades talharam para ela.

CAPÍTULO 3 – APROPRIAÇÃO DE TERRAS NO BRASIL E A USUCAPIÃO

3.1. Histórico da Usucapião no Brasil

Usucapião é originário do latim *Usucapio, de Usucapere* que, designa tomar (capere) ou adquirir algo pelo uso. Quanto ao gênero, pode ser masculino, como preconiza o Código Civil de 1916 ou feminino na língua latina e no Código Civil de 2002, portanto, podemos utilizar as duas formas no vernáculo.

Quanto à origem da usucapião, Carlos Moreira Alves em seu livro de direito romano diz:

“A usucapião é um instituto antiqüíssimo, anterior a lei das 12 Tábuas (450 a. C.), que já apontava a posse durante determinado tempo como requisito indispensável. O direito romano aprimorou a usucapião (nas fases Pré-Clássicas, clássica e Pós-Clássica), fundando seus elementos caracterizadores que vigoram até os dias atuais” (ALVES, 1999, p. 311-316).

Dessa forma, usucapião é direito autônomo consistente em uma das formas de aquisição da propriedade de bem móvel e imóvel, dentro das exigências previstas na lei. Menezes Cordeiro define usucapião como sendo: “A constituição, facultada ao possuidor, do direito real correspondente à sua posse, desde que esta, dotada de certas características, se tenha mantido pelo lapso de tempo determinado na lei” (CORDEIRO, 1979, p. 467).

Já a jurista Maria Helena Diniz, expressa sobre a usucapião da seguinte forma:

“O legislador permite que uma determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por certo intervalo de tempo previsto em lei, se transforme em uma situação jurídica, atribuindo-se assim juridicidade a situações fáticas que amadurecem com o tempo. A posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação de fato em direito (...) o fundamento desse instituto é garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor, bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, por ventura, tiver” (DINIZ, 2002, p. 144).

Desse modo, usucapir é a forma direta de adquirir propriedade como resultante da posse mansa e pacífica ao longo do tempo, indiferente à titularidade passada, porque o adquirente não a obteve de ninguém, nem em sucessão por morte nem transmissão entre vivos.

O poder jurídico denominado direito de propriedade na hipótese de usucapião advém da lei que legitimou o poder de fato estabelecido fisicamente por vontade unilateral, de quem

procede de modo a assenhorear-se da coisa, sem ato nem fato jurídico de transferência do domínio, por não haver qualquer ato de vontade de transmitente algum, nem título judicial ou extrajudicial consubstanciando tal transferência, onde não havia direito de posse o próprio sujeito criou o seu direito à posse.

Trata-se de uma situação fática imantada de juridicidade gerada pela inatividade do titular do bem, cujo direito se esvai, sem conexão com o novo direito que se instala no lugar deixado vazio. Fenômeno da prescrição extintiva, para o titular inerte e aquisitiva, para quem atua sobre a coisa, diligentemente como bem próprio, assumindo o lugar vazio na posição de dono, na atualidade.

Constitui aquisição originária - assim dita para diferenciá-la da aquisição derivada - aquela que deriva de uma relação jurídica, material, processual, contratual ou em procedimento judicial, como por exemplo, na arrematação ou adjudicação. Deriva de uma transmissão inter-vivos ou *mortis causa*. Deriva de um ato jurídico de direito privado, como contrato, ou direito público, judicial como na hasta pública. Sempre há uma relação transmissora de poderes jurídicos sobre a coisa, a transmissão do direito de propriedade de um sujeito certo para certo sujeito.

Aquisição ordinária é a que dá origem a uma propriedade ativa onde havia um vácuo jurídico, decorrente da inércia de um domínio, portanto, propriedade sem a função social que a Constituição Federal exige como requisito para a sua garantia. A nova propriedade, com desempenho da função social constitucional a Lei Civil considera primitiva do possuidor, que lhe dá a vida do uso e gozo. Como se jamais tivesse pertencido a outrem. Equiparando-a à *res Nullius* que passam a ser conferida àquele que a utiliza fato. È a dinâmica do direito social da propriedade particular.

No Brasil, segundo o juiz Federal, Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz do TRE/RN, professor da UFRN e mestrando pela UFPE em artigo publicado pela UFPE, preconiza que:

“Nas plagas patriais, o precedente mais remoto do instituto se centra na legitimação de posse prevista pelo Art. 5º da lei 601, de 18 de setembro de 1850. Por esta, os posseiros poderiam adquirir o domínio das glebas devolutas que ocupassem desde que comprovassem cultura efetiva, ou princípios de cultura, e moradas habituais” (NOBRE-JUNIOR, 1999, p.119).

Esta lei vigorou em nosso país até a Constituição de 1934, que consagrou a nível constitucional, a figura da usucapião pro labore, destinada a propiciar a melhoria do pequeno produtor rural.

A Constituição de 1934, no seu art. 125, preconiza que:

“Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra de até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita”.

Afirma-se ainda, que o citado artigo acima, foi mantido na íntegra na Carta Constitucional de 1937, art. 148. Destarte, o Decreto-Lei nº 710/38, que determinou que as terras estatais também pudessem ser usadas na modalidade de usucapião, preconiza no art. 12, inciso I, que: “Ressalvado o disposto no art. 148, da Constituição (de 1937), não corre usucapião contra o bem público de qualquer natureza.”.

Já a Constituição de 1946, além de manter a usucapião laboral no seu art. 156, inciso III, terminou duas alterações, apagou o vocábulo brasileiro, contido no início dos dispositivos anteriores, preconizando a expressão todo aquele e, também elevou para até vinte e cinco hectares a extensão do bem a ser adquirido.

Destarte, com a Emenda Constitucional nº. 10, de 09 de novembro de 1964, alteraram para área não excedente de 100 (cem) hectares, a qual em qualquer caso deveria ser reputada como suficiente para assegurar ao homem do campo, como à sua família, condições de subsistência e ascensão social e econômica, nas dimensões fixadas pela Lei segundo os sistemas agrícolas regionais.

Ainda sobre a ótica do Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, em artigo no site da UFPE, preconiza que:

“Editado o Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964), a usucapião em comento passou a ser disciplinado também em Lei ordinária, mais precisamente em seu Art. 98, o qual foi, por mais quase quinze anos, a sua fonte normativa, tendo em vista que a Emenda Constitucional 01, de 17 de outubro de 1969, a exemplo da constituição de 1967, manteve-se silente quanto ao tema” (NOBRE-JUNIOR, 1999, p.120).

Destarte, a Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, no seu art. 1º, caput, parágrafo único, preconiza que:

“Art. 1º. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 05 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.
§único. Prevalecerá à área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.”

Comentando esta mesma lei, o Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, em artigo publicado no site da UFRN, onde atua como docente, afirma que:

“Em 10 de dezembro de 1981, veio a lume a Lei 6.969 que, a despeito de permitir a aquisição em glebas não excedentes de 25 (vinte e cinco) hectares, salvo se maior fosse o módulo rural da região, encurtou para um lustro o prazo da posse aquisitiva. Agregou, dirimindo dúvida gerada a partir da omissão constitucional após 1967, ao objeto da relação usucapiada, as terras devoltas. Gozou, ainda, disposições procedimentais sobre a matéria, salientando a possibilidade de seu reconhecimento administrativo (Art. 4º, inciso 2º)” (NOBRE-JUNIOR, 1999, p.121).

A atual Carta Magna, promulgada em 05 de outubro de 1988, no seu Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, dedicou, em separado, os Capítulos II e III à política urbana e à política agrária e fundiária, respectivamente. Além de manter a usucapião especial no campo no art. 191, engendrou inovação merecedora de encômios ao estender sua aplicação à urbe no art. 183, como tentativa de amenizar o grande problema da habitação, gerado pelo rápido, adensado e desordenado crescimento populacional nas cidades. Em ambos os casos, eliminaram a possibilidade dos imóveis públicos serem adquiridos pela posse prolongada.

Por último, o novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, introduziu importantes modificações no Sistema Jurídico Brasileiro, entre elas as relativas ao instituto da usucapião.

Desta forma, o novo Código Civil no que tange a matéria de usucapião teve avanços consideráveis. Em virtude da macro globalização e do desenvolvimento tecnológico e, das comunicações, justifica-se a redução dos prazos. O novo diploma trata a propriedade por sua função social ao trazer para o seu corpo a usucapião especial urbana e rural e, ao permitir a redução dos prazos da usucapião extraordinária e ordinária quando da realização de obras ou serviços de caráter produtivo, ou de investimentos de interesse econômico e social, ressaltando também o caráter de moradia diante da carência habitacional da sociedade brasileira do século XXI.

3.2. Usucapião Constitucional

3.2.1. Usucapião Especial Urbano

Sustentado no art. 183, inciso I a III da Constituição Federal e art. 1.240, incisos I e II, do novo Código Civil que tem a seguinte redação:

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

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

§ II. O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

Portanto, sustentado no art. 183, inciso I a III da Constituição Federal (1998) e art. 1.240 do novo Código Civil (2002), como exigências dos novos paradigmas e do surgimento dos grandes centros urbanos, a Constituição Federal de 1988, criou esta espécie. O novo Código Civil apenas reafirmou esta modalidade, conferindo a propriedade por usucapião a quem utilizar imóvel de até 250 metros quadrados de área urbana, como se fosse o dono, se tiver exercido sua posse ininterruptamente por 5 (cinco) anos, sem oposição do proprietário, destinando-o para sua moradia ou de sua família. Não há exigência de justo título e presume-se a boa-fé.

Por último, a Constituição e o novo Código Civil exigem que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. As pessoas jurídicas não podem valer-se da usucapião urbana e a propriedade deve ser declarada por sentença judicial.

3.2.2 Usucapião Especial Rural

Antes de atermos ao novo Código Civil (2002), entende-se que a usucapião especial rural já estava disciplinada pela Lei nº. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, e pela Constituição Federal de 1988, no Art. 191.

Destarte, no art. 2º da Lei nº. 6.969/81 opina-se que a usucapião, prevista pelo art. 98 do Estatuto da Terra vigorou paralelamente àquele da Lei 6.969/81, até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir de então, considerando o disposto no parágrafo Único do art. 191 da Carta Magna, restou revogado o art. 98 do Estatuto, posto que situado, especificamente, na Seção IV, do Capítulo IV, da Lei nº. 4.504/64, sob o título de dos ocupantes das terras públicas federais.

Entretanto, há discordância sobre o entendimento acima, como Falcão (1995), em seu livro *Direito Agrário Brasileiro*, por exemplo, afirma que: “Coexiste uma usucapião especial, tratado pela Lei nº. 6.969/81, e uma usucapião pró-labore, objeto do art. 191, da Constituição Federal e anteriormente acobertada pelo art. 98 do Estatuto da Terra”.

O art. 191, e seu parágrafo único da Constituição Federal de 1988 afirmam que:

“Aquele que, não sendo proprietário de móvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

Enquanto que o Parágrafo Único preconiza que: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” Os pressupostos a serem observados para a usucapião especial rural dizem respeito ao tempo, a condição e o ânimo da posse: 5 (cinco) anos, sem oposição, com ânimo de dono.

Portanto, o lapso temporal de 5 (cinco) anos foi introduzido a partir de 1981, pela Lei nº. 6.969, acompanhando, nesse sentido, a regra já vigente no Código Civil Italiano no art. 1.159 bis, para *Usucapione Speciale Per La Piccola Proprietá Rurale*. Até 1981, os prazos para esta espécie de usucapião eram 10 (dez) anos, estabelecido desde a Constituição Federal de 1934 no art. 125 e mantido posteriormente pelas Constituições de 1937 no art. 148 e de 1946 no art. 156, inciso III confirmada também pela Emenda Constitucional nº. 10, de 1964.

Quanto à oposição, só poderá ser considerada se a proposta por quem tenham legítimas condições de fazê-los apuráveis de forma preliminar, qualquer oposição sem fundamento ou sem a mínima legitimidade, não teria o condão de desconstituir o lapso temporal possessório.

Destarte, o ânimo da posse é também, elemento fundamental para a usucapião especial rural. Não basta ter posse, é preciso que o faça com o ânimo de dono ou, a expressão constitucional: possua como seu. Assim, não merece guarida legal para efeito de usucapião especial rural, a posse que decorre de um contrato (comodato, arrendamento, etc.), não sendo proprietário rural ou urbano.

Ainda se falando da Lei nº. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, no seu artigo 3º, preconiza que:

“A usucapião especial não ocorrerá nas áreas indispensáveis à segurança nacional, nas terras habitadas por silvícolas, nem nas áreas de interesse ecológico, consideradas como tais as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, assim declarados pelo Poder Executivo, assegurada aos atuais ocupantes a preferência para assentamento em outras regiões, pelo órgão competente”.

Destarte, o parágrafo único desse mesmo artigo determinou que o Poder Executivo, ouvindo o Conselho de Segurança Nacional, especificasse, mediante Decreto, as áreas indispensáveis à segurança nacional, insuscetíveis de usucapião especial.

A definição do que se trata acima, foi objeto do Decreto nº. 87.040, de 17 de março de 1982, e pode ser assim entendida:

- São indispensáveis à segurança nacional as terras devolutas de que trata o Decreto Lei nº. 1.164, de 01 de abril de 1971, alterado pelo Decreto Lei nº. 1.243, de 30 de outubro de 1972, pela Lei nº. 5.917, de 10 de setembro de 1973, e pelos Decretos Leis nºs 1.473, de 13 de

julho de 1976, e 1.868, de 30 de março de 1981 e, a faixa de fronteira, definida pela Lei nº. 6.634, de 02 de maio de 1979;

- A usucapião especial não ocorrerá na faixa interna de 150 quilômetros, paralela a linha divisória terrestre do Território Nacional, designada como faixa de Fronteiras;

- São insuscetíveis de usucapião especial os imóveis de uso das Forças Armadas ou destinadas os seus fins e serviços, os terrenos da Marinha e seus acréscidos, essenciais à execução da Política de Segurança Nacional, assim como quaisquer outras terras públicas não-devolutas.

Entretanto, no novo Código Civil, art. 1.239, aparado pela Constituição Federal, art. 191, que criou a usucapião especial rural. O novo Código Civil reafirmou esta modalidade conferindo a propriedade por usucapião a quem, não sendo proprietário de outro imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição do proprietário, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, desde que nela produza por seu trabalho ou de sua família e nela tenha moradia, não havendo exigência de Justo Título e presume-se a boa-fé. Como as demais espécies de usucapião, a modalidade especial rural deverá ser declarada por sentença judicial a ser registrada no competente Cartório de Registro de Imóveis para a transmissão da propriedade.

3.2.3 Usucapião Especial Coletivo (Lei nº 10.257/ 01 - Estatuto da Cidade)

Salienta-se ainda, que a Lei nº. 10.257/2001, do Estatuto da Cidade preconiza que as áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados ocupadas ininterruptamente por mais de 5 (cinco) anos por população de baixa renda, sem que se possa identificar as respectivas áreas de cada possuidor, podem ser objeto de usucapião coletivo, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Assim, como as demais espécies de usucapião, a modalidade coletiva deverá ser declarada por sentença judicial a ser registrada no competente Cartório de Registro de Imóveis para a transmissão da propriedade.

Destarte, o novo Código Civil em seu art. 1.228, inciso 4º, dispensando o critério de baixa renda e adotando a exigência da boa-fé e, de existência no imóvel de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse econômico e social. Esta hipótese preconizada pela Lei Civil vale para imóveis urbanos ou rurais e não é propriamente forma de usucapião, se aproximando da desapropriação, já que o juiz fixará justa indenização devida ao proprietário

quando da proposição de ação reivindicatória e, em sendo pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

3.3 Usucapião Extraordinária e Ordinária

3.3.1. Usucapião Extraordinária (art.1.238 do Novo Código Civil)

Para começar esta temática, é bom salientar que este princípio já existia no Código Civil de 1916 e, que, no Novo Código Civil Lei Federal nº. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, art. 1.238, ganhou a seguinte redação:

“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 requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá ao título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Como podemos ver o art. 1.238 do novo Código Civil, que trata da usucapião extraordinária, já existente no Código Civil de 1916 teve seu prazo alterado de 20 para 15 anos ou para 10 de acordo com o Parágrafo Único do mesmo artigo. Desta forma, aquele que exerce posse mansa e pacífica, ininterrupta como se dono fosse, sem oposição do proprietário, pelo prazo de 15 anos, independente de justo título e boa-fé, pode por sentença judicial adquirir a titularidade da propriedade. A inovação trazida para esta espécie está na redução do prazo para 10 anos se o posseiro realizou no imóvel obras ou serviços de caráter produtivo ou o utilizou como moradia habitual, como preconiza o Parágrafo Único citado acima.

3.3.2 Usucapião Ordinária (art. 1.242 do novo Código Civil)

Existente também no Código Civil de 1916, que, no novo Código Civil, Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1.242 que estabelece que:

“Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social econômico.”

Destarte, a usucapião ordinária (art. 1.242 do novo Código Civil), já existente no Código Civil de 1916 teve seu prazo mantido nos 10 anos. Portanto, aquele que exerce posse

Mansa e Pacífica ininterrupta como se proprietário fosse, sem oposição do proprietário, com justo título e boa-fé, pelo prazo de 10 anos, pode adquirir a titularidade da propriedade por sentença judicial. A mudança trazida é que o mesmo será reduzido para 5 (cinco) anos se o imóvel foi adquirido onerosamente com registro cancelado e, desde que o possuidor tenha realizado investimentos de interesse econômico e social, ou tenha utilizado o imóvel como sua moradia.

Outra modificação é abolição do critério utilizado pelo Código Civil de 1916 quanto a pessoas presentes e ausentes. Por aquela lei o prazo da usucapião ordinária seria de 15 anos entre pessoas ausentes, possuidor e proprietário residem em municípios distintos e de 10 anos entre pessoas presentes, possuidor e proprietário residem no mesmo município.

CAPÍTULO 4 – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

4.1 Direito a Moradia, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Regularização Fundiária

Diante dos inúmeros problemas surgidos envolvendo as questões de posse e propriedade, a problemática da falta de organização e distribuição aos cidadãos de condições mínimas de moradia, conforme preceitua a Carta Magna, é o ponto fundamental deste trabalho. A questão do dever do estado, expresso na Constituição, tratando de moradia, é um dos pontos que dá subsídios para esta discussão.

Atualmente muito se fala em cidadania, no entanto, é contraditório ter cidadania sem ao menos ter o direito de receber correspondências, pelo simples fato de não ter residência, de não ter moradia.

Podemos afirmar que é negada ao cidadão brasileiro sem moradia uma existência digna, vez que assegurar moradia é assegurar dignidade, cidadania, melhores condições de saúde, trabalho e até mesmo identidade. Uma habitação mínima é um pressuposto para a dignidade da pessoa humana.

4.1.1 Direito à Moradia e Dignidade da Pessoa Humana

O mestre Bessa (2000) ensina que, o direito a moradia pode ser definido como direito a uma habitação digna, com dimensões adequadas, que garanta a seus moradores privacidade, tranquilidade e salubridade, bem como o acesso ao transporte, aos locais de trabalho e de lazer, aos equipamentos urbanos e comunitários e aos serviços públicos, de acordo com as necessidades e os interesses da população.

Na verdade, o direito a moradia é um direito fundamental, contido nos direitos humanos. Esse direito foi incluído na proteção constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, visando implementar o direito à moradia no Brasil, as principais normas vigentes dispõem acerca das políticas de desenvolvimento urbano, por meio dos artigos 182, 183 e 225 da Carta Magna.

Podemos salientar que tais direitos refletem que o Estado existe em função da pessoa, e não ao contrário, pois o homem é a finalidade precípua, e não um mero meio de atividade estatal. Trata-se do reconhecimento de que todos são titulares de direitos que devem ser respeitados por toda sociedade, bem como pelo Estado, em virtude de suas condições biológicas, independentemente de diferenças de cor, religião, idade, sexo. Estamos falando da

dignidade da pessoa humana como empreitada e, ao mesmo tempo, limite da atividade estatal, é gide protetora da integridade física e mental do cidadão.

Nesse sentido, Guerra Filho (1999) ensina que, o direito a moradia aparece, portanto, como elemento garantidor de mínimas condições adequadas de vida para o indivíduo e sua família, como um elemento concreto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se afirmar que é impossível existir verdadeira vida digna sem habitação, sem moradia, sem um lar, vez que a pessoa humana somente poderá ter uma vida adequada se os direitos a alimentação, vestuário, moradia, saúde e seguridade forem respeitados.

4.1.2 Direito a Moradia no plano Internacional

Foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas, onde, no plano internacional, pela primeira vez se reconheceu, dentre os direitos econômicos, sociais e culturais, o direito à moradia. Deve-se destacar o conteúdo de seu artigo XXV, item 1:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

A partir daí, o direito à moradia, tem sido previsto em diversos outros tratados e documentos internacionais. O primeiro deles foi a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, a qual determinou os Estados-partes ao comprometimento de proibirem e eliminarem a discriminação racial em todas as suas formas, erradicando toda e qualquer forma de discriminação étnica. Referida norma prevê, em seu artigo V, letra “e”, alínea “iii”, o direito social à habitação, conectado aos demais direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles o direito ao trabalho, o direito de sindicalização e o de acesso à saúde pública e à educação.

Em seguida, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, especialmente seu artigo 11, dispôs que:

“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também de 1966, seguindo os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, bem como o fato de que a dignidade humana é base da liberdade, da justiça e da paz no mundo, e que o indivíduo tem por obrigação lutar pela promoção e observância dos direitos de liberdade, veio a reconhecer o direito do indivíduo circular e fixar moradia no território do Estado onde esteja e viva legalmente, conforme se extrai do artigo 12, parágrafo primeiro: “Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência”.

Outros documentos decorrentes de duas conferências da Organização das Nações Unidas sobre a questão dos assentamentos humanos: ocorrida em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e a outra em 1996, em Istambul, Turquia, (Agenda Habitat II).

Deve-se acrescentar ao rol a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que proclamou a necessidade de cuidados e assistência especiais para os infantes, para que possam futuramente assumir responsabilidades na comunidade, notadamente pelo direito de crescerem num ambiente familiar de amor e compreensão, sendo educados em um clima de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade. Daí porque seu artigo 27 estabeleceu, nos itens que lhe sucedem a imposição aos Estados-partes no sentido de facilitarem aos pais ou aos responsáveis a efetivação do direito da criança à habitação, conforme se destaca adiante:

“Artigo 27

1. Os Estados-partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.
3. Os Estados-partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar o efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à **habitação.**”
(negrito nosso)

Inúmeros outros tratados e convenções internacionais, ratificados pelo Brasil, direta ou indiretamente manifestam preocupação com a defesa do direito à moradia, dentre eles a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, de 1977 e a Convenção Internacional Sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951.

No entanto, pode-se afirmar que foi com o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, que o direito à moradia é mais bem enfocado, sobretudo quanto à limitação dos direitos do proprietário em prol do bem comum – correlação entre direitos e deveres, cabendo destacar alguns artigos:

“Artigo 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 21 – Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.
- (...)

Artigo 22 – Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
- (...)

Artigo 32 – Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.”

Porém, não basta que o Estado brasileiro tenha aderido e ratificado pactos internacionais de declaração de direitos, vez que o desafio maior é possibilitar cenários sociopolíticos onde tais direitos possam ser reconhecidos e efetivamente exercidos pela população.

Para a efetivação do direito à moradia não basta sua positivação no ambiente global, tampouco seu reconhecimento nas cartas constitucionais ou na legislação ordinária dos Estados, fazendo-se necessário o estabelecimento de um ambiente internacional de cooperação.

4.1.3 Regularização Fundiária

Por regularização fundiária podemos entender como o 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.

Em verdade, esse termo “regularização fundiária” não é empregado conforme um mesmo entendimento pelos pesquisadores e, principalmente, gestores públicos, e dessa forma é preciso fazer uma distinção.

Alfonsin (2006) destaca três concepções bastante comuns de regularização fundiária: a regularização jurídica, a urbanização dos assentamentos e a regularização urbanística.

Na regularização jurídica, existe uma redução da política pública a ações que busquem a legalização da posse ou propriedade dos imóveis ocupados. Essa intervenção é de grande importância para a efetivação do direito à moradia, vez que garante uma segurança jurídica, afastando o medo da reintegração de posse. Ademais, “trata-se de um fator desencadeante de uma série de iniciativas familiares de melhoria da casa e iniciativas comunitárias de melhoria do ambiente do assentamento” (ALFONSIN, 2006).

Contudo, a regularização jurídica isoladamente não é capaz de tratar a informalidade urbana, pois não se trata apenas de legalizar a relação jurídica para legitimar a posse dos moradores, vez que a irregularidade atinge outras extensões, tais como falta de infraestrutura urbana, dificuldade de acesso a serviços públicos, descumprimento dos assentamentos do ponto de vista ambiental, desconformidade urbanística das edificações.

“Essa concepção de política de regularização fundiária – assumida pelas instituições internacionais, como o Banco Mundial, e que vem sendo imposta em vários países – que supõe a legalização do mercado informal de terra e o reconhecimento de títulos de propriedade individual para os habitantes dos assentamentos informais como meio de transformar as economias urbanas, desconsidera os demais fatores que geram esta situação de ilegalidade e informalidade dos assentamentos urbanos. Conferir um título de propriedade urbana para os grupos sociais que vivem em permanente estado de pobreza, sem atender a outras necessidades, como a implantação de infra-estrutura, oferta de equipamentos públicos – como

escolas e postos de saúde – e a efetiva possibilidade de trabalho e geração de renda, será um benefício temporário (SAULE JUNIOR, 2004, p. 346).”

A segunda distinção apontada por Alfonsin (2006), a da urbanização de assentamentos, atribui maior importância às intervenções físicas nos assentamentos com o foco de promover melhor classificação do solo e a melhoria das condições de habitabilidade. Realmente, há uma grande demanda por obras públicas capazes de promover melhores condições de vida para as famílias ocupantes de assentamentos irregulares.

Projetos de saneamento ambiental, construção ou reforma de habitações, instalação de equipamentos urbanos, tais como creches e postos de saúde, e ampliação das áreas públicas são necessários. No entanto, os investimentos públicos podem em alguns casos acarretar a valorização dos imóveis, e conseqüentemente provocar uma expulsão dos moradores através de ações de reintegração de posse ou despejos.

A terceira concepção demonstrada por Alfonsin (2006), da regularização urbanística visa a adequar a legislação de uso e ocupação do solo objetivando inserir os assentamentos informais no campo da legalidade urbana. Nesse aspecto, as zonas especiais de interesse social (ZEIS) têm sido utilizadas para constituir uma regulação com pontos específicos de ocupação para cada uma das comunidades.

As três concepções, em verdade, evidenciam dimensões de um processo que se revela pluridimensional (ALFONSIN, 2006, p. 60). Para a autora:

“regularização fundiária é o processo conduzido em parceria pelo Poder Público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que prioritariamente objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto”. (ALFONSIN, 1997, p. 24)

Como pode se notar é primordial a participação da população beneficiária, juntamente com o Poder Público, para a legalização e regularização de assentamentos irregulares, não só na parte jurídica mas também na social e urbanística.

4.1.3.1 Legislação Específica sobre a Regularização Fundiária

Em 2001, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, cita o instrumento Regularização Fundiária, em seu art. 4º, V, q. No entanto, o tema da regularização fundiária foi tratado, mais detalhadamente, em 2009 com a Lei Federal nº 11.977.

“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.”

Um dos objetivos da Lei 11.977/2009 é tornar mais rápido o processo de regularização fundiária. Segundo esta lei: “A regularização fundiária é um instrumento para promoção da cidadania, devendo ser articulada com outras políticas públicas.” Nessa perspectiva, para orientar a utilização desse instrumento, a Lei nº 11.977/2009 estabeleceu os seguintes princípios:

- “I – ampliação do acesso a 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.”

Portanto, temos dois tipos de regularização fundiária: de interesse social, quando a área é ocupada predominantemente ocupada por população de baixa renda e atende a um dos três requisitos previstos no inciso VII do art. 47 da Lei 11.977/2009; e de interesse específico, quando o assentamento não é enquadrado nos critérios acima.

Em 2009, foi criada a Medida Provisória nº. 514 que alterou e detalhou a Lei nº. 11.977. Entre as novidades, foram acrescentados vários conceitos, como o de “família” (Art.1º), abrangendo todas as agregações de indivíduos com esse caráter já admitido pelo ordenamento jurídico e também a família unipessoal.

O órgão federal gestor da política urbana, Ministério da Cidade (MC), criado em 1º de Janeiro de 2003 para justar as desigualdades sociais, modificando as cidades em espaços mais humanizados, aumentando o acesso da população à moradia, ao saneamento e ao transporte, almeja tratar da política de desenvolvimento urbano e das políticas setoriais de habitação, garantindo que cada moradia receba água tratada, coleta de esgoto e lixo (BRASIL, MC).

O Plano Nacional de Habitação (PNH), criado pelo Ministério das Cidades, é parte de um planejamento de extenso prazo para equacionar as necessidades habitacionais do país. Indicando os recursos existentes a serem mobilizados, e proporcionando uma estratégia nos quatro eixos estruturadores da política habitacional: modelo de financiamento e subsídio;

política urbana e fundiária; arranjos institucionais e cadeia produtiva da construção civil (BRASIL, PNH.).

A demarcação urbanística voltada para regularização fundiária em área de interesse social de assentamentos irregulares pode ser feita através de negociações dos proprietários com os moradores da área (BRASIL, MC, RFU, 2010). Dessa forma, a Lei 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento de solo urbano, que poderá ser feito através de loteamento ou desmembramento (Art. 2º), tendo a infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais de interesse social com vias de circulação, escoamento de águas pluviais, rede para o abastecimento de água potável, soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar (Art. 2º, § 6º).

As soluções de regularização fundiária são emergenciais, vez que esta problemática vem crescendo cada vez mais em nosso país. A ausência de moradia, ou ainda as moradias irregulares são uma crescente. Estimativas do Ministério das Cidades calculam a existência de mais de 13 milhões de domicílios no Brasil em situação irregular, sem registro, sem projeto urbanístico e sem acesso a serviços básicos como água tratada, saneamento, coleta de lixo e/ou fornecimento de luz, como ocorre em favelas, assentamentos informais, cortiços e conjuntos habitacionais não regularizados.

Em meados de maio de 2010, os defensores públicos de 22 Estados e do Distrito Federal iniciaram uma campanha nacional sobre a regularização fundiária urbana, lançando uma cartilha sobre o direito à moradia nas cidades. Esta cartilha aborda vários temas, dentre eles: direitos de acesso à terra urbanizada, condições de moradia, posse, aluguel, despejo e financiamento da casa própria, entre outros assuntos polêmicos.

Uma possível forma de amenizar este problema seria fazer com que as pessoas conhecessem seus direitos, a fim de buscarem respostas imediatas não apenas dos estados, mas também das Prefeituras, entidades não governamentais criadas com este fim, e demais órgãos vinculados à solução desses tipos de problemas.

Outra possível resposta a essa dificuldade nacional relativa ao descumprimento de princípios constitucionais pode ser as melhorias nas legislações nacionais, internacionais e infraconstitucionais, vez que as lacunas são uma constante, e soluções “emergenciais” são apenas imediatistas, não possuindo o condão de resolver. Detalhar mais, aclarar mais, impor mais obrigações aos Estados e entes a eles vinculados pode ser um recurso procedente para toda a população que sofre de mãos atadas e mudas, diante da inércia ou impossibilidade.

4.1.3.2 Espécies de Regularização Fundiária

A lei divide a regularização fundiária em duas espécies: a de interesse social e a de interesse específico.

a) Regularização fundiária de interesse social

A regularização fundiária de interesse social abrange os assentamentos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, nos casos em que tenham sido preenchidos os requisitos para usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia, quando se tratar de zona especial de interesse social, ou quando se tratar de áreas da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse, o que não se vê na regularização de interesse específico.

A norma poderia ter ido além do que efetivamente foi, ou seja, conceder também ao Poder Público a possibilidade de auxiliar na regularização fundiária de áreas públicas, dando função social aos imóveis públicos ociosos.

b) Regularização fundiária de interesse específico

Nessa espécie, a regularização fundiária de interesse específico é complementar a anterior, ou seja, quando não estiver prevista na de interesse social.

Vale ressaltar que à autoridade licenciadora compete analisar e aprovar o projeto de regularização fundiária, bem como emitir as licenças urbanística e ambiental, observando as restrições relativas à ocupação de Áreas de Preservação Permanente (APPs), podendo exigir contrapartidas e compensações em projetos que importem em alterações ambientais e urbanísticas.

Compete ainda à autoridade licenciadora definir as responsabilidades do empreendedor relativamente à implantação, observando-se especialmente o sistema viário, a infra-estrutura básica, os equipamentos comunitários e as eventuais compensações urbanísticas e ambientais.

Aliás, a autoridade licenciadora poderá, a seu critério, compartilhar com os beneficiários os encargos da implantação da infraestrutura básica, analisando os investimentos já realizados pelos moradores e o poder aquisitivo da população a ser contemplada.

Pode-se perceber que haverá dificuldade na emissão das licenças urbanísticas e ambientais pela autoridade licenciadora, uma vez que algumas licenças partem de outros entes, alguns vinculados ao Estado, outros ligados à União.

5. ACESSO À PROPRIEDADE PÚBLICA

O Estado tem papel decisivo na efetivação dos direitos fundamentais aos hipossuficientes, devendo priorizar acolhimento direto ou de apoio à alocação de serviços e obras em favor das parcelas da população historicamente despojadas do acesso a terra. Fator determinante para concretizar usos adequados ao interesse público e em benefício da sociedade.

Portanto, implica debruçarmos sobre experimentos de implantação dos instrumentos de regularização fundiária e apoio a produção habitacional de interesse social em imóveis públicos, para comprovar os avanços obtidos e desafios colocados para implementação do marco legal que se propõe a democratizar a ascensão aos bens públicos e o novo papel assumido pelo Estado Brasileiro na gestão das cidades, especificamente, dos imóveis públicos como elemento estratégico para a diminuição das desigualdades sociais.

5.1. Experiência de Regularização Fundiária de Áreas Municipais da Prefeitura de São Paulo

No ano de 1990, no mandato da Prefeita Luiza Erundina, foi elaborado Projeto de Lei indicando áreas públicas ocupadas por favelas para a aplicação da concessão de uso (PL 51/90). Estas áreas somavam 135 núcleos, 31 mil famílias e 235 hectares. Este projeto foi elaborado a fim de subsidiar programa de Regularização Fundiária Municipal, substituindo a ação repressiva⁴⁷ do Poder Público Municipal sobre as áreas de favela, localizadas em áreas públicas municipais por Políticas Públicas que concretizassem o direito fundamental à moradia de famílias de baixa renda que tomavam estas áreas para fins de moradia. Esta ação,

⁴⁷ Nota: Na gestão da Prefeita Luiza Erundina a efetivação do direito à moradia da população de menor renda contou com iniciativas inovadoras no tocante ao papel do Poder Público Municipal, principal ente federativo responsável pela política de desenvolvimento urbano. Conforme registra Helena Menna Barreto, no ano de 1989 haviam 900 processos de reintegração de posse na Secretária de Negócios Jurídicos. “A prefeita Luisa Erundina baixou uma portaria sobrestando esses processos (portaria 59/90, de 6/2/90) e outra fixando critérios e procedimentos para regularização fundiária e para remoção administrativa e judicial (portaria no 206/90, de 2/7/90)” explica a urbanista. Esta portaria definiu quais as favelas que não são passíveis de regularização: as localizadas sobre leitos de vias, à margem de vias expressas, nos baixos de viadutos, em áreas destinadas à realização de obras públicas e à implantação de planos (em vias de execução), sobre oleodutos, redes de água e esgoto, sob redes de alta tensão, ou em microregiões com carência de áreas verdes ou equipamentos coletivos; as favelas cujos custos de urbanização eram superiores aos de reassentamento em áreas aceitáveis; aquelas com laudo geotécnico de risco máximo. Obrigou, também, que os processos sobrestados pela portaria 59/90 fossem analisados e que todos os processos administrativos referentes a regularização fundiária ou a remoção de favelas obedecessem a tramitação padronizada fixada pela SEHAB”. SILVA, Helena Maria Menna Barreto; **Terra e Moradia: que papel para o Município? São Paulo, 1997**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo - FAU/USP, p. 135, 183-184 e 191. Disponível em <http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/teses/silva_doutorado_terramoradia.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

de forma precursora, buscou efetivar a mudança de paradigma do papel do município frente ao problema de irregularidade do solo urbano, trilhando os comandos do novo capítulo de Política Urbana da Carta Magna de 1988, que teve sua promulgação dois anos antes desse programa de Regularização Fundiária.

Este projeto de Regularização Fundiária passou por diversas discussões e emendas, como por exemplo, transformar a concessão em venda? Como regularizar áreas de uso comum de loteamentos irregulares ou clandestinamente ocupados para moradia? Assim, o projeto ficou engavetado até o ano 2000, não havendo interesse em retomar o referido projeto de lei, que representava uma proposta de regularização em massa de iniciativa da municipalidade e não apenas a simples atuação caso a caso de acordo com a manifestação dos governados.

Em 2001, com a aprovação do Estatuto da Cidade (Lei 10.257 e Medida Provisória nº 2.220) o instrumento proposto em 1990 através do Projeto de Lei nº 51/90 para solucionar a insegurança fundiária das favelas e bairros em áreas públicas – a concessão de uso – é consolidado como aparelho jurídico hábil à regularização fundiária de áreas públicas.

Após a edição do Estatuto da Cidade, o poder executivo encaminhou a Câmara Municipal, em 2002, o Projeto de Lei nº 385/2002 que originou a Lei 13.514 de 16 de janeiro de 2003, que foi regulamentada pelo Decreto Lei nº 43.474 de 15 de julho de 2003, sendo uma das primeiras do país a programar a Concessão de Uso para fins de Moradia – CUEM, em âmbito municipal. O Programa teve continuidade nas gestões seguintes, e foi editada a Lei nº 14.665/2008, que alterou a Lei nº 13.514/2003, regulamentada pelo Decreto Lei nº 49.498/2008, que trouxe grandes avanços para a implementação da política pública.

Inspirada no Projeto de Lei nº 51/90, a Lei Municipal 13.514/2003, deu início à implementação de um dos maiores Programas de Regularização Fundiária de áreas públicas municipais do país.

5.1.2. Síntese do Programa

O programa de Regularização Urbanística e Fundiária de favelas em áreas públicas municipais integrou o Programa Bairro Legal, desenvolvido pela Secretaria Municipal da Habitação – SEHAB. A ação, em áreas públicas municipais, compreendeu a urbanização e a regularização de favelas. As operações ocorreram de forma integrada com a implantação de serviços e equipamentos públicos (postos de saúde, escolas, transporte público e programas sociais de geração de emprego e de renda).

No governo da Prefeita de São Paulo, Marta Suplicy, em 2002, que o programa foi implementado com o objetivo de reconhecer a Função Social da propriedade de 160 áreas públicas ocupadas por população de baixa renda, garantindo as 46 mil famílias residentes, o direito de posse, por intermédio dos Termos de Concessão de Uso para fins de moradia ou de concessão de Direito Real de Uso.

Nas gestões seguintes, o programa teve continuidade, e no mandato do então prefeito Gilberto Kassab, em 2008, passou a integrar o Programa de Urbanização de Favelas – SEHAB, e combinado com ações de provisão habitacional de interesse social.

De acordo com informações da Prefeitura de São Paulo, 900 das 1570 favelas da cidade (2% do território do município ou 1500 quilômetros quadrados), são de áreas públicas municipais. A primeira etapa do programa (Lei 13.541/2003) tratou da desafetação e regularização de 160 áreas públicas, a segunda (Lei 14.665/2008) de outras 108 áreas públicas.

Integraram o programa, as áreas públicas que foram selecionadas de acordo com os seguintes critérios cumulativos: (I) áreas sem risco eminente; (II) área com algum tipo de intervenção na urbanização realizada pelo Poder Público; (III) área integralmente de domínio público municipal; (IV) não ser área de preservação permanente ou de proteção aos mananciais; (V) área grada como ZEIS no Plano Diretor do Município de São Paulo; (VI) área procedente do Projeto de Lei nº 51/90; (VII) áreas ocupadas há mais de 20 anos por habitações de populações de baixa renda; (VIII) áreas indicadas pelo movimentos de moradia atuantes no Município de São Paulo e (IX) áreas inseridas na malha urbana, dotadas de infraestrutura e serviços.

Prioritariamente, foram outorgados termos de concessão e uso especial para fins de moradia (individual ou em fração ideal) e, para aqueles que não atenderam os requisitos na Medida Provisória nº 2220/01, foi empregada a concessão de direito real de uso (individual ou em fração ideal). Foram outorgadas, ainda, autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de prestação de serviços (individual ou fração ideal), perfazendo dez modelos de termos administrativos.

5.1.3. Desafios

Auto-aplicabilidade da concessão: Apesar de estar previsto no texto constitucional a concessão de uso especial para fins de moradia (art. 183§ 1º) e publicação da Medida Provisória nº 2220/2001, integrando o Estatuto da Cidade e regulamentando instrumento,

além da previsão no Plano Diretor estratégico do Município (Lei 13.430/02, art.242), que já determinava que o título de Concessão de Uso Especial para fins de moradia fosse utilizado como instrumento de regularização fundiária, a Prefeitura não entendia ser possível a aplicação imediata do instrumento.

Desafetação da área de uso comum do povo: As favelas e bairros populares objeto do Programa correspondia a áreas de ocupação firmadas (há mais de 20 anos para fins de moradia), situadas em “áreas livres” dos projetos de loteamento urbano formalmente aprovados ou regularizados, que ocasionaram loteamentos irregulares e clandestinos⁴⁸. Nos termos do art. 22 da Lei nº 6.766/1979 estas deviam ser destinadas à implementação de áreas verdes, vias de circulação e uso institucionais pelo Município, mas não foram. Ou seja, compunham, *a priori*, áreas públicas municipais da categoria de uso comum do povo, áreas que foram ocupadas por famílias de baixa renda, que não tinham acesso ao mercado formal habitacional e tinham na autoconstrução única alternativa de moradia na cidade.

Também, a Constituição de Estado de São Paulo previa em seu art. 180, VII que “as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fins e objetivos originariamente estabelecidos alterados”⁴⁹, vedando a sua desafetação, evitando assim, a redução do estoque de áreas públicas municipais reservadas à implantação de áreas verdes nos municípios paulistas.

⁴⁸ Nota: Loteamentos irregulares são aqueles aprovados pelo órgão urbanístico municipal (e eventualmente registrado em cartório), porém implantado em desconformidade com o projeto de loteamento. Loteamentos clandestinos são aqueles implantados ou parcialmente implantados em desconformidade com a lei sem conhecimento da Administração Pública. No caso da experiência relatada, em sua maioria, eram áreas públicas pertencentes a loteamentos irregulares, aprovados na Prefeitura (que detinha o croqui das áreas) não registrados em cartório e não integralmente implantados, o que dificultou a abertura das matrículas da área do loteamento e posteriormente a das áreas livres de domínio municipal desafetadas e objeto de regularização. A simples averbação da desafetação exigiu que posteriormente tivesse que ser desmembrada matrícula única em nome da Prefeitura das glebas municipais desafetadas e posteriormente fracionada em nome dos concessionários. No caso das áreas de domínio particular dos loteamentos informais populares foram utilizados instrumentos como usucapião e compra e venda.

⁴⁹ Nota: Nova redação do art. 180, VII da Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 1º - O inciso VII do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo passa a vigorar com a seguinte redação:

Artigo 180 -

VII - as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de: loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão; equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento; imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.” (NR)

Artigo 2º - Dê-se nova redação ao § 2º do artigo 180 da Constituição do Estado de São Paulo, e acrescente-se o §3º como segue:

“Artigo 180 -

§ 1º -

Existência de ações de reintegração de posse: Tramitavam várias ações de reintegração de posse, em parte das áreas públicas com ocupação consolidada para fins de moradia selecionadas pelo Programa, movidas pela municipalidade em gestões anteriores.

Urbanização e remoção de famílias: Necessidade de intervenções físicas para estruturação e melhorias urbanas (eliminação de situação de risco, implantação de infraestrutura) que implicavam em remoção de famílias.

Intervenção no mercado informal de aluguéis: O aumento de conflitos foi grande, no que diz respeito à posse e uso do solo urbano no assentamento informal, como consequência da intervenção do Poder Público e a probabilidade de valorização imobiliária das moradias do assentamento informal após a regularização. A intervenção do Poder Público nos assentamentos informais em áreas interfere diretamente nas regras de organização territorial informal própria da comunidade, em especial no mercado informal de aluguéis, exigindo estratégias individualizadas para minimizar os conflitos sociais.

Comprovação do tempo de posse: A Medida Provisória nº 2.220/2001 determinou que devem ser comprovados cinco anos de posse precedentes a 30 de junho de 2001. Visto se tratarem de ocupações urbanas para fins de moradia consolidada há no mínimo 20 anos, em alguns casos, não obstante a área ter uso de moradia a décadas, os detentores não eram mais os mesmos, não cumprindo o pré-requisito para obtenção do direito a concessão.

Registro dos títulos de concessão: As áreas públicas municipais, provenientes de parcelamento do solo registradas, raramente, possuem matrículas próprias ou quando possuem, estas são imprecisas ou não correspondem à realidade. Assim, as áreas públicas ocupadas objeto do Programa não tinham matrículas abertas.

Pós-regularização: A transferência dessas áreas já regularizada a terceiros, era controlada, com vistas a manter a finalidade de moradia para famílias de baixa renda que fundamentou a desafetação das áreas e a regularização fundiária de interesse social.

5.1.4. Estratégias e Soluções

§ 2º - A compensação de que trata o parágrafo anterior poderá ser dispensada, por ato fundamentado da autoridade municipal competente, desde que nas proximidades da área pública cuja destinação será alterada existam outras áreas públicas que atendam as necessidades da população.

§ 3º - A exceção contemplada na alínea 'c' do inciso VII deste artigo será permitida desde que a situação das áreas públicas objeto de alteração da destinação esteja consolidada até dezembro de 2004, e mediante a devida compensação ao Poder Executivo Municipal, conforme diretrizes estabelecidas em lei municipal específica." (NR)

Artigo 3º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, aos 15 de dezembro de 2008.

Auto-aplicabilidade da concessão: A procuradoria Geral do Município determinou que fosse necessária a autorização legislativa municipal para outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, assim como, para a concessão de direito real de uso. Não foi considerada a tese de inexigência de lei específica autorizativa da outorga da concessão de uso especial para fins de moradia⁵⁰.

A Lei nº 13.514 de 16 de janeiro de 2003, de iniciativa do Executivo, foi aprovada e regulamentada pelo Decreto nº 43.474 de 15 de julho de 2003. Essa lei, peculiar, autorizou a “outorga a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001” (art. 3º, *caput*), paralelamente, autorizou a municipalidade outorgar aos ocupantes que não cumprissem os requisitos previstos na Medida Provisória nº 2.220/2001 a concessão de direito real de uso para fins de moradia (art. 3º § 4º). No tocante aos outros usos, que não a moradia, facultou à municipalidade “autorizar uso para fins comerciais, nos termos do art. 9º da Medida Provisória nº 2.220/2001, e institucionais e de serviços, desde que atendam ao interesse social da respectiva comunidade” (art. 3º § 1º).

As áreas introduzidas no Programa foram identificadas e delimitadas nos anexos da Lei nº 13.514/2003 – “relacionadas e identificadas no anexo I” (art.1º) e “configuradas nos croquis do arquivo do Departamento Patrimonial da Secretaria dos Negócios Jurídicos do Município, constantes do Anexo II” (art.2º).

Desafetação de área de uso comum do povo: foi possível afastar juridicamente a vedação de alteração do destino de áreas públicas originárias de loteamentos, estabelecida pelo artigo 180 VII⁵¹ da Constituição Estadual, vez que a destinação habitacional destas áreas

⁵⁰ Nota: A PGM/SP não acatou assim a posição defendida no Parecer do Instituto Pólis, que prestou consultoria à SEHAB para a estruturação do Programa, que fundamentava a aplicação imediata do dispositivo constitucional previsto no art. 183 regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220/2001. O referido Parecer, entendendo que a concessão de uso especial para fins de moradia se trata de um direito e não de uma pretensão concluiu que “**Para estas situações, a Administração Municipal não precisa ter autorização legal, seja para outorgar a concessão especial de uso para fins de moradia, seja para desafetar a área pública, por se tratar de uma situação excepcional respaldada pela Constituição.** A Administração pode conferir nestes casos por via administrativa a concessão especial, sem necessidade de uma lei específica, com base nas normas da medida provisória e o artigo 183 da Constituição Federal. Cabe à Administração Municipal estabelecer um procedimento administrativo para analisar os pedidos da concessão de uso especial para fins de moradia, cujo prazo máximo para decisão do pedido estabelecido pelo § 1º do artigo 6º da MP é de doze meses, contados da data de seu protocolo”. (p. 33/34) Disponível em: [HTTP://www.cidades.gov.br/secretaria-nacionais/programas-urbano/biblioteca/regularização-fundiaria/textos-diversos/consultoria_polis_regularização_SP](http://www.cidades.gov.br/secretaria-nacionais/programas-urbano/biblioteca/regularização-fundiaria/textos-diversos/consultoria_polis_regularização_SP)> Acesso em 12 nov. 2012.

⁵¹ Nota: Lobo defendeu a inconstitucionalidade deste artigo, face à competência exclusiva da União Federal para legislar sobre modos de aquisição e transferência da propriedade, inclusive pública, sendo certo, ainda, que a transferência de domínio é matéria de direito civil, cabendo tão só à lei regê-la. É certo que o referido dispositivo menciona as áreas definidas em projeto de loteamento como “verdes” ou “institucionais”, havendo entendimentos que reportam-se à questão urbanística, no caso, dentro da competência residual do Estado-Membro. No entanto, força é convir, como já anotado, que à União compete legislar sobre regras gerais de urbanismo e, em comum, com o Estado sobre proteção ao meio ambiente (art. 23, VI, CF), bem como de forma

públicas consolidou-se anteriormente a sua promulgação. A competência municipal constitucional para ordenar o parcelamento, uso e ocupação do solo (art.30, VIII, CF/88) e a previsão do art. 158 da Lei Orgânica Municipal⁵², que ao tratar de política urbana, estabeleceu que os bens públicos municipais não utilizados para outras finalidades seriam prioritariamente destinados, na forma da lei, aos assentamentos da população de baixa renda, também compuseram a fundamentação jurídica que culminou na aprovação da Lei nº 13.514/2003.

O impacto ambiental da desafetação foi demonstrado e conforme exposição de motivos do projeto de lei, a superfície da área desafetada era de apenas aproximados 2.400.000m² (ou 240 hectares), correspondendo a 0,5% das aproximadamente 30 mil áreas verdes municipais. Mais que do que isso, foi demonstrado que a desafetação das áreas não implicou em qualquer prejuízo para o município paulista, no que diz respeito à supressão de áreas verdes, já que estas nunca foram implementadas.

A procuradoria Geral do Município julgou necessária a autorização legislativa municipal para desafetação das áreas de uso comum do povo. A tese da desafetação fática e inexigência de lei autorizativa da desafetação não foram acatadas. A Lei 13.514/2003 determinou, então, que as áreas ocupadas há vários anos predominantemente de uso residencial fossem desafetadas da categoria de bens de uso comum, passando a integrar os bens dominicais do município⁵³.

Dessa forma, verificou-se que, em 2008 (Lei nº 14.665/2008), foi prevista a desafetação por decreto específico⁵⁴ para todas as áreas de uso comum ocupadas por núcleos

concorrente, também com o Estado, sobre "conservação da natureza, defesa do solo, dos recursos naturais e proteção ao meio ambiente (art. 24, VI, da CF), sendo certo, pois, que ao estabelecer critérios para a alteração do loteamento no art. 28 da lei 6.766, de 1979, ou, ainda, sobre a sua desistência, nos arts. 17 e 23, da mesma legislação, presumivelmente observou todos os aspectos pertinentes, inclusive de preservação ao meio ambiente, como lhe competia por atribuição constitucional. Afirma então LOBO "não podendo, destarte, o Estado editar normas em conflito e que praticamente tornem letra morta essas relevantes disposições" LOBO JR., Helio. *Loteamentos - considerações sobre a alteração do plano*. 1998. Disponível em: <http://www.irib.org.br/biblio/LoboJr.asp>> Acesso em 12 nov. 2012.

⁵² Nota: LOM/SP, art. 158 – Os bens públicos municipais dominiais não utilizados serão prioritariamente destinados, na forma da lei, a assentamentos da população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos, assegurada a preservação do meio ambiente.

⁵³ Nota: Lei nº 13.514/2003, art. 1º - Ficam desincorporadas da classe dos bens de uso comum do povo e transferidas para a dos bens dominiais do Município as áreas ocupadas, por população de baixa renda, relacionadas e identificadas no Anexo I, integrante desta lei, com a finalidade de promover Programa de Regularização Fundiária.

⁵⁴ Nota: Lei nº 14.665/2008. Fica o Executivo autorizado a efetuar desafetação de áreas públicas municipais da classe de bens de uso comum do povo, situadas em Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, ocupadas por núcleos habitacionais de população de baixa renda, não relacionadas nesta lei, e cuja situação esteja consolidada anteriormente a 30 de junho de 2001, com a finalidade de promover o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária. Parágrafo Único – para fins do disposto no *caput* deste artigo, será expedido decreto específico com a identificação e caracterização da área objeto de desafetação.

habitacionais de população de baixa renda gravadas como Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, facilitando o procedimento de regularização.

Existência de ações de reintegração de posse: considerando a existência de ações de reintegração de posse movidas pela municipalidade em parte das áreas públicas com ocupação consolidada para fins de moradia a definição do conceito de “oposição” foi primordial para o reconhecimento do direito a moradia conforme previsto na Medida Provisória nº 2.220/2001, em São Paulo, sendo que a falta de oposição a posse é um dos requisitos legais para aquisição do direito à CUEM.

O Decreto nº 43.474, de 15 de julho de 2003 (revogado pelo Decreto nº 49.498/2008), que regulamentou a Lei nº 13.514/2003, definiu oposição como “existência de sentença judicial de ações possessórias ou reivindicatórias, transitada em julgado, procedentes contra os ocupantes das áreas públicas municipais que serão objeto de regularização fundiária”.

Assim, logrou-se êxito no reconhecimento do direito subjetivo à concessão de uso especial para fins de moradia, sendo que a simples propositura de ação possessória ou reivindicatória não é suficiente para desconstituir direitos já existentes, adquiridos com o adimplemento dos requisitos legais, que deve apenas ser declarado pela Administração Pública ou Poder Judiciário⁵⁵. Desta feita, apenas a decisão de oposição à posse julgada procedente e transitada em julgado, antes preenchimentos dos requisitos legais para aquisição do direito real de uso para fins de moradia, caracteriza oposição oponível ao reconhecimento do direito que impede o reconhecimento do direito a CUEM.

Como consequência do conceito de oposição firmado na legislação municipal, a Prefeitura de São Paulo suspendeu as ações reivindicatórias e de reintegração de posse existentes nas 160 áreas incluídas no Programa de Regularização Fundiária pela Lei 13.514/2003. Esta decisão deu-se por meio de Portaria da Prefeitura publicada no Diário Oficial do Município determinando a suspensão das ações pela Procuradoria Geral do Município.

Urbanização e remoção de famílias: A gestão democrática, prevista no Estatuto da Cidade como diretriz da política urbana (Lei nº 10.257/2001, art. 2, II), foi a principal estratégia adotada pela equipe social da Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano para elaborar e legitimar as intervenções necessárias para a regularização urbanísticas nas

⁵⁵ Nota: Registra-se que, inicialmente, a Procuradoria Geral do Município propôs que o conceito de oposição abrange-se toda a iniciativa contestatória de posse para fins de moradia de áreas públicas municipal, entendimento revisto a partir da proposta de redefinição de oposição apresentada pela Consultoria do Instituto Pólis.

áreas do Programa. O fato da Superintendência da Habitação (HABI) contar com unidades descentralizadas foi decisivo para capilaridade do Programa, tendo presença contínua nas comunidades e soluções diferenciadas criadas ao longo da implementação do Programa. Vale ressaltar que parte das comunidades incluídas no Programa já possuía significativa organização popular, que foi decisiva para aprovação da Lei nº 13.453/2003.

Sendo um dos critérios de seleção de áreas de intervenção ser ZEIS, determinada pelo plano diretor, o procedimento de regularização urbanística das 160 áreas públicas já estava definido naquele plano. Os principais instrumentos utilizados foram os Planos de Urbanização⁵⁶ e os conselhos gestores de cada ZEIS, instância decisória do plano composta pela Prefeitura e moradores atuais e futuros do assentamento.

No caso de áreas ocupadas destinadas a projetos de urbanização, situadas em áreas de uso comum do povo ou áreas de preservação ambiental (situação em que é faculdade⁵⁷ da Administração Pública a regularização no local de moradia, conforme disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 2.220/2001) a Prefeitura de São Paulo inovou ao instituir procedimento administrativo intermediário para garantir os direitos dos moradores a moradia naquele ou em outro local. Os moradores que preencherem os requisitos legais para outorga da concessão de uso especial para fins de moradia devem receber uma declaração⁵⁸ contendo “no mínimo, a

⁵⁶ Nota: O Plano de Urbanização será implementado mediante a seguinte seqüência de ações (art. 19, Decreto 44667 de 2003): I - criação do Conselho Gestor, correspondendo à área de abrangência do Plano de Urbanização; II - elaboração de diagnóstico, III - elaboração de Plano de Massas, IV - aprovação das diretrizes do Plano de Urbanização pela CAEHIS (Comissão interna da SEHAB); V - elaboração do Plano de Urbanização (projeto de parcelamento do solo para fins de urbanização específica, abrangendo sistema viário, áreas públicas, lotes e edificações, se for o caso; projetos das etapas de execução do Plano de Urbanização; parâmetros urbanísticos específicos para a aprovação de desdobros, remembramentos, novas edificações e mudanças de uso do solo; Plano de Ação Social), VI - aprovação do Plano de Urbanização pelo Conselho Gestor e pela CAEHIS; VII - aprovação da minuta de Decreto correspondente ao Plano de Urbanização pela CAEHIS, VIII - edição do Decreto correspondente ao Plano de Urbanização.

⁵⁷ Nota: Medida Provisória nº 2.220/2001, Art. 5º. É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1 e 2 em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I - de uso comum do povo; II - destinado a projeto de urbanização; III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV - reservado à construção de represas e obras congêneres; ou V – situado em via de comunicação.

⁵⁸ Nota: Decreto Municipal nº 49.498/2008, Art. 5º. O preenchimento dos requisitos exigidos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, nas hipóteses previstas no artigo 5º da Medida Provisória 2.220, de 2001, poderá ser reconhecido pelo Executivo, por meio de declaração, na seguinte conformidade:

I - aos ocupantes de imóveis situados em áreas destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, para os quais haja previsão de elaboração de projetos ou de execução de obras de recuperação urbanística e ambiental;

II - aos ocupantes de imóveis em áreas destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, nas seguintes situações: a) situados, parcial ou totalmente, sobre faixas não-edificáveis de cursos d'água, destinadas a futura intervenção de saneamento e drenagem; b) situados, parcial ou totalmente, em logradouros públicos; c) possuam acesso por área particular; d) situados, parcial ou totalmente, em áreas destinadas a ações de recuperação urbanística e ambiental, à implantação de áreas verdes e equipamentos de recreação e lazer; e) situados, parcial ou totalmente, em trechos necessários à implantação de redes de água,

metragem ou a fração ideal, a localização da área, o nome do beneficiário e o endereço do imóvel utilizado para fins de moradia e não produzirá efeito para os fins de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis” (art. 5, § 2º). A declaração não garante ao beneficiário o exercício do direito a concessão de uso especial para fins de moradia no próprio local (art. 5, §3º), mas poderá ser convertida em termo administrativo de concessão de uso especial quando forem superados os fatores impeditivos que justificaram a sua emissão (art. 6º) no local definitivo de moradia dos beneficiários (art. 6º, § 2º). Ressalte-se que a conversão ou não em concessão se dá conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal. Por esta declaração, a Prefeitura identifica e cadastra as famílias que devem ser removidas para outros locais apropriados para moradia ou que só receberam o título de concessão após a intervenção física. Trata-se de uma segurança para ambos: para os moradores que tem direito a concessão e para a Prefeitura que tem o compromisso de outorgá-la àqueles.

Intervenção no mercado informal de aluguéis: O trabalho feito nos casos de “aluguéis” nas áreas públicas ocupadas, como em qualquer processo de regularização fundiária, exigiu por parte da Prefeitura, um diferenciado trabalho social e intervenção nos conflitos entre moradores.

Os critérios do Programa, em conformidade com a determinação legal, permitem a regularização de apenas uma única moradia em nome de cada família favorecida, certo que o

esgoto, energia elétrica e sistemas de drenagem, bem como à abertura, alargamento ou adequação de sistema viário interno às ocupações;

III - aos ocupantes de imóveis que vierem a requerer administrativamente, de forma individual ou coletiva, a concessão de uso especial para fins de moradia, situados em áreas públicas municipais que: a) necessitem de execução de levantamento planialtimétrico cadastral, bem como da efetivação da regularização urbanística e fundiária da totalidade da ocupação para a especialização do imóvel objeto do pedido; b) possuam estudos de viabilidade e parecer favorável à regularização urbanística e fundiária; c) dependam de elaboração de projetos e/ou execução de obras de recuperação urbanística e ambiental, para a efetivação da regularização urbanística e fundiária.

§ 1º. Nos casos enquadrados no inciso II deste artigo, as situações previstas nas alíneas "a" a "e" deverão ser demarcadas e identificadas em planta de individualização dos lotes como "área reservada".

§ 2º. A declaração deverá conter, no mínimo, a metragem ou a fração ideal, a localização da área, o nome do beneficiário e o endereço do imóvel utilizado para fins de moradia e não produzirá efeitos para fins de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

§ 3º. A declaração não garantirá ao beneficiário o exercício do direito à concessão de uso especial para fins de moradia no próprio local.

Art. 6º. A declaração de preenchimento dos requisitos exigidos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser convertida em termo administrativo de concessão de uso especial quando forem superados os fatores impeditivos que justificaram a sua emissão. § 1º. A conversão da declaração em termo administrativo de concessão obedecerá aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal, no que tange à implementação das intervenções às quais esteja vinculada.

§ 2º. Na hipótese de conversão da declaração em termo administrativo de concessão, este será outorgado para o local definitivo de moradia dos beneficiários.

§ 3º. Na hipótese de adesão do beneficiário da declaração a outro programa, projeto ou alternativa habitacional, a declaração deverá ser cancelada.

beneficiário não pode ser proprietário ou concessionário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural.

Dessa forma, o direito a concessão de uso especial para fins de moradia, como regra geral, diz respeito aquele que possui o imóvel urbano público para fins de sua moradia e de sua família, isso porque nenhuma pessoa pode alugar a terra que não é sua, principalmente, porque fundamento constitucional do instrumento de regularização em questão é a garantia do direito fundamental a moradia.

Contudo, estes moradores não possuíam o imóvel como se fosse seu (conforme dispõe o art. 183 da CF/88 e art. 1º e 2º da Medida Provisória nº 2.220/2001), vez que saldavam a terceiro o aluguel do terreno ou da unidade habitacional – se tratando de um aluguel inexistente no mundo jurídico, porém, presente na realidade das urbes brasileiras. Ponderando que o objetivo do Programa é a progresso na qualidade de vida nestas comunidades e que não pode existir enriquecimento sem causa daquele que mora em relação às benfeitorias edificadas pelo “locador”, o melhor recurso deve ser a opção menos conflituosa à comunidade.

Dentre as estratégias adotadas pela Prefeitura de São Paulo, vale ressaltar que uma das regionais da Secretaria de Habitação promoveu uma espécie de instância de intervenção e mediação de conflitos locais que possibilitou firmar acordo entre “locadores” e “locatários” em que os primeiros concordavam com a titulação dos segundos, uma vez que fora acordado e reduzido a termo o pagamento pelas benfeitorias construídas pelo primeiro. A maior parte dos conflitos costuma ser no momento do cadastro, por exemplo, quando o “locador” expulsa seus “locatários” de suas moradias colocando parentes para serem cadastrados. Assim, quanto mais o cadastro refletir a realidade da comunidade local, melhores serão os resultados, para tanto são estratégias: a informação prévia e clara em audiência pública sobre a finalidade da regularização fundiária (sobre quem tem direito a que título, que os casos de “aluguel” serão tratados em separado para assegurar os direitos de ambas as partes), a parceria com as associações de bairros e lideranças comunitárias para a realização do cadastramento, já que estas conhecem os moradores e, muitas vezes, tem legitimidade junto a comunidade.

Comprovação do tempo de posse: A nova redação dada ao art. 3º § 5º da Lei nº 13.415/2003, c/c art. 2º § 4º do Decreto nº 49.498/2008, previu a possibilidade de somatória de posses para computar o prazo mínimo de ocupação da área para fins de moradia para aquisição do direito à CUEM individual ou coletiva. Cabe aqui ressaltar, que a Medida Provisória nº 2.220/2003 prevê expressamente a totalização de posse apenas para a

comprovação da concessão coletiva, sendo essa previsão um avanço interessante para a simplificação de procedimentos que pode ser regulamentado pela lei específica do Município.

Registro dos títulos de concessão: A Prefeitura do Município de São Paulo promoveu gestão com a Vara de Registros Públicos e por meio de uma comissão técnica composta por representantes dos cartórios de registro de imóveis, peritos judiciais, procuradores municipais e técnicos das Secretárias de Habitação e Secretária de Negócios Jurídicos, definiram procedimentos técnicos simplificados para concretização dos registros das 160 áreas, constituindo métodos e padrões técnicos para descrição das áreas a serem regularizadas, consequência da Ordem de Serviço nº 002/2003⁵⁹, apresentada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital, Corregedor Permanente das Serventias Extras Judiciais. Este novo normativo registral inovou enormemente ao aceitar o levantamento aerofotogramétrico (feitos a partir de fotos aéreas com pontos de controle em campo), alternativo ao topográfico, para matrícula de áreas públicas e a dispensa da citação dos confrontantes moradores de área particular, reconhecendo e aceitando “carta de anuência” com a descrição dos limites do levantamento técnico.

Pós-regularização: O Programa de Regularização Fundiária adotou o critério de regularizar apenas áreas gravadas como ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social⁶⁰, facilitando o controle do uso do terreno para fins de moradia de interesse social. No tocante ao controle de cessão a terceiros de imóveis cedidos aos ocupantes originários, o Decreto nº

⁵⁹ Nota: SÃO PAULO. Prefeitura da cidade de São Paulo. Ordem de serviço nº 1/ 2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, 8 de abril de 2003.

[...] “5.- Para a regularização das áreas públicas desafetadas legalmente, em atenção aos termos da Medida Provisória n 2.220/01, deverá a Municipalidade apresentar a planta da área, extraída de levantamento topográfico ou aerofotogramétrico, em atenção aos padrões registrais, diretamente junto ao respectivo Registro, que providenciará a abertura da matrícula da área integral; (g.n)

6.- O Oficial do Registro de Imóveis deverá proceder a exame de qualificação, analisando eventual interferência da descrição da área sobre outras áreas registradas;

7.- Nos casos em que a área pública confrontar com particular, este deverá ser citado diretamente ou pela via postal, em regular procedimento junto a esta 1a VRP;

7.1 - A citação poderá ser dispensada, se aos autos forem apresentadas “cartas de anuências” dos confrontantes, que expressamente venham a declarar conhecimento e concordância com a descrição constante do levantamento técnico; {...}

⁶⁰ Nota: A Lei 13.430 de 2002 – Plano Diretor Estratégico de São Paulo, define as ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social são um dos tipos de “zonas especiais” definidas pelo artigo 167 onde há uma destinação específica e é possível ter normas próprias de uso, ocupação do solo ou edificações. Segundo definição do artigo 171 as ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social compreendem: “porções do território destinadas, prioritariamente, à recuperação urbanística, à regularização fundiária e produção de Habitações Social - HIS ou do Mercado Popular – HMP definidos nos artigos XIII e XIV do artigo 146 desta lei, incluindo a recuperação de imóveis degradados, a provisão de equipamentos sociais, culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local, compreendendo: ZEIS 1 - área ocupada por população de baixa renda, abrangendo favelas, parcelamentos e loteamentos irregulares ou precários, e Empreendimento de Habitação de Interesse Social - EHIS promovidos pela Administração Pública Direta e Indireta, em que haja o interesse público em promover a recuperação urbanística, a regularização fundiária, a promoção e manutenção de HIS, incluindo equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local;[...]

49.498/2008 definiu procedimentos para aprovação prévia pela Municipalidade para a transferência da concessão de uso. O terceiro interessado em adquirir o direito real de uso do imóvel deve fazer o pedido à SEHAB, não podendo o requerente ser concessionário ou proprietário de outro imóvel, cabendo recurso administrativo contra decisão da Administração.

5.1.5. Resultados

Segundo informações da Prefeitura Municipal de São Paulo, Secretaria da Habitação, Superintendência de Habitação Popular, disponível na biblioteca de Regularização Fundiária do Ministério das Cidades⁶¹;

Títulos administrativos outorgados: Estavam cadastradas no Programa de Regularização Fundiária aproximadamente 54.000 famílias, e, em 05 anos, 40.000 famílias foram contempladas com os termos de concessão de uso para fins de moradia nas áreas públicas municipais. Estas famílias tiveram seus títulos outorgados por atenderem efetivamente aos critérios exigidos pela medida provisória nº 2.220/01.

Títulos registrados: Somente seis áreas possuíam matrículas abertas até o momento, propiciando o registro de 900 Termos de Concessão de famílias moradoras nos Serviços de Registros de Imóveis da Capital.

Aparentemente a regularização do registro parece ser o ponto de maior facilidade do Programa, muito embora os avanços obtidos com a edição da Ordem de Serviço nº 1/2003 – 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, para simplificação do Registro de Regularização Fundiária em áreas públicas, a abertura de matrícula das áreas desafetadas para moradia dos loteamentos urbanos foi a principal barreira.

Barreira que remete às causa da própria ocupação desordenada destas áreas (áreas de uso comum dos loteamentos urbanos) que, por não serem devidamente determinadas (na maioria das vezes correspondem a pior área do projeto do loteamento), não sendo incorporadas ao cadastro público e desmembradas da matrícula do loteamento em nome da municipalidade (geralmente os loteamentos não são registrados), e a implantação das praças, sistema viários, equipamentos públicos e áreas verdes fica prejudicada.

A ineficiência dos cartórios para registros dos títulos oriundos de programas públicos foi outra barreira, pois estes títulos gozam da gratuidade de custas e emolumentos, nos termos

⁶¹ Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programasurbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/experiencias-de-regularizacao-fundiarianobrasil/sp/SaoPauloff2007.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

da Lei de Registros Públicos, ou ainda, a ocorrência de resistência mediante a suscitação de dúvidas perante a Vara de Registros Públicos.

Sobre esse assunto, vale lembrar, que por mais que a Regularização Fundiária plena objetive compatibilizar os cadastros públicos (regularidade cadastral) e os Registros Cartoriais, para prevenir o mercado informal e garantir a oposição *erga omnes*, a força de escritura pública dos contratos administrativos outorgados pela Administração Pública já confia o reconhecimento do direito à moradia dotada de segurança jurídica aos moradores de áreas públicas. Sendo que somente com a anuência prévia da Municipalidade o título pode ser transferido.

Anexo os normativos e minutas de contratos do CUEM para reflexão da experiência pioneira no estado de São Paulo.

CONCLUSÃO

A problemática da moradia tem sido ao longo da história, uma das principais preocupações do homem. Em razão do crescimento desordenado das cidades brasileiras, desponta na atualidade como um dos elementos da crise metropolitana, a demandar trabalho conjunto dos diversos ramos científicos que se entrelaçam, dos quais o direito não pode se afastar.

A questão da moradia passa a gerar outros problemas, a exemplo do aumento da insatisfação social das pessoas, do crescimento da marginalização e da queda da produtividade do trabalhador, sobretudo pelas elevadas distâncias entre o trabalho do indivíduo e o local onde reside, e quando não raras vezes, sequer possui condições de denominar como residência.

Nota-se, neste estudo, que o domínio público da propriedade não basta para efetivar o princípio da função social da propriedade, sendo necessária a utilização fática dos imóveis públicos a serviço da sociedade. Sendo assim, nas áreas públicas afetadas pelas ocupações e dinâmicas urbanas, mediante o acesso informal ao uso do solo urbano para fins de moradia das populações de baixa renda, verificou-se a imposição de limites à discricionariedade da atuação da Administração Pública, Legislativo e Judiciário. É nesse momento que o Poder Público não só pode como deve reconhecer o direito a moradia de ocupantes de área pública urbana.

Verifica-se, portanto, que o direito subjetivo constitucional à moradia, manifesta-se na **concessão especial para fins de moradia** prevista no § 1º do artigo 183 da Constituição Federal e regulamentada pela Medida Provisória nº 2.220/01. Tendo sua natureza jurídica de **direito constitucional**, esta espécie de concessão de uso consagra um regime especial sobre bens públicos, sendo eles bens públicos federais, estaduais, distritais e municipais, em suas várias categorias.

Cabe aos entes federativos definir os procedimentos administrativos para alcançar esse direito, principalmente no caso de assentamentos localizados em áreas de risco à vida e à saúde ou quando sobre a mesma área pública estiver vinculada a proteção de outro interesse público, situação em que o direito à moradia poderá ser garantido em outro local quando não for possível compatibilizá-lo com o uso da moradia (art.4º e 5º, MP 2.220/2001). Da mesma forma é de responsabilidade dos entes federativos, em consonância com os Planos Diretores Participativos Municipais ou a definição de Zonas de Interesse Social, definir os

assentamentos prioritários para investimentos públicos em urbanização e regularização fundiária, assim como para prevenir novas ocupações precárias investindo em provisão habitacional de interesse social.

Os instrumentos jurídicos da Regularização Fundiária exprimem o avanço na democratização do acesso à propriedade pública, principalmente às famílias de baixa renda, na medida em que o direito a moradia em áreas públicas e o direito a gestão democrática das cidades é reconhecido por nosso ordenamento jurídico.

São nas áreas públicas que ocorrem a maior parte das ocupações precárias, já que estas estão fora do mercado imobiliário privado formal e passa ser a melhor alternativa da população carente que busca por um lugar na cidade. Isso sem esquecer-se das grilagens de terras públicas que foram roubadas do povo brasileiro, apoiada por uma antiquada relação entre poder, privilégios e corrupção.

A Regularização Fundiária implica na segurança da posse dos ocupantes de áreas públicas, não decretando a transferência de domínio destas para o patrimônio particular. As espécies de concessão de direito real de uso, mantém o imóvel no domínio público, ao mesmo tempo em que permite empregá-lo a finalidade de interesse público.

A implementação a destinação do patrimônio público se dá com a ampliação da participação social no controle da Administração Pública, considerando a competência municipal para o ordenamento do solo definida na Constituição.

É necessária a consolidação de um processo de construção coletiva em relação ao uso desses bens que são do interesse de todos, transcendendo os interesses estatais. Esta esfera pública de decisão depende da consolidação em lei de instâncias colegiadas de tomada de decisão quanto a destinação de imóveis públicos.

Durante o trabalho, notou-se a mudança de paradigma da gestão dos bens públicos, que passaram de uma função apenas arrecadatória a uma função socioambiental da propriedade pública, passando a dar uma resposta efetiva a um problema histórico brasileiro: a concentração fundiária, que resulta em um déficit de moradia e terra para grande maioria da população.

As experiências de regularização de áreas públicas demonstram que a democratização do acesso à propriedade pública pelas famílias de menor renda está em curso. Abandona-se, assim, um modelo que existiu desde a colonização do país, estabelecendo um novo paradigma na gestão do patrimônio público que de terra de ninguém passa a ser visto como terra de todos os brasileiros.

A implementação de concessão de uso de áreas públicas inicialmente destinadas ao uso comum do povo ou ao uso especial que foram desafetadas faticamente pela ocupação urbana de interesse social e a aplicação das modalidades coletivas da concessão de uso para fins de moradia, se destacam como estratégias formidáveis para a destinação de imóveis públicos a Programas de Regularização Fundiária e habitação de interesse social.

Com a introdução do capítulo de política urbana na Constituição Federal, surge o marco legal jurídico-urbanístico abarcado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a MP 2.220/2001 (Regulamenta a concessão especial para fins de moradia de bens públicos), a Lei 11.481/2007 (Lei de Regularização Fundiária de Interesse Social das Terras da União), a Lei 11.952/2009 (Lei de Regularização Fundiária de áreas da União na Amazônia) e a Lei 11.977/2009 (2ª parte dispendo sobre a Regularização Fundiária de assentamentos informais urbanos), e Planos Diretores Municipais que aproximam o interesse público do interesse social.

A Regularização Fundiária de imóveis públicos, ocupados por famílias de baixa renda para fins de moradia, é exatamente este processo de redefinição do campo do legal e do ilegal a partir do reconhecimento pelo aparato estatal da produção social da cidade pelos grupos mais vulneráveis.

A principal inovação para o regime jurídico dos bens públicos consiste na vinculação do reconhecimento do direito à moradia em áreas públicas, rompendo a cultura de discricionariedade administrativa quando se trata do reconhecimento pelo Estado brasileiro de direitos fundamentais irrenunciáveis, já que a natureza jurídica da concessão de uso expressa no parágrafo 1º do art. 183 da Constituição Cidadã, trata-se de um **direito subjetivo constitucional**.

Nos casos em que os ocupantes preencherem os requisitos do art. 183 da Constituição Federal ou quando os ocupantes morem em áreas definidas como de interesse social, há o poder-dever da Administração Pública proceder investimentos na Regularização Fundiária. Igualmente, em todos os casos que estiver em conflito o direito fundamental à moradia, este deverá ser preservado, suspendendo a pretensão reintegratória e reivindicatória. Sendo que, o Poder Público não só pode como deve reconhecer o direito à moradia de ocupantes de área pública urbana sempre que se tratar do direito fundamental irrenunciável a uma vida digna.

Acredita-se que, estes são novos rumos, essenciais para instituição do justo nas cidades, porém, não dependendo apenas de instrumentos jurídicos, sendo necessário refletir sobre a articulação entre os institutos de direito urbanístico, direito civil e direito

administrativo. Mais do que tudo, não se pode admitir num país como o Brasil, em que, infelizmente milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desleixo ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de uso para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carlos; BORBA, Teresa. Regularização Fundiária e procedimentos administrativos. In: ROLNIK, Raquel *et alii*. **Regularização fundiária plena: referências conceituais**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007, p. 200.

ALFONSIN, Betânia. **O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil**. In: ROLNIK, Raquel et al. Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2006, p. 53-74.

_____. Da concessão de uso especial. In: **ESTATUTO DA CIDADE COMENTADO**. Liana Portilho Mattos (org). Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 419.

ALFONSIN, Jacques. O direito achado na rua: positivismo de combate. Entrevista concedida à jornalista Graziela Wolfart. **Revista on-line do Instituto Humanista Unisinos**, n. 305, v. 9, p. 6-10, 24/08/2009. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/uploads/edicoes/1251143169.3547pdf..> Acesso em: 12 nov.2012.

ALVES, Carlos Moreira. **Direito Romano**. 11 ed. São Paulo: Editora Forense na Estante, 1999.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio – reexame sintético das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998

BESSA, Eli Mendes. **Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação do seu caráter fundamental**. Revista Diálogo Jurídico, ano 4, n. 4, 2000.

BLANCO, Gabriel. Breve histórico e comentários sobre a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei Federal n. 6.766/1979). In **A perspectiva do Direito à Cidade e Reforma Urbana na revisão da Lei do Parcelamento do Solo**. N. Saule Jr (org.). São Paulo: Caderno Pólis 10, 2008.

BRASIL. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

_____. Decreto-lei nº 710 de 17 de setembro de 1938. **Lex**: coletânea de legislação. São Paulo, v. 7, 1943.

_____. Governo federal. Ministério da Justiça. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 26 de setembro de 2012.

_____. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. In: DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental**: Princípios e práticas. 9. ed. São Paulo: Gaia, 2004. p. 50-59.

_____. Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de dez de 1981. Seção 1.

_____. Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de julho de 2001. Seção 1.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 de jun 1993. Seção 1.

_____. Lei nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana.* Brasília, 2001.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil.* Brasília, 2002.

_____. 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.* Brasília, 2009.

_____. Medida Provisória nº. 292, de 26 de Abril de 2006. *Altera Leis nºs 9.636/98 e 8.666/93, Decretos-Leis nºs 271/67, 9.760/46, 1.876/81 e 11.124/05.* Brasília, 2006.

_____. Medida Provisória nº. 514, de 1º de Dezembro de 2010. *Regularização Fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.* Brasília, 2010.

_____. Ministério das Cidades. *Plano Diretor Participativo.* Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Brasília. 2005.

_____. Ministério das Cidades. *Plano Local de Habitação de Interesse Social.* Secretaria Nacional de Habitação. 2006.

_____. Ministério das Cidades. *Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº.11.977/2009.* Brasília. 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. *In: O ESTATUTO DA CIDADE. COMENTÁRIOS À LEI FEDERAL 10.257/2001.* Adilson Dallari e Sérgio Ferraz (coord.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 340.

CAMBI, Eduardo. Propriedade no Novo Código Civil: Aspectos inovadores. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, v. 16. p. 31 - 48, out./dez. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa** – Anotada, 1ª Edição brasileira e 4ª Edição portuguesa, Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.

CARTILHA, **Direito à Moradia:** Cidadania Começa em Casa, 2010.

CASTRO, Sonia Rabello. Algumas formas diferentes de se pensar e reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos “países novos”. *In: Direito Urbanístico e política urbana no Brasil*. FERNANDES, Edésio (org.). Belo Horizonte: Rel Rey, 2001.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Direito Civil**. São Paulo: editora Almedina, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 10ª Ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia: Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001. *In: O ESTATUTO DA CIDADE*. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz (coord.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 161.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia: Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001 (001). *In: O ESTATUTO DA CIDADE*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz (coord.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

EM TEMPO/ Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Revista da área de Direito do UNIVEM. V.11, n.11 (2012)

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: FABRIS, Sérgio Antônio Editor, 1988.

FALCÃO, Ismael Marinho. **Direito agrário brasileiro: doutrina - jurisprudência, legislação – prática**. Edipro, 1995, p. 503.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**: uma introdução. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*, p. 11.

_____; ROLNIK, Raquel. **Regularização fundiária: desafio imenso e inadiável**. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programasurbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/textos-diversos/regularizacao-regularizacaoofundiaria-e-governo-federal/textos/RegularizacaoFundiarriaDesafioImensoInadiavel.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**, 10ªed. Ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v.6.

FULGÊNIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias: teoria geral: prática**. v. 1. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. *In: Problemas de Direito Civil-Constitucional*. TEDEDINO, Gustavo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

HEIM, Bruno. **Mudando o rumo dos ventos**: repensar a propriedade pública à luz do Estado Democrático de Direito. Artigo apresentado no V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico em Manaus, 2008 e 2º lugar no Concurso de Artigos do VIII Fórum Brasil de Direito. Disponível em: <<http://www.portalmultipla.com.br/fiques/coficondart.html>>. Acesso em: 18 set. 2012.

<http://www.cidades.gov.br/secretaria-nacionais/experiencias-de-regularizacao-fundiaria-nobrasil/sp/SaoPauloff2007.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

IHERING, Rudolf von, “**Teoria Simplificada da Posse**” tradução de Fernando Bragança, Belo Horizonte: Líder, 2004.

IMPARATO, Ellade. A regularização fundiária na cidade de São Paulo: a problemática da Zona Leste. *In: DIREITO URBANÍSTICO E A POLÍTICA URBANA NO BRASIL*. Edesio Fernandes (org.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. *In: Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

LEÃO JUNIOR, T.M.A. **Provimento Jurisdicional por etapas para a Realização Coletiva do Direito à Moradia**. Tese de Doutorado. Ano de obtenção, 2012.

LIMA, Elaine Maria Barreiros. **O Fiador e o direito á moradia** – Direito fundamental á moradia frente á situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

LOBO JR., Helio. **Loteamentos**: considerações sobre a alteração do plano. 1998. Disponível em: <http://www.irib.org.br/biblio/LoboJr.asp>

LOMAR, Paulo José Villela.. Estatuto da Cidade. *In: ESTATUTO DA CIDADE*: comentários à lei 10.257/01. Adilson Abreu Dallari (coord.). São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima-Cepam, 2001

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. . **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva.2002

MEIRELES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 469.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, “**Curso de Direito Administrativo**”, Editora Malheiros, 7ª Edição, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Perfil do usucapião constitucional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 26, p. 119-140, ago./nov. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, “**Instituições de direito civil**”, v.4, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POZZOLI, L.; ALVIM, M. C. S. ; Marcelo Souza Aguiar ; Lídia Reis Almeida Prado ; Ila Barbosa Bittencourt ; Dora Nogueira Porto ; Ida Raichtaler do Valle ; André Franco Montoro ; Luiz Sergio Fernandes de Souza ; OLIVEIRA, M. R. ; CICCIO, C. ; Guilherme Arruda Aranha . A dignidade humana na Constituição Federal de 1988 - função promocional do direito. In: Lafayette Pozzoli e Márcia Cristina de Souza Alvim. (Org.). *Ensaio Sobre Filosofia do Direito / Dignidade da Pessoa Humana / Democracia / Justiça*. 1ed.São Paulo: Educ / Fapesp, 2011, v. 1.

REZENDE, Astolpho. **A posse e sua proteção**. 2ª Ed. São Paulo: Lejus, p. 1, 2000.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131-132.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei – legislação, política urbana e território na cidade de São Paulo**, São Paulo: FAPESP Studio Nobel, 3ed. 1997.

SÃO PAULO. Prefeitura da cidade de São Paulo. Ordem de serviço nº 1/ 2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, 8 de abril de 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista *Ajuris***, Porto Alegre, n.73, p. 210-236, jul. 1998.

SAULE JUNIOR, Nelson. (coord.). **Direito à cidade – trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. *In: O direito à moradia como responsabilidade do estado Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direito a moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro**. *In: Diálogos sobre Direito Civil*. RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Artur Marques da. **O regime constitucional do usucapião**. In: BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Os direitos Humanos no Brasil**. *In: Livro de Estudos jurídicos*. TUDENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (coord.). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol. 6, 1993.

_____. **Direito Urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional.** *In: Estudos jurídicos.* TUDENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (coord.). Rio de Janeiro: obra de edição do Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

TOLEDO, Iara Rodrigues de; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; FRÓES, Carla Baggio Laperuta (Orgs.). **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das Famílias.** – 1.ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: Direitos Reais.** São Paulo: Atlas, 2001.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: de 16 de julho de 1934. Disponível em:

<<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/362641da8a5bde02032569fa00742174?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil:** de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Constituição da República do Brasil:** de 8 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007:** institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **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: Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

_____. **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: 14 nov. 2012.

_____. **Mensagem de veto nº 730 de 10 de julho de 2001:** vetos parciais à Lei nº 10.257/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/Mensagem_Veto/2001/Mv730-01.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

ANEXO

Leis e Decretos da experiência de regularização fundiária de áreas públicas municipais da Municipalidade de São Paulo.

ANEXO I – LEIS E DECRETO DA EXPERIÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE ÁREAS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO

Lei Nº 13.514 de 16 de janeiro de 2003 – Município de São Paulo

DISPÕE SOBRE DESAFETAÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DA CLASSE DOS BENS DE USO COMUM DO POVO, OCUPADAS POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA, COM A FINALIDADE DE PROMOVER PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA E FUNDIÁRIA, AUTORIZA O EXECUTIVO A OUTORGAR CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA OU CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(Projeto de Lei nº 385/02, do Executivo)

MARTA SUPLICY, Prefeita do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 24 de dezembro de 2002, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - Ficam desincorporadas da classe dos bens de uso comum do povo e transferidas para a dos bens dominiais do Município as áreas ocupadas, por população de baixa renda, relacionadas e identificadas no Anexo I, integrante desta lei, com a finalidade de promover Programa de Regularização Urbanística e Fundiária.

Art. 2º - As áreas referidas no artigo anterior estão configuradas nos croquis do arquivo do Departamento Patrimonial da Secretaria dos Negócios Jurídicos do Município, constantes do Anexo II desta lei, e serão descritas e caracterizadas à época de seu registro perante o Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 3º - Fica o Executivo autorizado a outorgar a concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, aos atuais ocupantes dos imóveis públicos de que trata esta lei.

§ 1º - Fica facultado ao Executivo autorizar usos para fins comerciais, nos termos do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.220/01, e institucionais e de serviços, desde que atendam ao interesse social da respectiva comunidade.

§ 2º - A concessão de uso especial para fins de moradia, também, poderá ser outorgada pelo Executivo Municipal ao ocupante de imóvel com ocupação mista, cujo uso predominante é o de sua moradia ou de sua família.

§ 3º - Nas condições estatuídas por esta lei, a Secretaria dos Negócios Jurídicos deverá rever as ações judiciais em curso, tomando as medidas necessárias para desistência e arquivamento de eventuais ações.

§ 4º - Na hipótese de não ocorrer o implemento da totalidade das exigências previstas na Medida Provisória mencionada no "caput" deste artigo, o Executivo poderá, como alternativa, outorgar aos ocupantes, concessão de direito real de uso para fins de moradia, atendidas as normas da legislação federal quanto às condições de uso do bem.

Art. 4º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 16 de janeiro de 2003, 449º da fundação de São Paulo. MARTA SUPLICY, PREFEITA

Os Anexos I e II desta lei serão publicados na edição do DOM de 22 do corrente mês, em forma de suplemento.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/01/2003

LEI Nº 14.665 DE 8 DE JANEIRO DE 2008 – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

DISPÕE SOBRE DESAFETAÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DA CLASSE DOS BENS DE USO COMUM DO POVO E DESTINAÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DA CLASSE DOS BENS DOMINIAIS PARA PROMOVER O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA E FUNDIÁRIA; AUTORIZA O EXECUTIVO A OUTORGAR CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA OU CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO, BEM COMO DOAR ÁREAS A ÓRGÃOS OU ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA, PARA A CONSTRUÇÃO DE HABITAÇÕES DE INTERESSE SOCIAL; ALTERA O ART. 3º E SUBSTITUI OS ANEXOS I E II DA LEI Nº 13.514, DE 16 DE JANEIRO DE 2003.

(Projeto de Lei nº 780/07, do Executivo)

GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 12 de dezembro de 2007, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - Ficam desincorporadas da classe dos bens de uso comum do povo e transferidas para a dos bens dominiais do Município as áreas ocupadas por população de baixa renda, relacionadas e identificadas no Anexo I integrante desta lei, com a finalidade de promover o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária.

Art. 2º - As áreas públicas municipais da classe dos bens dominiais ocupadas por população de baixa renda relacionadas no Anexo II integrante desta lei ficam destinadas ao Programa de Regularização Urbanística e Fundiária.

Art. 3º - As áreas de que tratam os arts. 1º e 2º, configuradas nos croquis e plantas dos arquivos dos Departamentos Patrimonial e de Desapropriações da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos e da Superintendência de Habitação Popular da Secretaria Municipal de Habitação, serão descritas e caracterizadas mediante levantamento planialtimétrico cadastral da situação fática das ocupações.

Art. 4º - Os perímetros, as dimensões e a caracterização das áreas públicas municipais relacionadas nos Anexos I e II desta lei, obtidos pelo levantamento planialtimétrico cadastral mencionado no art. 3º, serão reconhecidos por meio de decreto, que constituirá documento hábil para fins de registro perante o Cartório de Registro de Imóveis competente.

Art. 5º - Fica o Executivo autorizado a efetuar desafetação de áreas públicas municipais da classe de bens de uso comum do povo, situadas em Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS, ocupadas por núcleos habitacionais de população de baixa renda, não relacionadas nesta lei, e cuja situação esteja consolidada anteriormente a 30 de junho de 2001, com a finalidade de promover o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária.

Parágrafo Único - Para os fins do disposto no "caput" deste artigo, será expedido decreto específico com a identificação e caracterização da área objeto de desafetação.

Art. 6º - Fica o Executivo autorizado a outorgar concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, ou concessão de direito real de uso aos ocupantes dos imóveis públicos de que trata esta lei, na forma estabelecida pela Lei nº 13.514, de 16 de janeiro de 2003.

Art. 7º - A relação das áreas municipais integrantes do Anexo I de que trata o art. 1º da Lei nº 13.514 de 2003, fica substituída pela constante do Anexo III integrante desta Lei.

Art. 8º - Os croquis das áreas municipais constantes do Anexo II de que trata o art. 2º da Lei nº 13.514, de 2003, ficam substituídos pelas plantas obtidas por meio de levantamentos planialtimétricos cadastrais integrantes do Anexo IV desta Lei.

Art. 9º - O art. 3º da Lei Municipal nº 13.514, de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido de § 5º: "Art. 3º - Fica o Executivo autorizado a outorgar concessão de uso especial para fins de moradia, prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, aos ocupantes dos imóveis públicos de que trata esta lei. § 5º O possuidor pode, para o fim de contagem do prazo de ocupação exigido para a concessão de uso especial, na forma individual ou coletiva, acrescentar sua posse a de seu antecessor, contanto que sejam contínuas." (NR)

Art. 10 - A Secretaria Municipal de Habitação poderá definir, nas áreas de que trata esta lei e a Lei nº 13.514, de 2003, as parcelas de terreno ou lotes necessários à construção de habitações de interesse social destinadas ao reassentamento das famílias removidas que aderirem ao Programa de Urbanização de Favelas da Superintendência de Habitação Popular.

Art. 11 - Fica o Executivo autorizado a doar as parcelas de áreas ou lotes mencionados no art. 10 desta lei a outro órgão ou entidade da Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, quando as construções forem por ele executadas mediante seu convênio, devendo constar da escritura de doação os encargos do donatário, o prazo para seu cumprimento, a cláusula de reversão e eventual indenização.

Parágrafo Único - Na hipótese de que trata este artigo, fica o Executivo autorizado, por si ou pelo ente conveniente, a alienar ao beneficiário do Programa a unidade habitacional para se ressarcir dos custos da construção, excluído o valor do terreno.

Art. 12 - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 13 - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 8 de janeiro de 2008, 454º da fundação de São Paulo.

GILBERTO KASSAB, PREFEITO

CLOVIS DE BARROS CARVALHO, Secretário do Governo Municipal.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/01/2008

DECRETO Nº 49.498, DE 16 DE MAIO DE 2008 – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Regulamenta a Lei nº 13.514, de 16 de janeiro de 2003, e a Lei nº 14.665, de 8 de janeiro de 2008, que dispõem sobre desafetação de áreas públicas municipais da classe dos bens de uso comum do povo e destinação de áreas públicas municipais da classe dos bens dominiais para promover o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária; autoriza o Executivo a outorgar concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, bem como doar áreas a órgãos ou entidades da Administração Pública, direta ou indireta, para a construção de habitações de interesse social.

GILBERTO KASSAB, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, D E C R E T A:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. Este decreto estabelece os procedimentos administrativos a serem adotados pelo Executivo para a outorga de concessão de uso especial e de concessão de direito real de uso para fins de moradia, bem como de autorização de uso para fins comerciais, institucionais ou de serviços aos ocupantes de áreas públicas municipais destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, relacionadas nos Anexos integrantes da Lei nº 13.514, de 16 de janeiro de 2003, e da Lei nº 14.665, de 8 de janeiro de 2008.

CAPÍTULO II DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL

Art. 2º. A concessão de uso especial para fins de moradia prevista na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, será outorgada gratuitamente aos ocupantes de áreas públicas municipais urbanas mediante requerimento do interessado, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- I - a área ocupada seja igual ou inferior a 250,00m² (duzentos e cinquenta metros quadrados);
- II - o imóvel seja utilizado para fins residenciais;
- III - a área tenha sido ocupada por prazo igual ou superior a 5 (cinco) anos, contados até a data de 30 de junho de 2001;
- IV - o interessado não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel, urbano ou rural.

§ 1º. Na hipótese de uso misto da área, poderá ser outorgada concessão de uso especial para fins de moradia, desde que o uso seja predominantemente residencial, nos termos do § 2º do artigo 3º da Lei nº 13.514, de 2003, e a atividade econômica seja desempenhada pelo requerente da concessão ou por sua família.

§ 2º. A concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser extinta na forma prevista neste decreto.

§ 3º. Na impossibilidade de individualização dos lotes, a concessão de uso especial para fins de moradia será outorgada de forma coletiva.

§ 4º. Na contagem do prazo de ocupação exigido para a concessão de uso especial para fins de moradia, na forma individual ou coletiva, será admitida a soma das posses, nos termos do § 5º do artigo 3º da Lei nº 13.514, de 2003, com a redação conferida pelo artigo 9º da Lei nº 14.665, de 2008.

CAPÍTULO III DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

Art. 3º. A concessão de direito real de uso para fins de moradia poderá ser outorgada ao ocupante que não preencher os requisitos legais para a obtenção da concessão de uso especial para fins de moradia, de forma gratuita e por prazo indeterminado, mediante requerimento do interessado.

§ 1º. Na impossibilidade de individualização dos lotes, a concessão de direito real de uso será outorgada de forma coletiva.

§ 2º. A concessão de direito real de uso para fins de moradia poderá ser extinta na forma prevista neste decreto.

CAPÍTULO IV DA AUTORIZAÇÃO DE USO PARA FINS COMERCIAIS, INSTITUCIONAIS E DE SERVIÇOS

Art. 4º. A autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços prevista no § 1º do artigo 3º da Lei nº 13.514, de 2003, também poderá ser outorgada mediante requerimento do interessado, desde que preenchidos os requisitos legais pelo beneficiário e com o devido atendimento ao interesse da comunidade local.

Parágrafo único. A autorização de uso será preferencialmente outorgada em benefício de pessoa jurídica inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda.

CAPÍTULO V

DA DECLARAÇÃO DO DIREITO À OUTORGA DE CONCESSÃO DE USO ESPECIAL

Art. 5º. O preenchimento dos requisitos exigidos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, nas hipóteses previstas no artigo 5º da Medida Provisória 2.220, de 2001, poderá ser reconhecido pelo Executivo, por meio de declaração, na seguinte conformidade:

I - aos ocupantes de imóveis situados em áreas destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, para os quais haja previsão de elaboração de projetos ou de execução de obras de recuperação urbanística e ambiental;

II - aos ocupantes de imóveis em áreas destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, nas seguintes situações:

- a) situados, parcial ou totalmente, sobre faixas não-edificáveis de cursos d'água, destinadas a futura intervenção de saneamento e drenagem;
- b) situados, parcial ou totalmente, em logradouros públicos;
- c) possuam acesso por área particular;
- d) situados, parcial ou totalmente, em áreas destinadas a ações de recuperação urbanística e ambiental, à implantação de áreas verdes e equipamentos de recreação e lazer;
- e) situados, parcial ou totalmente, em trechos necessários à implantação de redes de água, esgoto, energia elétrica e sistemas de drenagem, bem como à abertura, alargamento ou adequação de sistema viário interno às ocupações;

III - aos ocupantes de imóveis que vierem a requerer administrativamente, de forma individual ou coletiva, a concessão de uso especial para fins de moradia, situados em áreas públicas municipais que:

- a) necessitem de execução de levantamento planialtimétrico cadastral, bem como da efetivação da regularização urbanística e fundiária da totalidade da ocupação para a especialização do imóvel objeto do pedido;
- b) possuam estudos de viabilidade e parecer favorável à regularização urbanística e fundiária;
- c) dependam de elaboração de projetos e/ou execução de obras de recuperação urbanística e ambiental, para a efetivação da regularização urbanística e fundiária.

§ 1º. Nos casos enquadrados no inciso II deste artigo, as situações previstas nas alíneas "a" a "e" deverão ser demarcadas e identificadas em planta de individualização dos lotes como "área reservada".

§ 2º. A declaração deverá conter, no mínimo, a metragem ou a fração ideal, a localização da área, o nome do beneficiário e o endereço do imóvel utilizado para fins de moradia e não produzirá efeitos para fins de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

§ 3º. A declaração não garantirá ao beneficiário o exercício do direito à concessão de uso especial para fins de moradia no próprio local.

Art. 6º. A declaração de preenchimento dos requisitos exigidos para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser convertida em termo administrativo de

concessão de uso especial quando forem superados os fatores impeditivos que justificaram a sua emissão.

§ 1º. A conversão da declaração em termo administrativo de concessão obedecerá aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal, no que tange à implementação das intervenções às quais esteja vinculada.

§ 2º. Na hipótese de conversão da declaração em termo administrativo de concessão, este será outorgado para o local definitivo de moradia dos beneficiários.

§ 3º. Na hipótese de adesão do beneficiário da declaração a outro programa, projeto ou alternativa habitacional, a declaração deverá ser cancelada.

CAPÍTULO VI

DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA E FUNDIÁRIA

Art. 7º. Compete à Superintendência de Habitação Popular, da Secretaria Municipal de Habitação, descrever e caracterizar as áreas relacionadas nos Anexos I e II da Lei nº 14.665, de 2008, para fins de reconhecimento por meio de decreto, conforme previsto no artigo 4º da referida lei, observados os seguintes procedimentos:

I - elaboração de levantamento planialtimétrico cadastral georreferenciado de cada uma das áreas públicas municipais relacionadas nos citados anexos;

II - definição dos perímetros das áreas públicas municipais, tendo como base:

- a) a situação fática das ocupações, obtida por meio do levantamento referido no inciso I deste artigo;
- b) plantas e documentos relativos à área objeto de regularização e aos imóveis confrontantes, constantes dos acervos da Prefeitura;
- c) plantas e certidões relativas à área objeto de regularização e aos imóveis confrontantes, obtidas junto aos Cartórios de Registro de Imóveis competentes;

III - elaboração de plantas e memoriais descritivos dos perímetros referentes a cada uma das áreas públicas municipais objeto de intervenção;

IV - elaboração de minuta de decreto específico, contendo a identificação completa das áreas, seus respectivos perímetros, dimensões e caracterização, bem como acompanhada dos documentos referidos no inciso III deste artigo.

Parágrafo único. Poderá ser editado um ou mais decretos específicos, compreendendo a descrição e a caracterização de uma área ou de um conjunto de áreas relacionadas nos Anexos I e II da Lei nº 14.665, de 2008.

Art. 8º. Para a desafetação, por meio de decreto específico, de áreas públicas municipais da classe de bens de uso comum do povo para a promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, de que trata o artigo 5º da Lei nº 14.665, de 2008, nas áreas situadas em Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS, ocupadas por população de baixa renda e cuja situação esteja consolidada anteriormente a 30 de junho de 2001, o processo deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - cópia do diploma legal referente à demarcação da área como Zona Especial de Interesse Social – ZEIS;

II - cópia de foto aérea que demonstre ocupação anterior a 30 de junho de 2001;

III - diagnóstico da situação fundiária da área objeto de regularização, compreendendo a caracterização do domínio do bem e das condições urbanísticas da ocupação.

§ 1º. A edição do decreto mencionado no "caput", além dos procedimentos especificados nos seus incisos I e II, deverá observar também as disposições do artigo 7º deste decreto.

§ 2º. A outorga de termo administrativo aos beneficiários em áreas que vierem a ser desafetadas por meio de decreto específico deverá atender as disposições deste decreto.

Art. 9º. Compete ao Departamento Patrimonial, da Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos, a abertura ou retificação de matrícula das áreas públicas municipais destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária nos Cartórios de Registro de Imóveis competentes.

CAPÍTULO VII

DO PROCEDIMENTO PARA A OUTORGA DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL, DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO E DA AUTORIZAÇÃO PARA FINS COMERCIAIS, INSTITUCIONAIS E DE SERVIÇOS

Art. 10. Para a outorga da concessão de uso especial, da concessão de direito real de uso para fins de moradia e de autorização para fins comerciais, institucionais e de serviços, a Superintendência de Habitação Popular deverá autuar processo administrativo para cada uma das áreas destinadas à promoção do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, que será instruído, obrigatoriamente, com:

I - a documentação referente à área, compreendendo:

- a) mapa de localização, contendo nome dos logradouros circundantes;
- b) demarcação da ocupação sobre foto aérea anterior a 30 de junho de 1996, quando houver;
- c) demarcação da ocupação sobre foto aérea recente;
- d) levantamento planialtimétrico cadastral com a definição da área objeto da regularização;
- e) planta de individualização dos lotes, com suas respectivas identificações;
- f) relatório síntese do cadastro socioeconômico dos ocupantes;

II - a documentação referente a cada interessado, compreendendo:

- a) comprovante de residência;
- b) comprovação de posse ininterrupta pelo prazo de 5 (cinco) anos até a data de 30 de junho de 2001, mediante apresentação de comprovante de residência;
- c) cópia da Cédula de Identidade - RG ou do Registro Nacional de Estrangeiro - RNE e da inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme o caso;
- d) declaração de situação socioeconômica de baixa renda assinada pelo beneficiário, na hipótese de concessão de uso coletiva;

e) declaração assinada pelo beneficiário, na qual afirme que não é proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural, quando for o caso, sob pena de perda do benefício.

§ 1º. O cadastro sócioeconômico elaborado pela Superintendência de Habitação Popular produzirá efeitos para fins de comprovação de residência, substituindo a apresentação do documento discriminado no inciso II, alínea "a", deste artigo.

§ 2º. Nos casos de áreas ocupadas sob o regime de composesse, para a caracterização do prazo de posse será suficiente a comprovação por meio de foto aérea anterior a 30 de junho de 1996, substituindo, nessa hipótese, a apresentação do documento discriminado no inciso II, alínea "b", deste artigo.

§ 3º. Tratando-se de regime de composesse "pro diviso", este se extinguirá por ocasião da outorga dos termos individualizados em nome dos ocupantes.

§ 4º. Na hipótese da não-apresentação da documentação por parte do beneficiário, será ele intimado pela Municipalidade para complementá-la no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação.

§ 5º. Decorrido o prazo referido no § 4º deste artigo sem atendimento à intimação ali referida, caberá ao interessado requerer a outorga da concessão em separado.

§ 6º. A critério da Administração Municipal, poderão ser autuados processos administrativos individualizados para cada interessado.

Art. 11. Instruído o processo administrativo, caberá à Superintendência de Habitação Popular a análise e manifestação técnica conclusiva a respeito do atendimento das condições para a outorga da concessão, devendo submeter o processo à deliberação do Secretário Municipal de Habitação.

Art. 12. Compete ao Secretário Municipal de Habitação decidir sobre a outorga da concessão de uso especial ou a concessão de direito real de uso para fins de moradia ou a autorização de uso para fins comerciais, institucionais ou de serviços.

§ 1º. Ocorrendo o deferimento, o processo será encaminhado à Superintendência de Habitação Popular, para expedição do termo administrativo de concessão de uso especial ou de concessão de direito real de uso ou da autorização de uso para fins comerciais, institucionais ou de serviços e inclusão do beneficiário em cadastro específico.

§ 2º. Do indeferimento caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão no Diário Oficial da Cidade, pedido de reconsideração de despacho ao Secretário Municipal de Habitação.

§ 3º. Mantida a decisão em sede de pedido de reconsideração, na forma do § 2º deste artigo, caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do despacho no Diário Oficial da Cidade, a interposição de um único recurso, em última instância, ao Prefeito.

§ 4º. O decurso de prazo sem a apresentação de pedido de reconsideração de despacho ou sem a interposição de recurso, conforme previsto nos §§ 2º e 3º deste artigo, ou a decisão do Prefeito encerra a instância administrativa.

Art. 13. O termo administrativo de concessão de uso especial, de direito real de uso e de autorização para fins comerciais, institucionais ou de serviços, discriminará as condições de uso da área concedida e será assinado pelo Secretário Municipal de Habitação e pelo Superintendente de Habitação Popular.

Parágrafo único. O beneficiário poderá levar a registro perante o Cartório de Registro de Imóveis competente o termo administrativo, assim que for concluído o procedimento de abertura ou retificação de matrícula da área municipal correspondente ao imóvel objeto de concessão.

Art. 14. A concessão de uso especial, a concessão de direito real de uso para fins de moradia e a autorização para fins comerciais, institucionais ou de serviços serão outorgadas ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 1º. Na hipótese de outorga a apenas um titular, esta deve se dar prioritariamente em nome da mulher, independente de sua participação na composição de renda da família e do estado civil, nos termos do artigo 4º da Lei Municipal nº 13.770, de 29 de janeiro de 2004.

§ 2º. A requerimento do(s) interessado(s), admitir-se-á a outorga a mais de um titular, quando o imóvel for ocupado por famílias não nucleares.

Art. 15. Na hipótese de serem constatadas incorreções que possam acarretar a nulidade dos termos outorgados pela Municipalidade, bem assim prejuízos a terceiros ou aos beneficiários, admitir-se-á sua correção de ofício ou a requerimento do interessado, a qualquer tempo.

§ 1º. Cabe à Superintendência de Habitação Popular examinar e manifestar-se tecnicamente a respeito da possibilidade de reti-ratificação da incorreção, submetendo o assunto à deliberação da mesma autoridade competente para a outorga do benefício.

§ 2º. A Superintendência de Habitação Popular deverá comunicar a decisão ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para fins de averbação na respectiva matrícula.

CAPÍTULO VIII

DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL, DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO E DA AUTORIZAÇÃO DE USO PARA FINS COMERCIAIS, INSTITUCIONAIS E DE SERVIÇOS

Art. 16. A concessão de uso especial, a concessão de direito real de uso para fins de moradia e a autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços outorgadas pela Municipalidade são transferíveis por ato "inter vivos" ou "causa mortis".

§ 1º. O interessado deverá requerer a transferência na Superintendência de Habitação Popular, observados os critérios fixados neste decreto para a concessão inicial.

§ 2º. A transferência será ordinariamente processada pela via administrativa.

§ 3º. Se houver conflito entre as partes interessadas, a transferência somente será efetuada mediante determinação judicial, após o trânsito em julgado da sentença.

§ 4º. Nos casos de áreas matriculadas nos Cartórios de Registro de Imóveis, a transferência dos termos outorgados será objeto de regulamentação específica pela Secretaria Municipal de Habitação.

§ 5º. O cedente não mais será considerado beneficiário do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, com relação ao lote objeto da transferência, quando da sua efetivação, podendo ser beneficiado em programas habitacionais, de acordo com os critérios estabelecidos pela Secretaria Municipal de Habitação.

Art. 17. O interessado na transferência deverá protocolar pedido dirigido à Secretaria Municipal de Habitação, apresentando os seguintes documentos:

I - para os casos de transferência por ato "inter vivos":

- a) requerimento assinado pelo interessado, contendo referência ao número de controle ou acompanhado de cópia do termo administrativo outorgado ao beneficiário original;
- b) cópia dos documentos pessoais (Cédula de Identidade - RG e inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF);
- c) declaração assinada pelo interessado, afirmando não ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural, quando for o caso;
- d) declaração de situação socioeconômica de baixa renda, assinada pelo interessado, na hipótese de concessão de uso coletiva;
- e) declaração assinada pelo interessado, afirmando que utilizará o imóvel para a sua finalidade original, conforme o caso;
- f) cópia autenticada de instrumento que caracterize a cessão de direitos para o requerente pelo beneficiário original;

II - para os casos de transferência por "causa mortis":

- a) requerimento assinado pelo interessado, contendo referência ao número de controle ou acompanhado de cópia do termo administrativo outorgado ao beneficiário original;
- b) cópia dos documentos pessoais (Cédula de Identidade - RG e inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF);
- c) declaração assinada pelo interessado, na qual afirme que não é proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural, quando for o caso;
- d) declaração de situação sócio-econômica de baixa renda, assinada pelo interessado, na hipótese de concessão de uso coletiva;
- e) declaração assinada pelo interessado, na qual afirme que utilizará o imóvel para a sua finalidade original, conforme o caso;
- f) cópia da certidão de óbito do beneficiário original;
- g) cópia autenticada do formal de partilha, se houver, ou declaração elaborada pelo(s) demais herdeiro(s) legítimo(s) ou sucessor(es), anuindo à transferência em favor do interessado;

III - para os casos de transferência por determinação judicial:

- a) requerimento assinado pelo interessado, contendo referência ao número de controle ou acompanhado de cópia do termo administrativo outorgado ao beneficiário original;

- b) cópia dos documentos pessoais (cédula de identidade - RG e da inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF);
- c) declaração assinada pelo interessado, na qual afirme que não é proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel, urbano ou rural, quando for o caso;
- d) declaração de situação sócio-econômica de baixa renda, assinada pelo interessado, na hipótese de concessão de uso coletiva;
- e) declaração assinada pelo interessado, na qual afirme que utilizará o imóvel para a sua finalidade original, conforme o caso;
- f) cópia da petição inicial do processo judicial que ensejou a transferência;
- g) cópia da sentença ou da determinação judicial que ensejou a transferência, autenticada pelo Tribunal de Justiça;
- h) cópia da certidão do trânsito em julgado do processo judicial, autenticada pelo Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. Caso não seja apresentada a documentação por parte do beneficiário, será ele intimado para complementá-la em 30 (trinta) dias, contados da data da intimação, sob pena de arquivamento do processo administrativo.

Art. 18. Instruído o processo administrativo referente à transferência de concessão de uso especial, de concessão de direito real de uso para fins de moradia ou de autorização de uso para fins comerciais, institucionais ou de serviços, caberá à Superintendência de Habitação Popular examinar e se manifestar técnica e conclusivamente a respeito do atendimento às exigências deste decreto.

§ 1º. Nos casos de transferência de concessão de uso especial e de concessão de direito real de uso para fins de moradia, a Superintendência de Habitação Popular deverá verificar em seus cadastros se o requerente possui, em seu nome, termo administrativo outorgado pela Municipalidade no âmbito do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária ou em outros programas habitacionais a cargo da Secretaria Municipal de Habitação.

§ 2º. A Superintendência de Habitação Popular poderá, a qualquer tempo, com a finalidade de esclarecer as condições de uso e ocupação do imóvel, efetuar visitas no local, tomar declarações de terceiros e dos envolvidos, elaborando relatório circunstanciado que servirá de base para a decisão administrativa quanto à transferência do benefício.

Art. 19. Compete ao Superintendente de Habitação Popular decidir a respeito da transferência da concessão de uso especial, da concessão de direito real de uso para fins de moradia ou da autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços ao requerente.

§ 1º. Na hipótese de deferimento, será emitido termo administrativo de transferência e inclusão do beneficiário em cadastro específico.

§ 2º. Do indeferimento caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão no Diário Oficial da Cidade, pedido de reconsideração de despacho ao Superintendente de Habitação Popular.

§ 3º. Mantida a decisão em sede de pedido de reconsideração, no forma do § 2º deste artigo, caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do despacho no Diário Oficial da Cidade, a interposição de um único recurso, em última instância, ao Secretário Municipal de Habitação.

§ 4º. O decurso de prazo sem a apresentação de pedido de reconsideração de despacho ou sem a interposição de recurso, conforme previsto nos §§ 2º e 3º deste artigo, ou a decisão do Secretário Municipal de Habitação encerra a instância administrativa.

CAPÍTULO IX

DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL, DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO E DA AUTORIZAÇÃO DE USO PARA FINS COMERCIAIS, INSTITUCIONAIS E DE SERVIÇOS

Art. 20. A concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso para fins de moradia e a autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços poderão ser extintas nas seguintes hipóteses:

I - no caso da concessão de uso especial para fins de moradia, quando o concessionário conferir ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família, bem como adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel, urbano ou rural, nos termos do artigo 8º da Medida Provisória 2.220, de 2001;

II - no caso da concessão de direito real de uso, quando o concessionário conferir ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família;

III - no caso de autorização de uso para fins comerciais ou institucionais ou de prestação de serviços, quando o beneficiário conferir ao imóvel destinação diversa da determinada no termo de autorização, bem como deixar de atender ao interesse social da comunidade local.

Art. 21. Compete ao Superintendente de Habitação Popular instruir, analisar e decidir a respeito de denúncias ou requerimentos que acarretem a extinção da concessão de uso especial, da concessão de direito real de uso para fins de moradia ou da autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços ao requerente, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, na seguinte conformidade:

I - o beneficiário do termo administrativo será notificado no endereço do imóvel objeto da titulação, devendo constar da notificação os motivos apontados na denúncia que deu início ao processo de extinção do benefício;

II - no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da notificação, o beneficiário deverá apresentar defesa, com os esclarecimentos e cópias de documentos acerca dos fatos denunciados;

III - caso não haja apresentação de esclarecimentos no prazo previsto no inciso II deste artigo, a Superintendência de Habitação Popular poderá expedir convocação para comparecimento do beneficiário em data e local previamente determinados.

§ 1º. A equipe técnica da Superintendência de Habitação Popular poderá, a qualquer tempo, proceder a visitas no local, tomar declarações de terceiros, bem como dos envolvidos, elaborando relatório circunstanciado que servirá de base para a decisão administrativa quanto à extinção ou à manutenção do benefício.

§ 2º. Da decisão que declarar extinta a concessão de uso especial, a concessão de direito real de uso para fins de moradia ou a autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua publicação no Diário Oficial da Cidade, pedido de reconsideração de despacho ao Superintendente de Habitação Popular.

§ 3º. Mantida a decisão em sede de pedido de reconsideração, na forma do § 2º deste artigo, caberá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do despacho no Diário Oficial da Cidade, a interposição de um único recurso, em última instância, ao Secretário Municipal de Habitação.

§ 4º. O decurso de prazo sem apresentação de pedido de reconsideração de despacho ou sem interposição de recurso, conforme previsto nos §§ 2º e 3º deste artigo, ou a decisão do Secretário Municipal de Habitação encerra a instância administrativa.

§ 5º. Encerrada a instância administrativa, caberá à Superintendência de Habitação Popular:

I - providenciar o cancelamento do termo administrativo de concessão de uso especial, de concessão de direito real de uso, ou de autorização de uso para fins comerciais, institucionais ou de serviços, conforme o caso, bem como a inclusão do beneficiário em cadastro específico;

II - comunicar o Cartório de Registro de Imóveis competente, para fins de averbação do feito na respectiva matrícula, nos termos do parágrafo único do artigo 8º da Medida Provisória 2.220, de 2001.

§ 6º. Após o cancelamento do termo administrativo, o morador deverá desocupar o imóvel imediatamente, sob pena da continuidade da ocupação ser considerada esbulho possessório, podendo o Município adotar as medidas administrativas e judiciais tendentes à retomada da posse.

CAPÍTULO X

DEFINIÇÃO DE PARCELAS DE TERRENOS OU LOTES PARA CONSTRUÇÃO DE HABITAÇÕES DE INTERESSE SOCIAL

Art. 22. Compete à Superintendência de Habitação Popular definir as parcelas de terrenos ou lotes para a construção de habitações de interesse social de que trata o artigo 10 da Lei nº 14.665, de 2008, de acordo com as necessidades de remoção e de reassentamento de famílias nas áreas objeto de intervenção.

Art. 23. Compete ao Departamento Patrimonial, da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos:

I - providenciar a abertura ou retificação da matrícula da área municipal onde se localiza a parcela de terreno ou lotes junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente;

II - a lavratura da escritura de doação, na forma prevista no artigo 11 da Lei nº 14.665, de 2008.

Parágrafo único. Da escritura de doação deverão constar, além das cláusulas usuais, todos os encargos do donatário, especialmente:

I - a definição e a caracterização do empreendimento habitacional a ser executado na área doada;

II - o prazo para cumprimento das obrigações pelo donatário;

III - a obrigação de computar apenas os custos referentes à sua construção, excluído o valor do terreno, para fins de alienação de unidades habitacionais aos beneficiários;

IV - a cláusula de reversão e indenização.

CAPÍTULO XI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. Nas áreas integrantes do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, após a outorga dos termos administrativos aos beneficiários, quaisquer alterações nos imóveis existentes deverão ater-se à planta de individualização dos lotes elaborada pela Municipalidade, especialmente no tocante aos limites das áreas públicas e dos lotes lindeiros.

§ 1º. Eventuais construções executadas sobre os logradouros públicos, oficializados ou não, estarão sujeitas à demolição pela Subprefeitura competente.

§ 2º. As construções existentes nas áreas integrantes do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária serão objeto de regulamentação específica pela Secretaria Municipal de Habitação.

Art. 25. Compete às Subprefeituras manter os logradouros públicos, oficializados ou não, delimitados nas plantas de individualização dos lotes do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária.

Art. 26. O § 5º do artigo 4º do Decreto nº 27.568, de 22 de dezembro de 1988, com a redação conferida pelo artigo 10 do Decreto nº 34.049, de 23 de março de 1994, fica acrescido de alínea "f", com a seguinte redação:

((ARTIGO))"Art. 4º.

§ 5º.

f) delimitados nas plantas de individualização dos lotes do Programa de Regularização Urbanística e Fundiária da Superintendência de Habitação Popular, desde que possuam condições técnicas adequadas à sua função."(NR)

Art. 27. Compete à Superintendência de Habitação Popular conduzir os estudos de viabilidade referentes à regularização urbanística e fundiária de áreas públicas municipais ocupadas por habitações de população de baixa renda, visando a outorga de concessão de uso especial para fins de moradia, de concessão de direito real de uso e de autorização de uso para fins comerciais, institucionais e de serviços.

§ 1º. Os estudos de viabilidade de regularização urbanística e fundiária deverão observar o preenchimento dos requisitos legais, bem como os critérios técnicos adotados pela Superintendência de Habitação Popular.

§ 2º. Após a conclusão dos estudos, havendo viabilidade e interesse público, a Superintendência de Habitação Popular emitirá parecer favorável à regularização fundiária da ocupação, devendo providenciar a inclusão da área em seus registros para futuramente integrar o Programa de Regularização Urbanística e Fundiária, conforme os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Municipal.

§ 3º. Parecer favorável da Superintendência de Habitação Popular poderá ensejar a suspensão de eventuais ações possessórias em andamento ou, ainda, o não-ajuizamento de novas ações, mediante requerimento dirigido à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.

Art. 28. A Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos deverá rever as ações judiciais em curso, que tenham por objeto as áreas relacionadas na Lei nº 13.514, de 2003, e na Lei nº 14.665, de 2008, adotando as medidas necessárias à sua suspensão, desistência ou arquivamento, nos termos do disposto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 13.514, de 2003.

Art. 29. Os casos omissos serão dirimidos pela Procuradoria Geral do Município, da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos.

Art. 30. Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogado o Decreto nº 43.474, de 15 de julho de 2003.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 16 de maio de 2008, 455º da fundação de São Paulo.

GILBERTO KASSAB, PREFEITO

RICARDO DIAS LEME, Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos

ELTON SANTA FÉ ZACARIAS, Respondendo interinamente pelo cargo de Secretário Municipal de Habitação Publicado na Secretaria do Governo Municipal, em 16 de maio de 2008.

CLOVIS DE BARROS CARVALHO, Secretário do Governo Municipal