

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA E A
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA DIGNA: O NOVO PAPEL DO
DIREITO DE SUPERFÍCIE**

SÍLVIA REGINA DE ASSUMPCÃO CARBONARI

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, junho de 2007

SÍLVIA REGINA DE ASSUMPCÃO CARBONARI

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA E A
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA DIGNA: O NOVO PAPEL DO
DIREITO DE SUPERFÍCIE**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Área das
Ciências Jurídicas da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, para obtenção do título de
Mestre em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, junho de 2007.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

C264f Carbonari, Sílvia Regina de Assumpção

A função social da propriedade territorial urbana e a concretização do direito de moradia digna : o novo papel do direito de superfície / por Sílvia Regina de Assumpção Carbonari. -- 2007.

179 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, Ciências Jurídicas”.

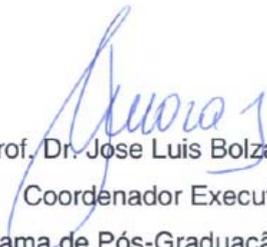
1 Direito – Superfície 2 Propriedade – Função social

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*A função social da propriedade territorial urbana e a concretização do direito de moradia digna: o novo papel do direito de superfície*”, elaborada pela aluna Silvia Regina Assumpção Carbonari, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

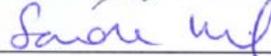
São Leopoldo, 02 de julho de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho 

Membro: Dra. Janaina Rigo Santin 

Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial 

Dedico este estudo:
aos meus filhos João Ronaldo e Maria Luísa, razões
da minha vida;
ao meu marido Antônio, companheiro de todas as
horas;
aos meus pais Olimpio e Zélia;
aos meus queridos irmãos Simone, Ronaldo (in
memoriam) e Rodrigo;
aos meus cunhados, sobrinhos e amigos estimados,
pela saudade que sentimos uns dos outros nas muitas
horas de isolamento; e,
a todos aqueles que, pelas vicissitudes da vida, ainda
não construíram uma moradia digna.

Meus sinceros agradecimentos....

....a minha família, pela compreensão e apoio;

....aos meus amigos, pelo incentivo;

.....ao prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, orientador deste trabalho, pela dedicação, sabedoria e paciência com que conduziu esta orientação;

.....à prof. Dra. Maria Cristina Cereser Pezzela, pelas muitas luzes, e pelo carinho na orientação de grande parte deste trabalho;

.....à coordenação de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, pela compreensão e adaptação de carga horária docente, para que eu pudesse participar do programa deste mestrado;

....ao Sergio Luiz Feltes e à Janaína Rigotti, funcionários do Tabelionato de Notas de Chapada, pela substituição em minhas ausências durante a elaboração deste estudo.

*“[...]Subiu a construção como se fosse máquina;
Ergueu no patamar quatro paredes sólidas; Tijolo
por tijolo num desenho mágico; Seus olhos
embotados de cimento e lágrima; [...]*

*[...]Subiu a
construção como se fosse sólido
Ergueu no patamar quatro paredes mágicas
Tijolo com tijolo num desenho lógico
Seus olhos embotados de cimento e tráfego[...]*”

(Chico Buarque de Holanda, “Construção”)

RESUMO

Este estudo consiste numa análise da possibilidade de utilização do direito de superfície como instrumento disponível para promover o cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, promovendo o reconhecimento e proteção da dignidade humana na produção de moradias adequadas, formais e a um amplo espaço de inclusão social. Para tanto, é feita uma revisão bibliográfica, partindo-se da construção do conceito de dignidade humana e da constatação da inefetividade do cumprimento do direito constitucional à moradia digna na realidade da sociedade brasileira. Segue-se a investigação com o enfrentamento da discussão a respeito da obrigação constitucional de se cumprir a função social da propriedade territorial urbana. Nesse ponto constata-se que em razão do descumprimento desse princípio, muitos brasileiros não conseguem ter assegurado o seu direito à moradia adequada. Tem-se em vista, com essa revisão, a busca por instrumentos capazes de operar as transformações sociais implementadas pelo Estado Democrático de Direito, para a proteção e promoção da dignidade humana, comprovando-se, por fim, pela construção de um fundamento baseado no debate teórico e nas práticas sociais, não só a possibilidade, mas também a urgente necessidade de utilização de instrumentos para, concretamente, viabilizar o direito à moradia e o respeito à dignidade humana, e que o direito de superfície se insere nesse horizonte de novos direitos como um dos instrumentos capazes de promover transformações sociais.

Palavras-chave: Dignidade humana, direito de superfície, função social da propriedade, moradia.

RESUMEN

Este estudio consiste en un análisis de la posibilidad de la utilización del derecho de superficie como instrumento disponible para promover el cumplimiento de las funciones sociales de las propiedades territoriales urbanas, promoviendo el reconocimiento y protección de la dignidad humana en la producción de las viviendas adecuadas, formales y el amplio espacio de inclusión social. Para eso, se hace una revisión bibliográfica, que sale desde la construcción de concepto de la dignidad humana hacia la constatación de lo inefectivo que es el cumplimiento del derecho constitucional a la vivienda digna en la realidad de la sociedad brasileña. Se sigue la investigación con el enfrentamiento de la discusión respecto de la obligación de se hacer el cumplimiento del principio constitucional de la función social de la propiedad territorial urbana. En ese punto, se detecta que, en razón de no llevarse a cabo la Constitución, muchos brasileños no consiguen tener asegurado su derecho a la vivienda adecuada. Con esta revisión, se tiene en cuenta, la búsqueda de herramientas capaces de operar las transformaciones sociales implementadas por el Estado Democrático de derecho, para la protección y la promoción de la dignidad humana, comprobándose, al fin y al cabo, por la construcción de un fundamento basado en el debate teórico y en las prácticas sociales, no sólo la posibilidad, sino también la urgente necesidad de utilización de instrumentos para, concretamente, viabilizar el derecho a la vivienda y el respeto a la dignidad humana, y que el derecho de superficie se insiere en ese horizonte de nuevos derechos como uno de los instrumentos capaces de promover transformaciones sociales.

Palabras clave: dignidad humana, derecho de superficie, función social de la propiedad, vivienda.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 1 PROTEÇÕES DA DIGNIDADE HUMANA E DIREITO À MORADIA | |
| 1.1 Conceito de dignidade humana: uma busca sem fim..... | 19 |
| 1.2 Proteções da dignidade humana..... | 27 |
| 1.3 Dignidade humana e moradia..... | 34 |
| 1.4 Moradia digna: uma moradia em construção..... | 41 |
| 1.5 A não-efetivação do direito à moradia digna..... | 47 |
| 2 O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES TERRITORIAIS URBANAS COMO GARANTIA DO DIREITO À MORADIA DIGNA | |
| 2.1 Surgimento da discussão a respeito da função social da propriedade territorial: um resgate necessário..... | 57 |
| 2.2 A construção de conceitos da função social da propriedade territorial..... | 66 |
| 2.3 A não-concretização da função social da propriedade e o conseqüente descumprimento do direito à moradia digna..... | 73 |
| 2.3.1 O crescimento das cidades e a não-funcionalização das propriedades territoriais urbanas como causa da falta de moradia..... | 78 |
| 2.3.2 O não-cumprimento da função social da propriedade territorial urbana e a pobreza..... | 81 |
| 2.4 As várias funções sociais das propriedades territoriais urbanas para assegurar a dignidade da pessoa humana..... | 83 |

| | |
|--|-----|
| 2.4.1 Função social da propriedade territorial urbana com a finalidade de proteção ao patrimônio artístico, histórico e cultural como garantia da proteção à dignidade humana..... | 85 |
| 2.4.2 Função sócio-ambiental da propriedade territorial urbana como garantia de proteção à dignidade humana..... | 90 |
| 2.4.3. Função social das propriedades territoriais urbanas destinadas à moradia..... | 93 |
| 2.5 O efetivo cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas para proporcionar moradias..... | 97 |
| 2.5.1 Controle do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas pelo poder público..... | 101 |
| 2.5.2 Controle do cumprimento da função social da propriedade urbana pela sociedade civil organizada para assegurar o direito à moradia digna..... | 105 |
| 3 O NOVO DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE MORADIA DIGNA E DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA | |
| 3.1 Transformações do direito de superfície do período clássico ao moderno..... | 112 |
| 3.1.1 O surgimento do direito de superfície no direito brasileiro..... | 116 |
| 3.2 Fundamentos de regulamentação do direito de superfície no ordenamento brasileiro..... | 119 |
| 3.2.1 Aspectos do direito de superfície no estatuto da cidade..... | 121 |
| 3.2.2 Aspectos do direito de superfície constantes no Código Civil..... | 125 |
| 3.3 Uma nova perspectiva para o direito de superfície..... | 129 |
| 3.3.1 Informalidade e exclusão..... | 131 |
| 3.3.2 Direito de sobrelevação ou “direito de laje”..... | 133 |
| 3.4 Proteções do superficiário pela concessão do direito de superfície..... | 135 |
| 3.4.1 A separação da propriedade sobre o solo da propriedade sobre a construção..... | 139 |
| 3.4.2 A importância sócio-econômica do direito real do superficiário sobre a construção.... | 141 |
| 3.4.3 A formalização do direito de superfície | 144 |
| 3.5 O novo direito de superfície como instrumento na produção de moradia e de inclusão social..... | 147 |

| | |
|--|------------|
| 3.5.1 Segurança jurídica da posse..... | 151 |
| 3.5.2 Algumas experiências..... | 156 |
| 3.5.3 Inclusão social..... | 160 |
| CONCLUSÃO..... | 164 |
| REFERÊNCIAS..... | 171 |

INTRODUÇÃO

Vive-se um momento de transição no direito, no qual os novos direitos precisam se firmar perante o velho direito e as antigas formas de aplicá-lo. O fenômeno se deve à visão do direito frente aos interesses de uma nova sociedade, cuja mudança social se fez presente a partir dos anseios sociais, manifestados pela Constituição Federal de 1988. O interesse individual passou a perecer ante o interesse coletivo, e o individualismo manifestado no sistema jurídico anterior foi progressivamente sendo modificado. A sociedade, hoje, clama pelo atendimento dos direitos fundamentais como garantia de sobrevivência e de respeito à pessoa humana.

Em meio a todas as formas de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e da construção dos direitos decorrentes do seu reconhecimento, o direito à moradia está entre os novos-velhos direitos que devem ser assegurados, pois não se pode ter uma vida digna sem o respeito pelo direito à moradia, sem que se possa dispor de um lugar que garanta segurança à vida e à estabilidade, que sirva como abrigo para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa e de sua família, constatando-se que a ausência do respeito a esse direito obriga as pessoas a sobreviverem em condições precárias nas dimensões existencial e social. Exemplo disso pode ser observado nos barracos pendurados nos morros, sem iluminação, sem água potável, sem rede de esgoto, frio, úmido e sujeito a desmoronamentos, colocando em risco a própria vida.

Como o solo urbano possui um espaço delimitado, toda a propriedade territorial deve ser exercida sobre ele de forma racional, permitindo que a todos seja respeitada e garantida a possibilidade de acesso ao espaço territorial adequado e à moradia, que permita viver de forma digna, segura e pacífica.

Entretanto, não é esta a situação que se observa na experiência social brasileira, bem como em várias outras, uma vez que os direitos sociais ainda não se efetivaram concretamente. E, especialmente em relação ao direito à moradia, aquilo que se observa nas grandes cidades é um cenário de degradação da pessoa humana no qual milhares de pessoas são obrigadas a viverem em condições precárias de habitação, salubridade e infra-estrutura, sujeitas a todos os tipos de exclusão social que ficam muito bem marcadas pela vida na insegurança das favelas, cortiços, loteamentos e ocupações informais do solo urbano.

Para a grande parte da população que vive o drama da falta de moradia adequada, tanto na sociedade brasileira quanto em diversas outras sociedades do mundo, não basta ter uma Constituição moderna, social, que rompeu de vez com o individualismo do Estado Liberal. É necessário que, de alguma forma, as garantias previstas por ela sejam realmente concretizadas, pois a Constituição garante os direitos sociais, mas não consegue efetivá-los. As funções estatais específicas dos poderes executivo, legislativo e judiciário acabaram não sendo suficientes para elaborar ações afirmativas que garantam o direito fundamental à moradia e por meio dele o respeito à dignidade humana.

Este trabalho encontra sua justificativa nesse contexto de não-atendimento das necessidades fundamentais decorrente da omissão do Estado, em todas as suas esferas de poderes, frente à grave situação habitacional existente no Brasil, na qual a sociedade, e especialmente os atores do direito, os pesquisadores, os cidadãos, que, em pleno exercício da cidadania, também desempenham um papel importante, têm o dever de buscar, analisar e apontar algumas possibilidades a partir da construção de caminhos que levem à concretização do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, para que, com isso, se possa proporcionar um aproveitamento racional do solo urbano e, por consequência, a viabilidade de acesso a um espaço territorial para a construção de moradia adequada às necessidades humanas.

Torna-se necessário que sejam avaliadas as oportunidades sociais e jurídicas para que a garantia constitucional do direito à moradia, como pressuposto do Estado Democrático de Direito, concretamente se verifique. E, nesse sentido, se apontem algumas possibilidades capazes de proporcionar moradias dignas, seja produzindo novas moradias, seja melhorando as condições das já existentes. Logo, uma das alternativas disponíveis pelo sistema jurídico para proporcionar a construção de moradias dignas e adequadas é a possibilidade de concessão do direito de superfície das propriedades territoriais urbanas privadas ou públicas.

Essa possibilidade, analisada a partir dos questionamentos formulados a respeito do reingresso do direito de superfície no direito brasileiro, é investigada neste trabalho a partir das hipóteses de que: a) o acesso à moradia digna possui fundamental importância para a concretização do respeito aos direitos humanos fundamentais e para a proteção e promoção da dignidade humana; b) em razão da limitação do espaço territorial urbano, é importante que todo o solo urbano seja racionalmente aproveitado, e assim, é imperativo que a propriedade urbana cumpra com sua função social, impondo-se, portanto, esse cumprimento, para que o acesso à moradia adequada seja compatível com as condições sócio-econômicas da população; c) a concessão do direito de superfície, inserida na perspectiva social do direito de propriedade da atualidade, que possibilita uma separação da propriedade do solo e da propriedade da construção, reduzindo significativamente o custo de aquisição, diz respeito justamente à sua condição de possibilidade na promoção e produção de moradias adequadas, e de atendimento, por consequência disso, da função social do solo urbano subutilizado e, assim, das funções sociais das cidades; d) o direito de superfície, assim compreendido, pode promover a inclusão social nas dimensões material e formal do direito à moradia de grande parte da população brasileira que, por não ter condições de pagar pela aquisição do solo formal, ainda não obteve a tutela do seu direito à moradia adequada e do respeito à dignidade humana.

Inserido este trabalho na linha de pesquisa que estuda a sociedade, os novos direitos e as transformações sociais, as referidas hipóteses são enfrentadas por meio do estudo das transformações impostas pelas expectativas sociais ao poder econômico, social e político, que clamavam por mudanças desde longo tempo, cujo marco foi a Constituição Federal de 1988, que, ao tratar dos princípios fundamentais, em seu artigo 1º, reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e, em proteção dessa dignidade, reconhece como direito social, a moradia como um dos novos direitos que devem ser assegurados. Para tanto, serviram como referenciais teóricos: a nova configuração do direito de propriedade e de sua função social, pela qual toda a propriedade territorial deve ser exercida de acordo com uma função específica que respeite os interesses sociais, cujos referenciais são fundamentados, neste trabalho, principalmente pelo pensamento de Monreal, Alfonsín e Sarlet; a constitucionalização do direito civil brasileiro, impondo às relações privadas a adequação às normas constitucionais, pontuadas por Fachin, Tepedino, Saule Júnior; e os novos direitos que surgem de um processo de lutas e conquistas de identidades coletivas que de práticas sociais, informais e conflituosas passam a ser reconhecidos pela ordem pública, produzindo transformações sociais que buscam

e operam o reconhecimento do direito como fenômeno social, revestido de ações originárias de manifestações sociais produtoras do direito, com base no enfrentamento sobre o assunto proposto por Wolkmer, Boaventura de Souza Santos, Saule Junior e Edézio Fernandes.

Para o desenvolvimento do plano de pesquisa a metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica, tendo em vista a tentativa de construção de definições contemporâneas das noções de “dignidade humana”, “função social da propriedade”, “moradia adequada” frente às transformações sociais e jurídicas ocorridas após a Constituição Federal de 1988.

Para a realização da pesquisa bibliográfica, os procedimentos foram de leitura, fichamento e síntese de textos; análise de dados e informações; sistematização de idéias; crítica; construção de um texto com a reconstrução dos argumentos de algumas manifestações dos autores analisados, por meio da apropriação de idéias com a devida citação por referências em notas de rodapé; posicionamento crítico e exposição de outros argumentos, e possíveis sugestões para as questões levantadas, para que, ao final, se pudesse comprovar que a concessão do direito de superfície sobre as propriedades territoriais urbanas se apresenta como possibilidade, para que pessoas de baixa renda adquiram a superfície de determinadas propriedades territoriais urbanas de acordo com sua capacidade patrimonial, e nelas edifiquem suas moradias, em cumprimento da garantia constitucional da proteção à dignidade humana e ao direito de moradia de maneira adequada e formal.

Mesmo sendo de grande importância para o direito e para a sociedade, as questões pertinentes ao cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais rurais e suas implicações na concretização da dignidade da pessoa humana, este tema não é enfrentado neste estudo, pois se trata de tema muito complexo. Salienta-se, contudo, que as referências feitas ao conteúdo do direito de propriedade rural e a sua função social tiveram lugar importante, para que fosse possível o entendimento das noções pertinentes à propriedade territorial urbana, visto que algumas delas, como a de propriedade territorial e função social, por exemplo, tiveram origem no direito de propriedade sobre a área rural.

Os objetivos gerais da presente pesquisa foram, portanto, verificar a importância do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas de forma ampla e a necessidade do cumprimento do princípio constitucional do direito à moradia para a promoção e proteção da dignidade humana, em razão das graves consequências acarretadas pela falta de moradia adequada na construção dessa dignidade. Compreendendo-se a importância do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, para que a produção de novas e adequadas moradias seja possível, escolheu-se verificar, de forma específica, a

possibilidade de utilização do direito de superfície sobre as propriedades territoriais urbanas nas cidades brasileiras, como modalidade de garantir o princípio constitucional da proteção à moradia e à dignidade humana, pois ao mesmo tempo em que se atende ao princípio da função social da propriedade territorial urbana, protege-se o direito à moradia digna pela produção de novas moradias e melhorias nas já existentes. Analisa-se o direito de superfície no contexto atual sob todas as suas peculiaridades protetivas para constatar ser ele um dos principais instrumentos disponíveis pelo poder público e pelo setor privado na concretização do direito à moradia adequada e formal.

O texto resultante do estudo feito foi desenvolvido em três capítulos cujos temas fazem parte de um desenvolvimento necessário à compreensão da questão principal, estando, portanto, intimamente ligados uns aos outros de forma que se complementam, e estruturados da seguinte forma: o primeiro capítulo trata das proteções da dignidade humana e do direito à moradia digna, no qual se apresentam caminhos para construções teóricas relativas às noções de dignidade humana, moradia digna, com referência às normas de proteção à dignidade humana e a constatação da não-efetividade do direito constitucional à moradia.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a importância do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, para que se possa efetivar o direito à moradia digna, reportando-se à não-concretização do princípio constitucional do cumprimento da função social da propriedade e das consequências advindas desse descumprimento, como a falta de possibilidade de acesso à moradia, bem como o controle desse descumprimento imposto pelo poder estatal e pela sociedade civil organizada por meio dos movimentos sociais.

Em terceiro e último capítulo, analisa-se a possibilidade de utilização do direito de superfície como instrumento importante na produção de moradia digna e no cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, referindo-se este à importância social deste direito na solução de parte da questão habitacional e de sua utilização, para promover a moradia adequada, bem como a inclusão social nas perspectivas material e formal das pessoas que vivem às margens da cidade, da propriedade territorial e da dignidade humana.

Além das questões pontuais que tiveram prioridade no desenvolvimento deste trabalho, constatou-se a existência de outros temas atuais e importantes relativos ao cotidiano da sociedade brasileira, os quais, pela complexidade, não se fez possível verificar. Portanto, não se tem a pretensão de esgotar o assunto e nem mesmo o enfoque dado a ele, uma vez que por outras perspectivas pode ser observado.

Teve-se, por outro lado, o objetivo de construir caminhos para buscas e reflexões futuras a respeito da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana por meio da promoção do direito à moradia e, com isso, condições de possibilidade para a solução de, ao menos, uma parte da grave questão habitacional crescente, não somente nas cidades que compõem a sociedade brasileira, mas em grande parte das cidades no mundo, na tentativa de construir condições, para que o fenômeno da urbanização não agrave ainda mais a pobreza, a marginalização e a degradação do ser humano, visando, tal como o poema “Construção” de Chico Buarque de Holanda, usado na epígrafe, a construção e a reconstrução dos conceitos e das condições de possibilidade, para que se busque, se construam e se reconstruam novos caminhos, conforme a constante construção e reconstrução das necessidades da sociedade.

1 PROTEÇÕES DA DIGNIDADE HUMANA E DIREITO À MORADIA

As reflexões filosóficas a respeito da dignidade humana partem de noções abstratas, mas pontuam-se especificamente nas questões de moradia, na tentativa de avaliar-se em que medida fica comprometida a dignidade humana da pessoa desprovida de habitação adequada. Para tanto, este capítulo foi dividido em cinco partes: na primeira, apontam-se caminhos para a construção de uma noção de dignidade humana; na segunda, discorre-se sobre a questão do reconhecimento e da obrigatoriedade da proteção da dignidade humana como dever do Estado e direito dos cidadãos; na terceira, analisa-se a dignidade humana em apenas um dos seus vários aspectos, discorrendo-se sobre a importância da moradia adequada e dos mecanismos de reconhecimento da mesma como um direito inerente à pessoa; em quarta, apresentam-se algumas reflexões importantes para a construção do conceito de moradia digna, e em quinta, a constatação da não-efetivação do direito à moradia digna.

A importância dessas reflexões decorre da possibilidade de se buscar, nos conceitos teóricos formulados por Kant, Aristóteles e Schopenhauer, a construção do conceito de dignidade humana sob a perspectiva da falta de moradia adequada, a fundamentação para que se faça cumprir o princípio da função social da propriedade territorial urbana. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro possui instrumentos eficazes, conforme assuntos que serão tratados nos segundo e terceiro capítulos, capazes de operar a transformação social e de garantir, ao menos no aspecto da moradia, a dignidade de muitas pessoas, servindo esta como justificativa, para que, em seu respeito, cumpra-se o princípio da função social da propriedade.

1.1 Conceito de dignidade humana: uma busca sem fim

Ao se falar em direitos humanos, muito se tem referido à dignidade humana e à tentativa de construir a respeito dela um conceito capaz de defini-la nos seus mais variados aspectos estruturais, espaciais, culturais, temporais. Neste estudo, busca-se avaliar a dignidade humana apenas sob o aspecto da falta de moradia digna, entretanto, necessário se faz, a princípio, analisá-la abstratamente a partir do contexto dos direitos humanos, para, ao final, tentar compreendê-la sob a perspectiva do direito à moradia digna.

Para José Soder, referindo-se aos direitos humanos, diz que os direitos do homem concretizam-se a partir de uma concepção filosófica, com forte influência de ideologias sociais, econômicas e políticas, existindo, nesse aspecto, muitas discordâncias sobre a concepção do homem, principalmente entre o liberalismo, caracterizado pelo individualismo, e o socialismo, caracterizado pela socialização e pela coletivização. Segundo ele, nenhuma das duas concepções é suficiente por si só para estabelecer uma base filosófica que sirva de ponto de partida para esclarecer e responder quais são os direitos do homem. No entanto, é necessário considerar ambas, para alcançar o equilíbrio e tentar determinar quais sejam os direitos que atendam aos direitos do homem, isoladamente considerado, e, ao mesmo tempo aos direitos humanos oriundos da convivência social, razão pela qual Soder considera o homem ao mesmo tempo como indivíduo e como entidade transindividual.¹

Nesse sentido, o homem, tanto individual quanto em sociedade, age de acordo com algumas características que lhes são próprias. Para Kant a principal característica que distingue os homens uns dos outros e de outros seres vivos é estarem eles dotados da razão. Para ele, são princípios da razão pura e prática as proposições que encerram uma determinação geral da vontade e que trazem em si várias regras práticas. São “máximas,” quando a condição é considerada como verdadeira unicamente para a vontade do sujeito, e são consideradas leis práticas, quando sua condição é válida para todo o ser racional.²

¹ SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. p. 6.

² KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor). p.27.

Em virtude de sua vontade racional, somente o ser humano é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ele próprio cria,³ o que possibilita que tenha conhecimento da intensidade de suas necessidades físicas como alimento, água, proteção do frio; e afetivas, como amor, consideração, amizade, felicidade.

Epicuro, que viveu no século IV a.C., já dizia que a razão é o maior bem do homem, pois dela resultam todas as outras virtudes.⁴ Para ele, o ser humano deve pautar sua vida na procura pelo prazer. E, que, na verdade, todos os seres já o fazem espontaneamente, tanto os homens quanto os animais, pois desde o nascimento buscam o prazer e fogem da dor. Os homens, entretanto, como seres racionais, devem saber dar o valor justo a todas as coisas, sabendo ponderar o que lhes traz prazer ou sofrimento, pois o prazer que se consegue pela satisfação das necessidades físicas não é único nem o mais importante. O prazer que se pode sentir com a satisfação das necessidades afetivas pode superar o prazer sentido com a satisfação das necessidades físicas, cômicos de que “há ocasião em que nos servimos do bem como se fosse um mal e vice-versa.”⁵ Percebe-se que desde o tempo em que viveu Epicuro, já se tentava fundamentar as ações humanas, justificando o agir racional do homem para atingir determinado fim.

Segundo esse pensamento, as ações humanas dirigem-se na busca pela satisfação das necessidades. Estas necessidades possuem, também, um caráter subjetivo e pessoal, cuja intensidade apresenta-se de forma diferente de um indivíduo para outro, pois, mesmo que as necessidades sejam as mesmas para todos os indivíduos - a fome, a sede, o sono, a habitação - a intensidade com que cada um sente e procura satisfazê-las, é diferente de um indivíduo para outro, como também é diferente para um mesmo indivíduo em tempo e espaço diversos. Isso quer dizer que as necessidades também vão se modificando de acordo com o contexto espaço-temporal em que o homem está inserido.

Na satisfação das necessidades, pode-se dizer que, a partir do momento em que o homem passa a sentir algum tipo de necessidade, como a moradia por exemplo, o equilíbrio no qual se encontrava, rompe-se, e ele passa a buscar a satisfação da necessidade, para que consiga, novamente, voltar ao equilíbrio. Segundo Kant, estar em equilíbrio significa sentir

³COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.21

⁴EPICURO. *Pensamentos*. Tradução de Johannes Mewaldt. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor). p.42

⁵ Epicuro explica que os prazeres singelos oferecem, por vezes, tanto prazer quanto o maior luxo, sem que se manifeste qualquer sentimento de privação. EPICURO. *Pensamentos*, 2002, p.41

bem-estar, felicidade, prazer, e assim, todas as ações humanas passam a realizar-se com esse fim.⁶ Assim, o homem que satisfizer essa necessidade irá, provavelmente, sofrer muito.

Nietzche também tenta explicar as ações racionais do homem, quando diz que a dor, tanto quanto o prazer, faz parte de um grau de forças que conservam a espécie, e, se o homem não enfrentar o sofrimento, poderá não sobreviver em determinadas situações, já que ele precisa enfrentar o frio e outras adversidades para sobreviver. Alguns homens até se sentem felizes em, heroicamente, enfrentar certos sofrimentos para alcançar determinada finalidade.⁷

Sobre essa finalidade, Aristóteles explica que deverá ser sempre o bem,⁸ ou seja, a felicidade, de forma que a felicidade por sua vez é sempre buscada por si mesma e não no interesse de se obter outra coisa.⁹

Para Schopenhauer por mais diversas que sejam as formas pelas quais a felicidade ou a infelicidade se apresente ao ser humano, a base material de uma e de outra constitui-se pelo prazer ou pela dor corporal, que se traduz pela satisfação da saúde, do alimento, da proteção do frio(e assim pela habitação) e da satisfação sexual, ou pela falta destes, as mesmas necessidades que também se apresentam nos animais. Entretanto, diferentemente destes, o homem tem capacidade de reflexão e de saber qual é a intensidade do prazer ou da dor que sofre. Supridas as necessidades básicas, o homem as amplia para aumentar o seu prazer e, por conseqüência disso, amplia também o seu sofrimento, quando não consegue satisfazer essas necessidades.¹⁰

Segundo Schopenhauer, a capacidade de reflexão sobre os próprios sentimentos reforça o sofrimento pela maculação da honra e da vergonha que o homem é capaz de sentir. O sistema nervoso do qual o homem é dotado amplia a sensação dos prazeres, entretanto amplia também a sensação das dores. O fato de o homem pensar no futuro faz com que os medos e as esperanças atuem nele de um modo muito mais intenso do que nos animais. Assim, portanto, a capacidade reflexiva do homem é que torna a sua vida cheia de sofrimento.

Desses posicionamentos a respeito das ações humanas, pode-se perceber que Schopenhauer classifica as necessidades que justificam as ações humanas diferentemente

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção a Obra-Prima de Cada Autor). p. 23

⁷ NIETZSCHE, Friederich. *A gaia ciência*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor). p.163-164.

⁸ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção a Obra-Prima de Cada Autor). L.I, nº1094 a-19, p. 17

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, L.I, nº1097 b, p. 25.

¹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *Do sofrimento do mundo*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção a obra prima de cada autor), p 115-116.

daquela que fez Epicuro, pois, enquanto aquele classifica as necessidades apenas como a busca pelo prazer ou pela dor física, este se refere às necessidades enquanto satisfação das necessidades do corpo e da alma; não só consegue vislumbrar os sofrimentos pelas dores causadas pela insatisfação das necessidades materiais como a fome, a sede, o frio, mas também o sofrimento causado pela insatisfação das necessidades imateriais como o amor, a infelicidade, a honra. Logo, defende a importância de uma vida feliz e plena, forjada na justiça e no respeito ao outro.

A compreensão de que o homem tem consciência de suas próprias necessidades, da importância que tem cada uma delas, da alegria pela satisfação ou da frustração pela não satisfação de algumas, é fundamental, para que se desenvolva um argumento capaz de tentar construir uma definição da dignidade humana e da importância da moradia para que se possa proteger a dignidade humana.

A dignidade pode ser entendida como a virtude, a honra, a consideração e a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao respeito em que é considerada e reside justamente na capacidade de discernimento da vergonha, da humilhação que o ser humano possui e que o distingue dos demais seres da natureza. É, portanto, inerente ao homem, no sentido de que, a princípio, todos os seres humanos são dotados de uma capacidade reflexiva¹¹. Sendo esta, por vezes, uma fonte de prazer quase superior a todas as outras fontes de prazer, eis que a opinião das outras pessoas, aquilo que diz respeito à honra dos indivíduos, torna-se a finalidade de quase todas as pretensões humanas, além do prazer físico ou da dor.¹² E, tem tamanha importância para o ser humano que, quando a imagem pela qual o homem é visto pelos outros homens é de alguma forma degradada, a vergonha que este é capaz de sentir torna-se tão irremediavelmente insuportável que, por vezes, pode levá-lo a suicidar-se.

Nesse aspecto, então, a moral do homem, a forma pela qual é reconhecido pelos outros homens está intimamente ligada à maneira pela qual conduz as suas ações na satisfação de suas necessidades. E, assim o sendo, vai depender sempre da sua vontade e da autonomia que possui para direcioná-la.

Segundo Kant, o homem está sujeito unicamente à sua própria legislação, a agir de acordo com a sua própria vontade, e, em virtude disso, sua ação, e conseqüente moralidade, vai partir de um determinado interesse, concretizado pelo princípio da autonomia da vontade. A

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.30

¹² SCHOPENHAUER, *Do sofrimento do mundo*, 2002, p. 116.

moralidade relaciona, portanto, as ações do homem com a sua autonomia da vontade. Como a moralidade está diretamente relacionada com a dignidade, a autonomia passa a ser, por consequência, o fundamento da dignidade.¹³

Para Kant tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, tudo aquilo que se acha acima de qualquer preço, não admitindo, portanto, qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O direito a uma moradia adequada, à saúde, ao trabalho compede, portanto, uma dignidade.

Não se pode desconsiderar, entretanto, que a autonomia da vontade, guiada pela razão, também pode afastar o homem da sua moralidade e, conseqüentemente, de sua dignidade. Para Kant, quanto mais o homem cultiva a razão para o gozo da vida e da felicidade, mais se afasta da verdadeira satisfação, ao descobrir que a sobrecarga de fadigas na busca, supera o ganho em felicidade. A razão não é suficientemente apta para guiar com segurança a vontade, no que diz respeito à satisfação das necessidades humanas, pois a própria razão, por vezes, multiplica essas necessidades.¹⁴

Nesse aspecto, deve-se considerar que, sendo o homem seu próprio legislador, se não agir de acordo com a máxima kantiana, “ age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal”, estará contrariando o princípio supremo da autonomia da vontade e causando a desigualdade na moralidade entre os seres humanos.¹⁵

A dignidade humana é construída pelo conceito de moralidade, é regida pelo princípio da autonomia da vontade, de forma que defini-la, torna-se tarefa difícil, como bem refere Sarlet, quando diz que, ao se definir a dignidade humana, parece ser mais fácil dizer o que não é a dignidade humana do que expressar o que ela realmente é.¹⁶

¹³ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2002, 65-71.

¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁵ Sobre a desigualdade, a autonomia da vontade guiada pela razão também pode ser uma das causas da desigualdade entre os homens, segundo Rousseau, pois [...]a extrema desigualdade na maneira de viver, o excesso de ociosidade de uns, o excesso de trabalho de outros, a facilidade de irritar e satisfazer nossos apetites e nossa sensualidade, os alimentos muito requintados dos ricos, que os nutrem com sucos excitantes, e os afligem com indigestões, a má nutrição dos pobres, que chega muitas vezes a faltar-lhes, obrigando-os a sobrecarregar avidamente o estômago quando podem, as vigílias, os excessos de toda espécie, os transportes imoderados de todas as paixões, as fadigas e o esgotamento do espírito, os pesares e as penas sem número que se experimentam em todos os estados e que perpetuamente arruinam as almas: eis os funestos fiadores de que a maior parte dos nossos males são nossa própria obra e de que poderíamos evitá-los quase todos, conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária, que nos foi prescrita pela natureza.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor), p.38-39.

¹⁶ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p.39.

A construção do conceito de dignidade humana, portanto, está diretamente relacionada com espaço, tempo, cultura e encontra-se em constante processo de construção e desenvolvimento, pois as diferentes sociedades vão construí-lo diferente. Assim como na mesma sociedade esse conceito pode ser modificado com o passar do tempo. Aquilo que era considerado como dignidade do homem nos séculos XVII e XVIII, como a noção de liberdade, por exemplo, possui um conceito diferente daquele que se tem hoje da dignidade, partindo-se do pressuposto de que hoje a liberdade do homem, tanto física quanto intelectual já foi conquistada, e o objeto da dignidade passa a ser, então, outro.

Durante a história da humanidade o homem passou por vários momentos nos quais a condição em que se encontrava em determinadas situações, com certeza, não eram situações adequadas a um ser humano, tão presentes hoje as favelas, nos campos, os acampamentos dos movimentos de sem-terra ou sem-teto, nos agregados das fazendas que trabalham apenas pela comida, pois a escravidão, continua existindo mesmo depois dos pressupostos de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa.

No Século XX, vislumbrou-se muitos momentos e situações desumanas às quais o ser humano foi submetido, quando voltam à tona os horrores vividos durante a Segunda Guerra Mundial, sendo o homem forçado a viver tal qual os animais: lutando pelo alimento e pela água, tentando esconder-se do frio, como se pode perceber no filme “O pianista” de Roman Polanski¹⁷ e no triste relato de Levi sobre sua própria experiência nos campos de concentrações nazistas:

¹⁷ O filme da Europa Filmes, produzido por Roman Polanski “O pianista”, baseado na obra de Wladyslaw Szpilman, relata a história deste durante a ocupação nazista de Varsóvia, na Polônia. Szpilman era um pianista famoso e morava com sua família judia em Varsóvia durante a ocupação da Polônia pelo governo nazista, foi separado de seus familiares e assistiu a morte de todos e a todas as atrocidades da guerra, a formação dos guetos onde foram obrigados a ficarem separados os judeus, à fome, ao frio e às mais terríveis humilhações dos esconderijos pelos quais passou, e como ele conseguiu sobreviver, passando por todo tipo de privações e condições desumanas. SZPILMANN, Wladyslaw. *O pianista*. Tradução de Tomasz Barcinski. São Paulo: Record, 2003.

[...] Pela primeira vez, então, nos damos conta de que a nossa língua não tem palavras para expressar esta ofensa, a aniquilação de um homem. Num instante, por intuição quase profética, a realidade nos foi revelada: chegamos ao fundo. Mais para baixo não é possível. Condição humana mais miserável não existe, não dá para imaginar. Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos ...roubaram também nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, deveremos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos...Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seus queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento- pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses, considerando puros critérios de conveniência.¹⁸

Nessas e em muitas outras condições o ser humano é privado de suprir suas necessidades mais elementares, de guiar-se pela sua autonomia, e já não mais se reconhece como ser humano dotado de razão e sentimentos,¹⁹ pois, por vezes, é retirado do ser humano aquilo que ele tem de humano. O homem que vive apenas pela comida conquistada a cada dia, das sobras dos outros homens, que sente fome, que sente frio por não ter um lugar para abrigar-se, que mora embaixo de pontes, viadutos, favelas, que dorme no chão duro, que não tem sonhos, que não tem planos, que perde a capacidade de reflexão sobre suas próprias necessidades, perde também sua dignidade.

A situação na qual (sobre)vivem milhares de pessoas hoje, não somente no Brasil mas em várias partes do mundo, não é diferente daquela situação de desumanidade vivida pelas pessoas durante os horrores da guerra, pois vivem cada dia sem saber se terão comida para viver mais um, se terão saúde para enfrentar o frio, o calor, a fome e o abandono. Vivem como se fossem apátridas, como se não tivessem uma nacionalidade, pois o próprio Estado as abandonou. Tal como descreve Levi:

¹⁸ LEVI, Primo. *É isto um homem?* Tradução: Luigi Del Re. 3. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 25.

¹⁹ Nesse sentido Comparato diz que “ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão. E, nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos.” COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1992. p.23

[...]É isto um homem? Vocês que vivem seguros em suas cálidas casas, vocês que, voltando à noite, encontram comida quente e rostos amigos, pensem bem se isto é um homem, que trabalha no meio do barro, que não conhece a paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por um não. Pensem bem se isto é uma mulher, sem cabelos e sem nome, sem mais força para lembrar, vazios os olhos, frio o ventre, como um sapo no inverno[...]²⁰

O ser humano, nestas circunstâncias, é privado de suas necessidades básicas, e, portanto, das condições mínimas necessárias para continuar vivendo. Segundo Arendt, toda necessidade está intimamente ligada à vida, de forma que a própria vida é ameaçada, quando se elimina totalmente a necessidade.²¹ As necessidades vitais, como o alimento e a moradia adequada por exemplo, além de não dependerem da vontade, põe em risco a vida quando não atendidas, e reclamam, portanto, a satisfação, passando a ser, então, conteúdo dos direitos humanos fundamentais.²²

A eliminação da necessidade obscurece a linha que divide a liberdade da necessidade, a tal ponto que já não se sabe o que é ser livre e o que é ser forçado pela necessidade. Despidos de uma autonomia da vontade para satisfazer suas necessidades, os pobres, que não tem alimento ou onde morar, são considerados como pessoas inferiores, aos quais, na grande maioria das vezes, é atribuída a responsabilidade pela situação em que vivem.²³

O homem submetido a esse tipo de vida desumana, revirando lixos e morando em barracos, em baixo de pontes, agiu de acordo com sua autonomia de vontade e escolheu essa condição, ou foi forçado pela necessidade a aceitar uma condição de subcidadania? Nesse aspecto, Souza define o que é ser gente, afirmando que, em um sentido não retórico, existem, na sociedade brasileira, categorias como gente e subgente, cidadão e subcidadão, na qual a desigualdade social em todas as suas proporções e formas, especialmente onde o reconhecimento social dos papéis sociais são definidos, condena cerca de um terço da população à uma vida marginal nas dimensões existencial, econômica e política.²⁴

Nesse sentido, além de ter comida e saúde, ter um lugar para morar passa a ser de fundamental importância na vida de cada pessoa, pois é na privacidade desse lugar que ela

²⁰ LEVI, *É isto um homem?*, 2000, p. 9

²¹ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 e. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.81

²² ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 94.

²³ ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. 2003, p. 145

²⁴ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p.178.

revela sua autonomia de vontade. É onde repousa, onde mantém sua família, onde se encontra consigo mesma e satisfaz suas necessidades elementares. É onde, segundo Rousseau, encontra forças para enfrentar inimigos perigosos, contra os quais não consegue se defender, como as debilidades naturais, a infância, a velhice e as moléstias de todas as espécies.²⁵

Torna-se urgentemente necessário que sejam implementadas ações que respeitem a dignidade humana protegendo-a de forma completa, relativamente à saúde, ao alimento, à moradia, e que seja feita de forma ampla, já que a proteção da dignidade depende de uma conjugação complexa de aspectos temporais, espaciais, culturais, mas que em qualquer deles a dignidade seja reconhecida e protegida, que seja buscada como finalidade principal do Estado Democrático de Direito²⁶ por meio da proteção jurídica da dignidade humana.

1.2 Proteções da dignidade humana

Para o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, remanescendo desse pensamento o entendimento de que a ordem jurídica que recebe a idéia da dignidade da pessoa humana, parte sempre do pressuposto de que o homem, independentemente de qualquer circunstância, é sempre titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados tanto pelos outros homens quanto pelo Estado.²⁷

²⁵ ROUSSEAU, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, 2004, p.38.

²⁶ O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o cumprimento de valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos cujo fundamento encontra suas bases na harmonia social, considerando-se os valores supremos os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, valores esses que correspondem aos valores da democracia. O Estado brasileiro instituiu o Estado Democrático de Direito com fundamento na vontade emanada do povo pela assembléia Nacional constituinte, conforme o artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, devendo observar, ainda, os seguintes princípios: o da constitucionalidade, o da soberania popular, o da justiça social, o da igualdade, o da separação de poderes, o da legalidade e o da segurança jurídica. SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p.43-47.

²⁷ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p.32-37

Por essa razão, o conceito de dignidade necessita ser construído e reconstruído o tempo todo de acordo com as transformações sociais, no sentido da passagem da definição teórica para a criação de estruturas que a implementem a proteção da dignidade humana, para que o Estado direcione suas ações de modo a preservá-la, criando condições adequadas para o seu pleno exercício e fruição, uma vez que não se sabe até que ponto o indivíduo é capaz de realizar, ele próprio, suas necessidades existenciais básicas, como, por exemplo, a aquisição de um lugar adequado para morar. Assim, passa a ser ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais, bem como de toda a sociedade, de todos e de cada um, proteger a dignidade do homem.

Essa dupla condição de proteção também sugere, segundo Sarlet, uma dimensão defensiva e prestacional da dignidade humana, que se manifesta pela autonomia que deve possuir a pessoa em defender sua dignidade, bem como pela necessidade de sua proteção por parte da comunidade em que vive e pelo Estado,²⁸ podendo, por vezes, a proteção estatal prevalecer sobre a autonomia individual, e o Estado interferir na segurança da integridade física da pessoa para protegê-la dela mesma.

Como a dignidade da pessoa está diretamente relacionada com cada indivíduo, deve-se considerar uma dimensão social da dignidade de cada uma e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos, tal qual prescrito pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A Declaração identifica o homem de forma abstrata e genérica, e os direitos a serem protegidos destinam-se a todos os homens de forma universal. Ela passa a ser, assim, um marco referencial na proteção dos direitos humanos independentemente de nacionalidade e cidadania.²⁹ Disso se pode dizer que a dignidade humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, uma vez que devem ser consideradas sua igualdade e respeitadas suas diferenças, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da sociedade, que advém de um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem e resguardem a pessoa de todo e qualquer ato que resulte em atentado contra sua dignidade.

A sociedade que não respeitar a vida e a integridade física e moral do ser humano, que não lhe assegurar condições mínimas para uma existência digna; que não limitar o poder; na qual a liberdade, a autonomia, a igualdade em direitos, a dignidade, e os direitos fundamentais

²⁸ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p.46-49.

²⁹ SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p.32

não forem reconhecidos e assegurados, não terá espaço para a dignidade da pessoa humana, e a dignidade, então, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.³⁰ A não-proteção do direito à moradia digna e adequada com a implementação de ações concretas capazes de promovê-la é uma violação à dignidade humana.

Considerando que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, pois o ser humano constitui um fim e não um meio da atividade estatal; conforme o afirmativo de Kant: “o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo”,³¹ verifica-se que a dignidade da pessoa passou a integrar os valores sociais e o próprio direito e é nessa condição que deve ser sempre analisada.

A dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana não é, ela própria, um direito fundamental, portanto, não poderá ser concedida pelo ordenamento jurídico. Mas, quando se fala em direito à dignidade, estar-se-á referindo ao direito ao reconhecimento, respeito, proteção, promoção e desenvolvimento da dignidade.³² Este reconhecimento deve ser garantido pelo poder estatal, promovendo ações concretas que visem a proteção da saúde, o acesso a alimentação apropriada e a moradia adequada.

A dignidade da pessoa pressupõe, ainda, valores que guiam não apenas os direitos fundamentais, que estão diretamente ligados à dignidade humana e são ao mesmo tempo as condições para a existência dessa dignidade³³, mas toda a ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, razão pela qual se justifica que seja caracterizado, conforme reporta Sarlet, como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa,³⁴ pois a proteção da dignidade da pessoa humana foi reconhecida pela Constituição Federal brasileira de 1988 como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Tendo a Constituição Brasileira reconhecido a dignidade da pessoa humana como condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, mesmo que esta dignidade pré-exista ao direito, o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica constituem sempre requisito para que possa ser tida como legítima e deva ser protegida pelo poder estatal. Significa que, ao se reconhecer a dignidade da pessoa humana pela ordem jurídico-positiva, não se está afirmando que esta apenas exista na medida em que seja reconhecida pelo Direito,

³⁰ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p. 59

³¹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2002., p.60

³² SARLET, op. cit., p.71.

³³ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p.78

³⁴ SARLET, op. cit., p. 73.

pois dependerá ainda, de sua efetiva realização e promoção,³⁵ ao se proporcionar efetivas condições para que os seres humanos possam viver com dignidade.

Não basta, portanto, o seu reconhecimento apenas. O princípio da dignidade humana deve servir sempre de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais somente, mas de todo o ordenamento jurídico. Não basta reconhecer o direito à moradia adequada como direito humano fundamental, é necessário que a moradia esteja acessível a todos aqueles que pelos seus próprios meios não conseguiram obtê-la. Nesse sentido Sarlet diz que:

[...]a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade.³⁶

Um dos pressupostos da dignidade é a liberdade. Sem liberdade, seja ela positiva ou negativa, não estará sendo assegurada a dignidade, bem como a igualdade, pois esta também constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa e garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário. A liberdade e a igualdade passam a ser um ideal a ser perseguido, um valor, ou como refere Bobbio, um “dever ser”.³⁷ E, por essa razão não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, por religião, por sexo, ou qualquer ofensa ao princípio da igualdade tanto formal quanto material, exercendo a liberdade, a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de forma que, qualquer violação de um direito fundamental, será sempre uma ofensa à dignidade da pessoa, e, portanto, no entendimento de Kant, uma violação, pois quem viola os direitos humanos tenta servir-se das pessoas como simples meios, não considerando que devem ser sempre tratadas como fins.³⁸

³⁵ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p.69

³⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 87.

³⁷ Para Bobbio, como teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual. Pois, são universais em relação ao conteúdo, visto que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, e extremamente limitadas com relação a sua eficácia, eis que são propostas para um futuro legislador. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.29.

³⁸ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2001, p.60

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, portanto, limites à atuação do Estado, com o objetivo de impedir a violação desse princípio por parte do próprio Estado e, ainda, de que deverá o Estado manter como meta a promoção concreta de uma vida digna para todos.³⁹ Assim os homens passam a ter também alguns direitos e não somente deveres, e o Estado, por outro lado, deixa de ter somente direitos e passa a ter também deveres⁴⁰.

Nesse sentido cabe referir que a concepção da divisão de público e privado, originadas nas codificações européias, que asseguravam ao direito privado a proteção do individualismo, da contratação e da apropriação de bens, cedeu espaço aos mecanismos de proteção dos direitos humanos contra o próprio Estado, caracterizando-se, conforme menciona Tepedino, como “as duas faces da mesma moeda,”⁴¹ na qual a superposição de espaços públicos e privados suscitam cada vez mais a redefinição de limites e a relativização de conceitos, especialmente aqueles que dizem relativos ao direito à propriedade territorial privada e a obrigatoriedade de respeito à função social que esta deve ter.

Com referência à importância dessa relativização, Tepedino diz que “[...]a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada.”⁴²

Em algumas situações, entretanto, na complexidade de interesses que fazem parte do cotidiano de uma sociedade, a colisão entre esses interesses torna-se inevitável, quando conflitam situações jurídicas igualmente protegidas como o direito constitucional à propriedade privada e a intervenção estatal obrigando o cumprimento da função social, nascendo o seguinte questionamento: para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma pessoa não se acaba, por vezes, afetando a dignidade de outra pessoa? Até que ponto a dignidade da pessoa pode efetivamente ser tida como absoluta, independente de qualquer tipo de restrição? Em resposta a esse questionamento, Sarlet diz que apenas o exame em concreto, considerando cada norma de direito fundamental objetiva e subjetivamente, com a avaliação da natureza e da intensidade da ofensa, fornecerá elementos para uma solução

³⁹ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p. 108

⁴⁰ Como refere Bobbio, quando diz que quando se fala em concepção individualista se quer dizer que o indivíduo vem em primeiro lugar, eis que tem valor em si mesmo, e depois vem o estado que é feito pelo indivíduo, sendo que existe uma inversão na relação indivíduo e Estado, o que inverte a relação entre direito e dever: “Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vem os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro vem os deveres, depois os direitos.[...]Justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência” BOBBIO, *A era dos direitos*, 1992, p. 60

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.60

⁴² TEPEDINO, *Temas de direito civil*. 2004, p.65.

constitucionalmente adequada, pois cada restrição de direitos humanos resulta em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico. Fundamenta que a dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível e intocável de cada indivíduo, e, assim, a última fronteira contra qualquer ingerência externa.⁴³

Para assegurar que essa “fronteira” seja respeitada e protegida, é necessário que se formalizem compromissos: os pactos. Os pactos são necessários e se dão por meio da legislação constitucional e infraconstitucional, tanto nacional como internacional, como o são os pactos internacionais, os tratados, as convenções e declarações, criados para proteger o homem, não somente do poder estatal, mas também dele próprio,⁴⁴ pois a liberdade e a autonomia que os homens possuem em dirigir suas ações na tentativa de atingir a satisfação de suas necessidades, nem sempre é exercida de modo a respeitar a liberdade e, por consequência, a dignidade dos outros homens. Os homens, por vontade própria, não se preocupam em cumprir a função social da propriedade privada para que outros homens também possam ter acesso a esse direito, com possibilidades de trabalho e moradia adequada.

Nesse sentido, Baumann diz que ter liberdade significa assumir riscos e responsabilidades que são próprios da autonomia, pois se cada homem pode agir livremente e de acordo com a sua vontade, o medo do risco e do fracasso que esta autonomia pode causar justifica o horror ao “homem à solta” hobbesiano. Por esta razão o homem precisa de limites, o que somente acontece com a força normativa. Assim, as normas são necessárias, para que a liberdade e a autonomia sejam exercidas em respeito às normas da vida em sociedade.⁴⁵

Os pactos tornam-se necessários, para que os homens respeitem a dignidade dos outros homens na experiência social, condição que não é atribuída apenas à sociedade existente ao tempo de Hobbes, pois, pelo que se pode observar na sociedade moderna, valores como a ética e o reconhecimento do outro podem estar se perdendo em um mundo globalizado, em uma sociedade que se transforma constantemente. Nesse sentido se discute se a fase na qual se vive na atualidade ainda é modernidade, ou se esta já está ultrapassada e se está vivendo uma pós-modernidade.

⁴³ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p.133-138.

⁴⁴ com Hobbes surge uma forma de pensar, entendendo que o homem no seu estado natural é mau, que “o homem é lobo do homem”, fundado na máxima “cada um não faça aos outros o que não gostaria que fizessem a si”. HOBBS, Thomas *Leviatã*. In: Os pensadores. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4 e. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 75-76

⁴⁵ BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p.27.

Na verdade, vive-se um período de incertezas no qual os conceitos antigos mudaram, mas ainda não se tem novos conceitos para substituí-los, como o que ocorre com o conceito de dignidade, assim como com outros conceitos, como, por exemplo, de função social da propriedade, de família, de contratos, os quais passam a depender de várias contingências espaço-temporais.

Conforme refere Stein, a modernidade terminou como período histórico, mas talvez não tenha terminado em nível de ciência, de conhecimento, de possibilidade de transformação. Segundo ele, a sociedade moderna está no vazio da transição de momentos, mas não suporta este vazio, então “[...]somos seres do não mais e do ainda não”.⁴⁶

Por outro lado, Alberoni não acredita que a cultura moderna tenha se encaminhado para o niilismo,⁴⁷ uma vez que o que não existe mais é uma tradição indiscutível sobre as verdades e os fundamentos, já que a própria sociedade se reinventa por meio dos movimentos sociais, recriam-se valores, normas, regras e leis, permitindo que a sociedade se esforce para propiciar a todos uma casa, um salário, uma vida confortável, um trabalho digno, escolas, abrigos⁴⁸.

O homem moderno é ser incapaz de parar e ficar parado não pelo adiamento da satisfação, mas pela impossibilidade de atingir a satisfação, visto que esta pode ser reinventada o tempo todo, de forma que, ser moderno é estar sempre à frente de si mesmo, sempre em busca de uma nova satisfação. Mas, se esta busca faz com que o homem se adapte às transformações da sociedade, por outro lado pode remetê-lo a uma situação de solidão, de desencontro consigo mesmo e com o outro, na qual, muitas vezes, as pessoas sentem-se sozinhas em meio a uma multidão e constataam que no mundo dos indivíduos há apenas outros indivíduos.

Nesse sentido, pode-se dizer que a liberdade, a autonomia, a felicidade, são problemas individuais, mas ao mesmo tempo também são problemas coletivos, na medida em que os indivíduos se reconhecem no outro. Por essa perspectiva, Alberoni questiona se o ser humano pode pretender que exista um ponto de observação mais alto em um rochedo de onde se observa o rio correr, ou se todos estão imersos no rio, aceitando as ondas da corrente que arrasta a todos. Para ele “[...]estamos no mundo, somos parte do mundo, o nosso corpo é o mundo. E ao

⁴⁶ STEIN, Ernildo. *Epistemológica e crítica da modernidade*. 3 ed. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 31

⁴⁷ Para Alberoni o niilismo para a cultura é a falta de fundamento para fatos novos. ALBERONI, Francesco. *Valores: o bem, o mal, a cultura, a vida*. Tradução de Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 54.

⁴⁸ ALBERONI, *Valores: o bem, o mal, a cultura, a vida*. 2000, p. 54-55.

mesmo tempo, como indivíduos, somos lançados no mundo.”⁴⁹ Então, os problemas de um indivíduo são problemas de todos.

Reconhecendo-se no outro, o indivíduo passa a descobrir que a dignidade do outro é ao mesmo tempo a sua própria dignidade, pois o respeito que o ser humano deve dispensar ao outro é o mesmo que o outro deve ter por ele. Quando observa uma pessoa ou uma família inteira morando em barracos, favelas, em casas feitas de papelão o ser humano não fica alheio, reconhece-se naquele que está nessa situação e, imaginando-se em seu lugar, sofre por saber o quanto degradante ela é.

É nessa dimensão que a dignidade humana deve ser protegida, a fim de que cada pessoa possa agir de acordo com a sua autonomia de vontade com respeito às diferenças desta autonomia, para que não seja forçada a comportarem-se como os seres irracionais ao satisfazer apenas os instintos, saciando a fome e a sede. A proteção à dignidade compreende muito mais. Compreende a proteção do ser humano real e concretamente em todas as situações, reconhecendo-se o sofrimento pelo qual passa um idoso, uma criança, um deficiente físico ou mental, morando sob uma ponte, sob um viaduto, em um barraco de uma encosta qualquer prestes a desmoronar, sentindo frio, fome, sede.

A proteção da dignidade é a proteção não apenas da vida, mas da vida em sua plenitude, e isso inclui uma vida feliz. A moradia é apenas um dos muitos aspectos atribuíveis à concretização da dignidade, mas é tão importante e essencial quanto os demais.

1.3 Dignidade humana e moradia

A proteção da dignidade humana deve efetivar-se em vários aspectos: naqueles que dizem respeito à saúde, alimentação, educação, lazer, moradia, os quais envolvem uma complexidade de situações e peculiaridades. Embora igualmente importantes e essenciais, analisar-se-á neste trabalho aqueles que dizem respeito à moradia, pois a moradia tem estreito relacionamento com os demais aspectos: não se pode ter saúde, alimentação, educação e lazer

⁴⁹ ALBERONI, *Valores: o bem, o mal, a cultura, a vida*. 2000, p. 16-19.

adequados sem a existência de uma moradia igualmente adequada, de forma que inexiste a dignidade humana sem o direito à moradia.

Nas questões de moradia, o poder constituinte da sociedade brasileira, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, deixou transparecer de forma clara e inequívoca a intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que são embasadas e informativas de toda a ordem constitucional, com normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, juntamente com os princípios fundamentais, integram a essência da Constituição Federal.⁵⁰ Assim, o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo para onde devem convergir todas as ações da atividade Estatal.

O direito à moradia, tendo presente o seu conteúdo social, consagrado no constitucionalismo pátrio, coloca-se em dimensão inerente à dignidade humana, considerando que a falta de uma moradia adequada, ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional, evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente os pressupostos básicos necessários, para que se possa ter uma vida digna.⁵¹ Assim, a manutenção da própria vida, com provimento de alimento e moradia, são reconhecidos constitucionalmente por meio da introdução feita ao rol de Direitos Sociais no art. 6º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº26 de fevereiro de 2000⁵².

Mesmo reconhecida como direito integrante da dignidade humana, garantido constitucionalmente, muitas pessoas não possuem moradia digna, o que faz com que se perceba que o estado de pobreza em que muitos indivíduos se encontram atualmente, sem ter condições de obter o necessário para sua manutenção digna, não é sempre uma opção própria, resultado do exercício da autonomia de vontade.⁵³ Nem sempre as pessoas são pobres por opção, porque assim desejaram viver. Com exceção de algumas pessoas, ou alguns grupos sociais que optam por uma vida destituída de bens materiais, na grande maioria das sociedades, os pobres são pobres, porque foram colocados nessa situação por um sistema social que os exclui em todos os sentidos que possa ter a palavra “exclusão”.

Um bem como a terra, que é um bem comum da humanidade, por exemplo, que não deixa de ser necessário por ser considerado mercadoria, por ter valor econômico, mas que

⁵⁰ SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001, p.62

⁵¹ *Ibidem*, p. 91.

⁵² Conforme consta na Constituição Federal, Capítulo II, dos Direitos Sociais: “Art.6º. são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, referido por ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, 2003, p. 36.

⁵³ *Ibidem*, p. 58.

possui um valor universal e comum, que exige que o respeito ao seu valor de troca não seja priorizado em relação ao seu valor de uso, conjuga valores e interesses superiores aos bens puramente patrimoniais.

Muitas são as normas que consagram o direito à moradia digna como direito fundamental inerente à pessoa humana, e, portanto, constitutivo de sua dignidade humana, tanto que o ordenamento jurídico, por diversas normas consagra o direito à moradia como parte do rol dos direitos humanos a serem assegurados a todas as pessoas, como previsto pela Constituição Federal brasileira de 1988⁵⁴.

Várias são também as normas infraconstitucionais que apresentam instrumentos destinados a assegurar a concretização do direito à moradia digna como direito fundamental inerente à pessoa humana, especialmente nos centros urbanos, conforme o previsto pelo Estatuto da cidade.⁵⁵

No plano internacional, várias normas consagram o direito à moradia digna como direito fundamental inerente à pessoa humana, e, portanto, constitutivo de sua dignidade, como se pode vislumbrar a proteção há muito tempo consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁵⁶; ainda, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵⁷; na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

⁵⁴ Consta no texto Constitucional brasileiro, Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, “ Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição”, conforme relata ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, 2003, p. 70.

⁵⁵ Conforme disposto pela Lei 10.257/2000, Estatuto da cidade: “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”....”Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação 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”.....”Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis” BRASIL, *Lei Federal nº 10.257 de 2000, Estatuto da cidade..* 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁶ Conforme consta no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos no art. 25º: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.” DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM(1948). Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. Acesso em (10/jun./2007).

⁵⁷ Consta no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conforme o art. 11 “ 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

Discriminação Racial de 1965⁵⁸; na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, de 1979⁵⁹; na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989⁶⁰; na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁶¹, e na Conferência do Habitat II em Estambul, 1996⁶².

Na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e na Declaração de Estambul sobre Assentamentos Humanos de 1996 foi reconhecido o direito à moradia digna como direito humano a ser protegido, assegurado, e reconhecido. E, ainda, foi reconhecido o estado de posse como direito humano fundamental inerente a todas as pessoas e que deve ser válido para todos os sem-teto do mundo⁶³.

condições de vida”PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em (www.aids.gov.br/legislação/vol.1.htm). Acesso em (10/jun./2007).

⁵⁸Conforme a convenção Internacional sobre eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968: “Artigo 4º. [...]1. Direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: [...]direito à habitação;[...]”CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL(1968) Disponível em (<http://dhnet.org.br/direitos>),. Acesso em 10/junh./2007)

⁵⁹ Conforme Convenção Sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher de 1979: “Artigo 14- [...] 8. gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO DA MULHER(1979) Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos>). Acesso em (10/junh./2007).

⁶⁰ Conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990: “Artigo 27.-[...] 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 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[...]”. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989). Disponível em (<http://www.mma.gov.br/index>). Acesso em (10/junh./2007)

⁶¹Conforme Agenda 21 sobre Meio ambiente e Desenvolvimento, 1992 Capítulo 7: “7.6. O acesso à habitação segura e saudável é essencial para o bem-estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas, devendo ser parte fundamental das atividades nacionais e internacionais. O direito à habitação adequada enquanto direito humano fundamental está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Apesar disso, estima-se que atualmente pelo menos 1 bilhão de pessoas não disponham de habitações seguras e saudáveis e que, caso não se tomem as medidas adequadas, esse total terá aumentado drasticamente até o final do século e além”.AGENDA 21(1992). Disponível em (<http://www.mma.gov.br/index>). Acesso em (10/junh.2007).

⁶² Conforme A declaração de Estambul sobre os Assentamentos Humanos, na conferência das Nações Unidas sobre os assentamentos Humanos, em Estambul, Turquia, 1996: “Vivienda adecuada para todos -39. Reafirmamos nuestra determinación de garantizar progresivamente el ejercicio pleno del derecho a una vivienda adecuada, según lo previsto en los instrumentos internacionales. A ese respecto, reconocemos que los gobiernos tienen la obligación de lograr que la población pueda conseguir una vivienda y de proteger y mejorar las viviendas y los vecindarios.[...] - 60. Una vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable[...]”. DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE OS ASSENTAMENTOS HUMANOS.(1996) Disponível em (<http://www.unicrio.org.br?ONUtextos.php>). Acesso em (10/jun./2007).

⁶³ ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia.*, 2003. p. 82

As declarações não impõem obrigações legais, diferentemente do que ocorre com os tratados e convenções que possuem natureza vinculatória, mas, por outro lado, impõem compromissos políticos. A adesão de um Estado a uma declaração de direitos humanos significa reconhecer os indivíduos como sujeitos de direitos e a assunção de obrigações no plano internacional, visto que, em se tratando de direitos humanos, existe uma forte tendência em se considerar que as regras de direito internacional estão acima das regras de direito interno por expressarem uma ética universal, pois a proteção da dignidade da pessoa humana deve ser a finalidade última e a razão de todos os sistemas jurídicos.⁶⁴

A Constituição Federal brasileira adota o princípio da prevalência dos Direitos Humanos, conforme parágrafo 2º do art.5º⁶⁵⁻⁶⁶, e adere a todos os tratados e convenções que versem sobre os direitos humanos, devendo respeitar e aplicar as normas destes tratados, o que confere às normas que protegem os direitos humanos aplicação imediata, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Considerando o que dispõe a Constituição Federal a respeito dos Direitos Fundamentais, e em cumprimento ao princípio constitucional de que a propriedade territorial deve atender os seus fins sociais⁶⁷, e que não se pode ter uma vida digna sem ter um teto para morar, o poder público deve encontrar formas para efetivar os direitos fundamentais garantidos

⁶⁴ COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1992., p. 61

⁶⁵ Conforme o art.5º, § 2: “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”BRASIL, *Constituição federal de 1988*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶⁶ Entretanto, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, por ter inserido o parágrafo terceiro ao artigo 5º, estabelecendo que os tratados e convenções devem primeiramente ser aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, não tendo assim aplicação imediata, abre a discussão de que houve retrocesso na aplicação das disposições constantes nos tratados internacionais, tornando a eficácia destes de maior dificuldade no ordenamento brasileiro. Para Flávia Piovesan, os tratados que versem sobre direitos humanos, possuem hierarquia superior a todos os demais tratados, pois possuem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de maneira que devem ser considerados com a mesma hierarquia das normas constitucionais, conforme o disposto no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal. Para ela, basta verificar que pela interpretação sistemática do texto constitucional, pode-se entender que o mesmo diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Por esta razão, os direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados e convenções internacionais que venham a aumentar o rol dos direitos já expressos na Constituição Federal, passam a ter a mesma hierarquia daqueles tratados e convenções que já foram consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo assim aplicação imediata. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2 e. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.44-48. De forma que o artigo 3º incluído pela Emenda Constitucional nº 45, deve ser aplicado apenas a outros tratados e convenções, como aqueles que dizem respeito às relações comerciais, por exemplo.

⁶⁷ Conforme o disposto no art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, 2003.

pela Constituição Federal⁶⁸, desenvolvendo políticas públicas que resolvam parte das questões habitacionais.

A Constituição Federal, nos artigos 182 e 183, dispõe a respeito da política urbana, determinando que a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo poder público municipal deveria seguir as diretrizes fixadas em lei posterior. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade passou a determinar as formas de ordenar o desenvolvimento urbano em atendimento às funções sociais da cidade, apresentando instrumentos úteis na promoção do direito à moradia adequada e, conseqüentemente, a proteção dos direitos humanos fundamentais. Um desses instrumentos é o direito de superfície, sob novas perspectivas, a ser concedido, justamente com a finalidade de promover e possibilitar a aquisição formal da moradia adequada a um custo acessível a grande parcela daqueles que não conseguiram, ainda, ver assegurado esse direito fundamental, como se terá oportunidade de verificar em momento oportuno.

Na promoção e proteção dos direitos fundamentais, especificamente no direito à moradia como direito fundamental, a União, os estados-membros e os municípios possuem responsabilidades constitucionais, visto que a efetividade do direito à moradia, consagrado pela Constituição Federal brasileira, possui aplicação imediata, já que é norma vinculatória auto-aplicável e gera para os agentes do Estado a obrigação de implementarem formas e medidas, para que as pessoas tenham respeitado o direito à moradia, o que acarreta para a União o dever de reconhecer e dar efetividade ao direito à moradia digna, pois tem competência privativa para disciplinar sobre o direito à moradia e à propriedade, por meio de políticas habitacionais com o apoio do ministério das cidades e dos recursos financeiros da Caixa Econômica Federal.⁶⁹

Da mesma forma, os estados-membros podem dispor de legislação sobre política habitacional com base no disposto pela Constituição Federal, por meio de instrumentos e programas de interesses sociais. E, ainda, os municípios que, possuindo competência privativa, são os principais entes federativos responsáveis em promover a política urbana e ordenar as funções da cidade, de modo a garantir que as propriedades territoriais urbanas cumpram com suas funções sociais⁷⁰. A eles foi atribuída constitucionalmente a tarefa de fazer

⁶⁸ Conforme o art. 23 : “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX- promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, 2003, p. 19-20.

⁶⁹ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.198

⁷⁰ *Ibidem*, p.200- 204.

cumprir as funções sociais das propriedades territoriais urbanas por meio de políticas públicas na gestão das cidades e de instrumentos de repressão ao abuso do direito de propriedade territorial, como a cobrança de imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo e da desapropriação, além de vários outros instrumentos disponíveis, conforme, também, será verificado no decorrer deste trabalho, tudo para garantir que seja respeitado o direito de todos a um espaço territorial e, em assim, moradia.

As discussões a respeito da necessidade de proteção do direito à habitação, como forma de se construir cidades sustentáveis e de se promover a universalização dos direitos humanos com melhor distribuição de riquezas, valorizando princípios de igualdade nas diversidades sociais, também foram objeto dos vários Fóruns Sociais Mundiais, ocorridos anualmente a partir do ano de 2001, dos quais a cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, teve a honra de sediar quatro.⁷¹ Isso demonstra que as preocupações com os direitos humanos e, por consequência, com o direito à habitação, como forma de se promover a vida plena e feliz apesar das diversidades culturais, sociais, geográficas entre os povos, continuam sendo tema de constantes debates, visando que, efetivamente, se cumpram os tratados, convenções e declarações que reconhecem como direito humano o acesso à moradia digna.

Além das normas nacionais ou internacionais, o espaço para o debate na sociedade a respeito do reconhecimento e proteção do direito à moradia digna por vários atores sociais fez com que o clamor popular daqueles que são diretamente atingidos pela não-efetivação de seus direitos humanos fundamentais, entre eles o direito de morar dignamente, buscassem a efetivação e a proteção desse direito por meio da união de interesses comuns, legitimados pelos movimentos sociais, pelas comissões de direitos humanos, pelas organizações urbanas e rurais que não-conformados com a situação de humilhação e degradação da pessoa humana, fazem com que nasça nas ruas uma nova forma de se fazer o direito.

⁷¹ O primeiro Fórum Social Mundial aconteceu no período de 25 a 30 de janeiro de 2001, na cidade de Porto Alegre/RS, e entre suas várias temáticas a conferência sobre o acesso à riqueza e à sustentabilidade tratou do acesso à habitação como forma de construir cidades sustentáveis e de promover a universalização dos direitos humanos. O segundo Fórum Social Mundial aconteceu de 31/10 a 05/02 de 2002, também na cidade de Porto Alegre/RS, e entre suas várias temáticas foi apresentada a conferência sobre a produção de riquezas e reproduções sociais, na qual as cidades e as populações urbanas tiveram enfoque especial. O terceiro Fórum Social Mundial aconteceu no período de 23/01 a 28/01 de 2003, também na cidade de Porto Alegre/RS, cuja conferência sobre princípios e valores de direitos humanos, diversidade e igualdade trouxe como enfoque especial a necessidade do pleno acesso à habitação. O quarto Fórum Social Mundial aconteceu de 16/01 a 21/01 de 2004, aconteceu em Mumbai na Índia, e entre diversos temas foi tratado a respeito da discriminação, dignidade e direitos humanos. O quinto Fórum social Mundial aconteceu de 26/01 a 31/01 de 2005, novamente na cidade de Porto Alegre/RS, e entre os vários temas tratou-se de direitos humanos e dignidade para um mundo mais justo e igualitário. E por fim, o sexto e último Fórum Social Mundial, aconteceu de forma policêntrica, de 19 a 23 /01 de 2006, em Mali na África; de 24 a 29/03 no Paquistão, na Ásia, e Caracas na Venezuela. cujas temáticas também trataram de direitos humanos, desigualdade e governos. FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Disponível em www.forumsocialmundial.org.br/memoria. Acesso em (20. jan. 2007).

A luta por transformações sociais, que se verifica nas práticas de mobilização pelo direito à moradia e pelo pleno desenvolvimento da cidadania, tornam os movimentos sociais novos sujeitos constitutivos de direitos, que têm seu espaço de manifestação nas ruas, e por esta razão chamados: “direito achado na rua.”⁷² Decorre da possibilidade da existência de um pluralismo jurídico⁷³ que admite, no espaço social, a existência de outros direitos que não aqueles exclusivamente postos pela ação do Estado⁷⁴.

Assim, quando os direitos não são reconhecidos pelo sistema jurídico oficial, ou não-oficial, ou quando reconhecidos não são garantidos e efetivados, a união de esforços na busca da efetivação dos mesmos por parte da sociedade vai fazer com que se produza o direito. Esta luta se trava, por vezes, ao mesmo tempo e em vários setores da sociedade. O direito à moradia é apenas uma das várias configurações destas lutas, que à medida que acontece vai se aprimorando. Não basta a garantia aos cidadãos de uma moradia: o direito de morar deve ser garantido de forma digna.

1.4 Moradia digna: uma moradia em construção

O direito à moradia tem como fonte o direito que toda pessoa tem a um nível adequado de vida compatível com aquilo que foi assegurado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujos anseios sociais para sua efetivação, no Brasil, foram manifestados na Constituição Federal de 1988. Momento em que o direito à moradia passou a ser o núcleo

⁷² Sousa Júnior refere-se à rua como o espaço público, lugar simbólico para o protesto, para reivindicar a dignidade e os direitos. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *O direito achado na rua: concepção e prática*. IN: Revista Humanidades nº4, vol.8. Brasília: Edunb, 1992, p 494- 497.

⁷³ Souza Santos explica que existe pluralismo jurídico sempre que em um mesmo espaço vigoram ordens jurídicas diferentes, fundamentadas em causas econômicas, raciais, profissionais, etc., e que podem ocorrer em determinado período em casos de ruptura social ou do conflito de classes sobre uma área determinada do desenvolvimento social, nas quais cria-se um direito interno e informal que vigora em paralelo ou em conflito com o direito oficial, a exemplo do que acontece nas favelas brasileiras em razão da ilegalidade coletiva relacionada com a habitação, cuja autonomia, em relação ao direito oficial, é gerida pelas associações de bairro. SANTOS, Boaventura de Souza. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura>. Acesso em (22/dez./2006).

⁷⁴ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Um direito achado na rua: o direito de morar*. IN: Curso de extensão universitária à distância: introdução crítica ao direito, série o direito achado na rua. V.1. 4 e.d. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 34

central do direito às cidades sustentáveis, pois envolve dois direitos fundamentais a serem constitucionalmente respeitados: o direito do acesso à terra e o direito do acesso à moradia.⁷⁵

Segundo Fernandes, a fundamentação do direito à moradia digna como direito humano encontra sua justificação em uma fundamentação ética, visto que suas exigências e configurações são derivadas da dignidade humana. Nesse sentido, segundo Fernandez, o direito à moradia digna pode ser considerado como um direito moral⁷⁶, pois possui um conteúdo limitado por valores relativos à dignidade da pessoa humana que estão intimamente ligados à idéia de igualdade.

Diz Fernandes que os valores e exigências morais e racionais dos direitos do homem giram em torno da idéia básica de dignidade humana e são representados pela segurança, liberdade e igualdade. Dessa idéia derivam valores que vão fundamentar os distintos direitos humanos: 1. os direitos pessoais e direitos de segurança correspondem o valor da segurança, que estão ligados à idéia de dignidade humana e expressam direitos da pessoa considerada como indivíduo autônomo, livre e responsável, como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de pensamento, à honra, à fama, às garantias processuais; 2. do valor de liberdade se deduzem e se encontram em seu fundamento os direitos de liberdade ou direitos da pessoa como cidadão, membro de uma sociedade política ou do Estado, que envolvem liberdade negativa e positiva, liberdade de associação e de participação política; 3. do valor da igualdade se derivam os direitos de igualdade sócio-econômicos e culturais, que ampliam a igualdade formal, convertendo-se em igualdade substancial, que são os direitos da pessoa como trabalhador; e, ainda, que da idéia de igualdade deve-se considerar que existem significados distintos para a desigualdade, bem como vários tipos de desigualdade: desigualdades sociais, culturais, de oportunidades, etc.⁷⁷

⁷⁵ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.218

⁷⁶ Fernandez usa o termo “direitos morais” para descrever a síntese entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas e os direitos humanos entendidos paralelamente como direitos. Com a qualificação como “morais,” representa a idéia de uma fundamentação ética como limitação ao número e conteúdo dos direitos contidos dentro do conceito amplo de direitos humanos, pelo que tenta demonstrar que somente os direitos morais, entendidos como os direitos estreitamente ligados à idéia de dignidade humana, podem ser considerados como direitos humanos fundamentais. A expressão “direitos”, apenas, expressa a idéia de que os direitos humanos andam entre as exigências éticas e os direitos positivos, e também que a necessidade de que para sua realização os direitos humanos estejam incorporados ao ordenamento jurídico significa que a cada direito humano deva corresponder paralelamente um direito jurídico, positivado. Entende ele que a fundamentação ética dos direitos humanos fundamentais baseia-se na consideração destes como direitos morais, entendidos como o resultado da vertente ética e jurídica. Acredita ele que esta fundamentação dos direitos humanos permite o afastamento da polémica entre jusnaturalismo e positivismo na fundamentação dos direitos humanos. FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 108-109

⁷⁷ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 122-123

Inúmeros motivos fazem com que as pessoas não possuam uma moradia digna, mas, independentemente do motivo, ter moradia digna é, portanto, um direito moral, cujo conteúdo, reconhecido tanto nacional quanto internacionalmente, deve ser protegido, pois é revestido de uma racionalidade própria, visto que é de essencial importância para a sobrevivência do ser humano e da própria sociedade.

Para Fernandez, uma teoria contemporânea dos direitos humanos deve partir do fato de que existe uma estreita conexão entre uns e outros direitos, pois os direitos pessoais representam pouco sem os direitos cívico-políticos, e os direitos cívico-políticos também representam muito pouco sem os direitos econômico-sociais e culturais. Assim, o exercício da liberdade é impensável sem igualdade moral, jurídica e de oportunidades.⁷⁸ A liberdade, portanto, pressupõe o direito de poder fazer escolhas.

Em conformidade com a Agenda Habitat que reconheceu o direito à moradia como direito humano, a proteção ao princípio da dignidade humana nas questões habitacionais envolve elementos a serem objetivamente considerados, ou seja, não é qualquer teto, qualquer moradia que pode ser considerada como moradia digna, mas somente aquela que apresente algumas características mínimas passíveis de, concretamente, se poder verificar.

Para Saule Júnior, o direito à moradia não pode ser interpretado como o fornecimento apenas de um telhado qualquer sobre a cabeça, mas como o direito a um lugar que proporcione a vida em paz, longe de conflitos armados; com segurança de que a posse desse lugar será mantida de forma pacífica, sem violência física ou moral; onde se tenha dignidade, sem risco para a saúde e para a vida, livre da ameaça de desmoronamentos, enchentes ou outros abalos. “O direito de toda pessoa humana a um padrão de vida adequado somente será satisfeito com a satisfação do direito a uma moradia adequada”.⁷⁹

Conforme o que dispôs a Comissão de Assentamentos Humanos e Estratégia Mundial para Moradia, a moradia adequada deve ser provida de privacidade, iluminação, ventilação, infra-estrutura básica, ter localização que permita o acesso ao trabalho e aos serviços básicos e ter um custo razoável.

Como essa adequação envolve elementos de grande subjetividade, de acordo com espaço e tempo na identificação do que seja realmente uma moradia adequada (quanta privacidade, quanta luz, quanta ventilação, que tipo de infra-estrutura, etc.), é necessário que

⁷⁸ FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 124.

⁷⁹ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 102/124/133

sejam analisados outros fatores para determiná-la, como os fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos, do que se pode entender que o conceito de moradia digna está em constante construção, pois depende sempre do contexto social a ser analisado. Entretanto, alguns aspectos são comuns em quaisquer dos referidos contextos singularmente considerados. Logo, sob alguns aspectos específicos, qualquer que seja a cultura, a sociedade, o clima, estes devem estar sempre presentes, para que a moradia possa ser considerada adequada.

Conforme exemplifica Saule Júnior, são eles: a segurança jurídica da posse, na qual seja garantida a proteção legal contra despejo forçado, perturbações e ameaças de qualquer natureza contra a posse pacífica; a disponibilidade de serviços, materiais, benefícios e infraestrutura, como água potável, energia elétrica, instalações sanitárias, local adequado para armazenamento dos alimentos, esgoto e serviços de emergências; os gastos sejam suportáveis: que os gastos relacionados à moradia, como despesas com iluminação, água e manutenção da moradia sejam proporcionais à renda do seu morador; a habitabilidade: que a moradia possua proteção contra o frio, a umidade, o calor, a chuva, o vento e que esteja livre de vetores transmissores de doenças; a acessibilidade: seus habitantes devem ter um acesso fácil a ela, especialmente os idosos, as crianças, os deficientes físicos e mentais; a localização: que esteja localizada de forma a permitir o acesso a oportunidades de emprego, a transportes, a serviços de saúde, escolas, creches; a adequação cultural: a maneira da construção deve estar adequada à tradição cultural do seu morador.⁸⁰ Torna-se necessário, portanto que sejam implementadas políticas públicas e privadas no sentido de que se possa proporcionar moradia com essas condições básicas. Isso vai se fazer possível com o uso racional do solo urbano e da possibilidade de construção dessas habitações com preço reduzido por meio da utilização de instrumentos eficazes como o direito de superfície.

A Agenda Habitat define como moradia adequada, portanto, a que é sadia, segura, protegida, acessível, disponível e inclui serviços, instalações e comodidades básicas, liberdade frente a discriminações de moradia e segurança jurídica da posse. O respeito ao direito à moradia somente se concretiza, quando todos têm uma habitação adequada: “A pessoa humana somente tem uma vida digna, quando a sua moradia oferece condições adequadas para si e sua família, nos aspectos físico, psicológico, econômico e social”.⁸¹

O direito à moradia digna deve ser adaptável, ainda, a grupos sociais e culturais específicos, como é o caso dos índios. Os índios possuem a tradição cultural dos povos

⁸⁰ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.105

⁸¹ *Ibidem*, p.124.

nômades, não ocupando sempre o mesmo espaço determinado, contrariamente à tradição cultural dos povos que mantêm sua posse normalmente em um mesmo lugar; os povos indígenas transferem-na de um lugar para outro. Possuem pelo seu íntimo contato com a natureza, o costume de em suas casas não construírem assoalhos. Normalmente suas casas são feitas de “chão batido”, que é típico de sua cultura e que, para outras culturas, não se consideraria este tipo de construção como moradia digna. Assim, a proteção do direito à moradia dos índios deve atender e respeitar a tradição cultural, os usos e costumes dos mesmos.

Outro grupo social e cultural específico é aquele que diz respeito às populações quilombolas, que possuem uma religiosidade específica, manifestada em lugares apropriados e cuja existência é de fundamental importância, para que esses povos possam expressá-la, devendo haver o reconhecimento do domínio para os remanescentes quilombolas e respeitar a existência desses espaços como parte integrante da moradia.

Segundo Saule Júnior, um grande número de habitações são inadequadas à garantia da dignidade humana de seus moradores, por apresentarem carência de infra-estrutura, sem água, luz, esgoto ou fossa séptica, coleta de lixo; por apresentarem um número de moradores por dormitório superior a três; por apresentarem ilegalidade fundiária pois, normalmente, possuem apenas a posse sem título de domínio que lhes atribua segurança jurídica; e, por não possuírem banheiro interno. Fato que faz com que o Brasil possua um déficit habitacional de moradia de 6.655.652 de moradias, sendo 5.414.844 localizadas na área urbana e 1.241.582 em área rural, ao passo que outras 4.580 moradias permaneciam sem nenhuma utilização no ano de 2000.⁸²

Vários fatores contribuem para que a falta de moradia digna e, por conseqüência, o déficit habitacional venha aumentando conforme o crescimento populacional. Entre eles está a falta de recursos financeiros, impedindo que grande parte da população possa apropriar-se de um espaço urbano e ainda conseguir sobre ele edificar uma moradia adequada, fato que contribui para que a apropriação regular do solo urbano e a construção de uma moradia adequada aos padrões mínimos, para que se tenha uma vida digna seja, ainda, privilégio de poucos.

As propriedades urbanas com finalidade de moradia que comportam tais características possuem um valor econômico determinado por fatores como: a especulação imobiliária, a localização, o potencial de uso, o tipo de construção, o acesso a serviços e equipamentos e a

⁸² SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.332-334.

uma infra-estrutura complexa que lhes atribui um preço pelo qual poucas pessoas podem pagar, fazendo com que o solo urbano, e, em conseqüência, a possibilidade de moradia adequada, acumule-se sob o domínio exclusivo de apenas algumas pessoas. Tudo em função do preço da terra, do seu valor de troca, ao qual a grande maioria de pessoas pobres nunca terá acesso.⁸³

A acumulação do solo urbano nas mãos de poucos, para permitir sua valorização segundo as regras do livre mercado, expropria o direito da grande maioria pobre morar com dignidade e, em conseqüência disso, expropria seus direitos humanos fundamentais. Sem recursos financeiros, a maioria da população somente terá acesso a um espaço territorial urbano para edificar sua moradia por meio da ocupação informal, pela formação da vila, da favela, dos loteamentos irregulares, não tendo, portanto, a garantia da segurança jurídica da sua posse, pois, as ocupações continuam sendo vistas como esbulho possessório, puníveis com sanção civil e penal. Seus ocupantes podem, a qualquer momento, serem destituídos forçadamente de sua moradia, fato que atribui a essa posse uma insegurança que contraria a nova ética urbana, caracterizada por valores de solidariedade e cidadania que objetivam construir cidades mais humanas,⁸⁴ cujos princípios estão inseridos na ordem constitucional.

Nessas circunstâncias, ainda, a localização dos assentamentos informais normalmente ocorre em locais que oferecem grave risco à saúde e, portanto, à vida dos ocupantes, como é o caso das encostas, dos morros, dos locais sujeitos a alagamentos, fazendo com que estas pessoas não tenham moradia digna, e nem assegurado seus direitos humanos fundamentais, pois a integridade física das mesmas e de suas famílias também está em risco.

Mas de quem é a culpa pelos pobres não serem capazes de possuir moradia digna? Deles próprios ou de todo o sistema econômico, jurídico e político que os exclui?⁸⁵

Segundo Souza, existe, nas sociedades que se formam em volta dos grandes centros urbanos, uma categoria específica de “subcidadãos”, formada principalmente após o período de industrialização ocorrido em 1930, na qual primeiramente os negros libertos e entregues à própria sorte em uma economia capitalista e burguesa, não se adaptaram, pois não queriam mais funções degradantes. Pelo seu comportamento reativo e ressentido não tinham oportunidades. Não se adaptaram ao trabalho livre em uma sociedade competitiva, pois não tinham tradição de industriários, nem de poupadores, e culturalmente não tinham ambição, o

⁸³ ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia.*, 2004, p. 155

⁸⁴ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.* 2004, p. 225

⁸⁵ ALFONSIN, *op. cit.*, p 156.

que fez com que permanecessem na situação de dependência. Dependência que passou a não dizer mais respeito somente à cor da pele, visto que muitos brancos, especialmente os pequenos produtores rurais, na grande maioria imigrantes europeus e seus descendentes, também não-adaptados, começaram a deixar o campo e migrar para as proximidades dos grandes centros, fato que também os incluiu a essa categoria de cidadãos formalmente livres, mas dependentes socialmente.

Para Souza, a imposição da dominação social cria nesses cidadãos um *habitus*, no qual os mesmos incorporam comportamentos a partir de uma situação sócio-econômica estrutural; mudando a estrutura da sociedade, muda o tipo de *habitus*, o qual vai determinar a identidade, a auto-estima e o reconhecimento social dos cidadãos. Denomina Souza *habitus* precário àquele modo de vida que possui o cidadão não-adaptado à nova sociedade, e por esta razão “subcidadão”.⁸⁶

Esse modo de vida do cidadão não-adaptado faz com que se conforme, por vezes, com sua situação e aceite como moradia apenas um teto qualquer para abrigar-se, quando seu direito à moradia digna compreende muito mais do que isso. A moradia digna deve proporcionar uma vida confortável, segura, sadia, para que se possa dizer que está sendo respeitada a dignidade humana e protegidos os direitos humanos fundamentais. A construção do conceito de moradia digna não pode ficar somente ao livre arbítrio do poder político e econômico dominante, mas deve estar submetida aos critérios objetivos apontados pelas manifestações da própria sociedade, pelos movimentos sociais, por meio de todas as formas que esses têm de expressarem-se. Como as que acontecem nos Fóruns e Conferências sociais.

1.5 A não-efetivação do direito à moradia digna

Muito embora a Constituição Brasileira de 1988 tenha inserido em seu texto a garantia aos direitos sociais como promessas de modernidade, próprias de um Estado Democrático de Direito, verifica-se que tais promessas de modernidade, mesmo depois de dezessete anos, não foram cumpridas, de forma que se tem no Brasil uma constituição forjada em pressupostos

⁸⁶ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 189-193.

próprios de uma democracia social, que consagra uma grande quantidade de direitos, entre eles os de moradia digna. No entanto, não se observa a aplicação dessa constituição e a efetividade desses direitos.

A linguagem constante no texto constitucional produz a ilusão de que o Brasil é realmente um Estado Democrático de Direito e que os direitos fundamentais estão garantidos pela Constituição Federal, causando no cidadão comum a falsa idéia de que todos os direitos fundamentais estão sendo cumpridos, numa espécie de terror semântico⁸⁷, próprio dos discursos de persuasão,⁸⁸ quando se sabe que os tão “prometidos” direitos, não estão sendo, na verdade, concretizados.

A não-efetivação dos direitos sociais, em especial os que dizem respeito às questões de moradia, prometidos pela Constituição Federal brasileira de 1988, ocorreu em função de várias razões, seja porque não foram definidas políticas públicas para implementação de programas de atendimento dos interesses sociais de forma satisfatória, seja porque o Estado que poderia e deveria garantir a efetivação desses direitos atravessa crises de todas as ordens: crise institucional, crise funcional e crise política⁸⁹. A Constituição garante os direitos sociais, mas não consegue efetivá-los; a crise política, representada pela crise da democracia, cujo sentido já não existe mais nos mesmos moldes, faz com que os cidadãos percam o interesse pela participação democrática. Para os cidadãos não basta ter uma constituição moderna, social, que rompeu de vez com o individualismo do Estado Liberal. É necessário que, de alguma forma, as garantias previstas por ela, sejam realmente concretizadas.

⁸⁷ A expressão “*terror semântico*” foi usada por Phillipsen para explicar que alguns textos são elaborados para parecerem justos e eloquentes, através dos quais o interesse de dominação é mascarado pela linguagem com a qual a massa dominada passa a concordar. O terror semântico normalmente está presente em textos religiosos, textos jornalísticos, textos constitucionais, etc. Refere, ainda, que no preâmbulo da Constituição brasileira, pelo léxico utilizado pode-se perceber um exemplo disso: “Novamente, são utilizadas palavras de efeito, que aparecem em expressões como; “representantes do povo brasileiro”, “estado democrático de direito”, “direitos sociais individuais”, “liberdade”, “segurança”, “justiça”, etc. Muitas outras expressões e palavras poderiam ser citadas, todas dando um tom grandiloquente, quase épico, a esse preâmbulo. A intenção é a mesma, os autores não poderiam deixar de se mostrarem como defensores da justiça e da igualdade, mesmo que assim não fosse na prática.. Muitas dessas palavras incorrem até em outro fenômeno lingüístico: “ O Vazio Semântico”, o que seria uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...”? Sem dúvida algo que não é a sociedade do Brasil.”. PHILIPPSEN, Bruno. *Terror semântico*. 2005. 30f. Trabalho de conclusão de disciplina (Graduação em Letras), Faculdade de Letras, Universidade de Passo Fundo.

⁸⁸ CITELLI, Adilson. *Linguagem e persuasão*. São Paulo: Ática, 2005. p. 48-91.

⁸⁹ Segundo Bolzan, em decorrência de todas as crises que destruíram o Estado Social na década de oitenta, o Estado contemporâneo apresenta-se também em crise. Crise institucional, pois possui uma Constituição social que não consegue ser efetivada, não consegue impor-se sobre o remanescente do Estado liberal-individualista; crise funcional, pois se tem um deslocamento de funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com medidas provisórias, CPIs, etc.; e uma crise política, fundamentada na crise da democracia, que está em descrédito, o povo não acredita mais na democracia, pois pelo quadro que se apresenta não importa mais quem eleger: a política já está antecipadamente decidida. MORAES, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.23-58.

Outro fator, que contribuiu para a falta de acesso à moradia adequada, pode-se dizer que foi (e continua sendo) a apropriação de poucos sobre muitas partes do solo urbano, o que faz com que nem sempre esses proprietários consigam usá-lo de forma racional no cumprimento de suas funções sociais, pois muitas vezes a apropriação se dá unicamente como forma de exploração financeira, sem que se considere que, para o titular do direito de propriedade, esta deve assumir papel de princípio geral, no qual a autonomia de vontade do proprietário não decorre de livre-arbítrio, mas de interesse social. Para que obtenha a tutela do seu direito de propriedade, o proprietário deve comportar-se em conformidade com a razão pela qual o direito de propriedade lhe foi outorgado⁹⁰. Para poder continuar sendo titular de um direito de propriedade, deve utilizar o solo de modo a sempre cumprir com as suas funções sociais.

Para Lenio Streck, a não-efetivação de alguns dispositivos constitucionais tem relação direta com a crise do poder judiciário, oriunda do modelo de hermenêutica jurídica que orienta a atividade da comunidade jurídica.⁹¹ De forma que a crise do judiciário advém da tentativa de se encaixar os problemas sociais, típicos do Estado Democrático de Direito como Estado Social, que são conflitos sociais, de coletividade, no qual o poder judiciário desempenha uma função transformadora, ao modelo do anterior paradigma do estado liberal-individualista, que eram conflitos individuais e no qual o judiciário desempenhava uma função meramente ordenadora dos conflitos, de pacificação. Os temas que envolvem conflitos de ordem social (como é o caso da ocupação do solo, por exemplo) são tratados como se fossem conflitos interindividuais.⁹² E, a solução dada aos mesmos, por óbvio, não satisfaz os anseios da sociedade que compõe o estado social que deveria planejar e intervir, promovendo a integração da sociedade, visto que o Estado Democrático de Direito tem como objetivo fundamental a democracia e a garantia dos direitos fundamentais.

Segundo Barreto, a não-efetivação dos direitos sociais tem como principal causa a negação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, o que faz com que as normas que asseguram os direitos sociais passem a ser interpretadas como normas programáticas e fiquem dependentes de normas infraconstitucionais, regulamentando-lhes a aplicação. Essa interpretação fundamenta-se tão-somente em falácias teóricas e políticas a respeito dos direitos sociais. As falácias teóricas fundamentam-se no entendimento de que os

⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 228

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica : uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 44.

⁹² STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2004, p. 83.

direitos sociais não são direitos universais, que são separados dos direitos civis e políticos e, portanto, hierarquicamente inferiores, fato que atribui aos mesmos um caráter programático. E, por este raciocínio, enquanto a legislação infraconstitucional não estiver vigente, o Estado não está obrigado a cumprir tais normas. As falácias políticas argumentam que os direitos sociais estão em fase de justificação e fundamentação, assim, ainda não obrigam o Estado; os direitos sociais são considerados direitos de segunda ordem, pois não participam da fundação do Estado de direito como os direitos civis e políticos; dependem de uma economia forte e possuem um custo superior aos recursos orçamentários.⁹³

O Estado pode e deve criar políticas habitacionais com programas e projetos que priorizem recursos públicos para viabilizar moradia adequada para a população pobre,⁹⁴ pois, para os cidadãos não basta ter uma constituição moderna, social, que rompeu de vez com o individualismo do Estado liberal. É necessário que, de alguma forma; as garantias previstas por ela sejam realmente concretizadas. Entretanto, apesar de toda a responsabilidade que possuem os agentes estatais, o direito à moradia digna, assim como vários outros direitos sociais, ainda não são, concretamente, observados.

Nesse contexto de não-efetividade do texto constitucional, no qual os direitos sociais são garantidos, mas não são efetivados, não se pode mais de proteger aqueles que não têm suas necessidades básicas atendidas, como é o caso da moradia, por exemplo. A necessidade de abrigo, de proteção, remonta às origens do homem. Trata-se, portanto, de necessidade elementar. Não pode ficar o cidadão (ou não-cidadão) indefinidamente esperando que o poder público elabore políticas públicas para promover essa garantia. E, nesse aspecto se insere a possibilidade de utilização do novo direito de superfície para proporcionar a concretização de moradias adequadas aos não obtiveram, ainda, esse direito satisfeito.

Na omissão do Estado, em todas as suas esferas de poderes, os atores do direito, em pleno exercício da cidadania também desempenham um papel importante e têm o dever de apontar algumas possibilidades, para que se resolva ao menos uma parte dos problemas habitacionais da sociedade na qual estão inseridos. Segundo Saule Júnior, “a evolução do direito brasileiro, como direito voltado à promoção da justiça social, depende da evolução do pensamento da comunidade jurídica e dos valores fundamentais que devem nortear seu campo

⁹³ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexos sobre os direitos sociais*. In : SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

⁹⁴ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.153.

de produção do conhecimento e de aplicação da ordem legal instituída”.⁹⁵ Cabe a esses, portanto, estudar esse direito e apresentar suas novas perspectivas para promover o acesso à moradia digna e formal, o que se pretende demonstrar no decorrer deste trabalho com a utilização do direito de superfície como forma de se proporcionar moradia digna e formal, a ainda, se promover o cumprimento de uma função social especialmente do solo urbano.

O cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas deve ser imposto pelo poder legislativo, por meio da formulação de leis, que servem como guia para manter o proprietário dentro dos limites do uso da propriedade, e, pelo poder judiciário e demais operadores jurídicos, como critério de interpretação e aplicação do direito, no qual se deve deixar de aplicar normas nas quais não haja observação do princípio pelo proprietário. O proprietário que abandona seu imóvel (deixando de cumprir a função social atribuível ao mesmo) e tem esse imóvel passado para a posse de outrem que nele passa a produzir (ou construir sua moradia), perde a proteção que teria, se tivesse mantido esse bem no cumprimento da função social que lhe é própria. “As normas de interesse social do Estatuto da Cidade que regulamentam a função social devem prevalecer sobre as normas de direito civil que regulamentam o exercício da propriedade”⁹⁶.

Como qualquer outro instrumento que está à disposição do homem, a propriedade não se subtrai ao destino, a um fim que transcende ao indivíduo: “ la función social no es tanto la característica típica como el concreto modo de manifestarse de este fin supraordenado, manteniéndose así como um dato externo, aunque no eliminable.”⁹⁷

O direito de propriedade ilimitado acarreta a possibilidade de expansão ilimitada sobre uma área limitada de espaço, fato que cria o risco da concentração de propriedade privada sobre a terra com o conseqüente aumento da pobreza, o que, com certeza, irá afetar a eficácia dos direitos humanos fundamentais.⁹⁸

Para que se possa assegurar os direitos humanos, para que as pessoas possam ter uma vida digna, é necessário que lhes seja assegurada uma condição mínima existencial,⁹⁹ para que não lhes falte o essencial e necessário. O que não quer dizer que se deva aceitar as “falácias

⁹⁵ SAULE JÚNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.143.

⁹⁶ *Ibidem*, p.218.

⁹⁷ RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madri: Civitas, 1986. p. 216.

⁹⁸ ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. 2004, p.192

⁹⁹ Conforme Facchin, “Mínimo” e “máximo” são duas espécies do gênero “extremo”, são barreiras que delimitam o poder e a propriedade de cada coisa. O mínimo quantifica o objeto, baseado na instituição do “justo” que visa direcionar os contornos complexos da modernidade tardia. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 291-292.

políticas a respeito da não-efetivação dos direitos sociais” da “reserva do possível”, ou mais abrandadamente o “mínimo social”, como refere Barreto¹⁰⁰. Tal conceito tem sido de difícil entendimento, não se sabe ao certo o que é o mínimo, qual é o limite para se dizer que determinada pessoa não possui o mínimo necessário para ter uma vida digna, fato que pode deixar ao livre arbítrio dos governantes determinar o que seja, efetivamente, o conteúdo mínimo.

Nessa conceituação, a atribuição de um mínimo existencial não deve desconsiderar as equivalências do “meio-termo”, conforme o referiu Aristóteles ao tratar do conceito de meio-termo:

Em tudo que é contínuo e divisível pode-se tirar uma parte maior, menor ou igual, e isso tanto em termos da própria coisa, quanto em relação a nós; e o igual é um meio-termo entre o excesso e a falta. Por “meio-termo no objeto” quero significar aquilo que é equidistante em relação aos extremos, e que é o único e o mesmo para todos os homens; e por “meio-termo em relação a nós” quero dizer aquilo que não é nem demasiado nem muito pouco, e isto não é único e o mesmo para todos¹⁰¹

Com relação ao que o meio-termo significa, pode-se entender, então, que é aquilo que não é nem muito, nem muito pouco, fato que enseja uma subjetividade muito grande, que é inerente ao próprio conceito de vida digna¹⁰². É necessário, portanto, que se estabeleçam critérios objetivos para defini-lo. Facchin refere que a possibilidade de existir um patrimônio mínimo, ajuda a extinguir ao menos em parte a desigualdade, e confere o direito à razoabilidade de vida daqueles que têm menos e necessitam mais.¹⁰³ Não se trata de igualar os homens, pois não se pode ignorar que uns são diferentes dos outros, e ignorar essa diferença é afastar a existência autônoma que os homens possuem.¹⁰⁴ Esses critérios devem se delimitar no menor mínimo, que é a moradia, o alimento, a satisfação das necessidades mais elementares.

A estrutura da sociedade não está separada do patrimônio. Todavia, na esfera patrimonial, devem ser considerados valores sociais que recaem sobre a titularidade do

¹⁰⁰ BARRETO, *Reflexos sobre os direitos sociais*, 2003, p. 115

¹⁰¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, L.1, nº1106 a, 25-30, 2004 p. 47.

¹⁰² FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2001, p.304

¹⁰³ *Ibidem*, p.299.

¹⁰⁴ Segundo Warat, desde a Revolução Francesa fala-se em igualdade de todos. Porém, essa igualdade submete todos à lei e assegura o direito de que a lei não lhe seja aplicada arbitrariamente. Não diz respeito à igualdade de participação efetiva dos cidadãos na formulação das leis, nem do direito de que sejam respeitadas suas diferenças. E, tratar os homens ignorando a diferença de seus desejos é submetê-los a desejos institucionalizados. WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, 2004.p.326.

patrimônio, reconhecendo-se, por fim, que as coisas, como o patrimônio, não podem ter um fim em si mesmas. As coisas devem servir ao homem na satisfação de suas necessidades.

Dos conceitos e reflexões analisados pode-se entender que a dignidade é inerente ao ser humano e se faz presente no mesmo, quando o homem se encontra em equilíbrio, satisfeito, com suas necessidades supridas, ao passo que a falta de dignidade se faz presente toda vez que se afasta o homem desta satisfação, situação que raramente acontece por vontade própria, mas pela imposição de um poder, seja ele de ordem econômica, política, cultural que transforma o homem em “subcidadão”, e que, arbitrariamente, força-o a sobreviver despido de dignidade.

Conceituar a dignidade humana e dizer onde a mesma pode ser encontrada é tarefa difícil, uma vez é que permeada de subjetividades causais, temporais, culturais, históricas. Talvez, seja realmente mais fácil dizer o que não é dignidade humana. Nesse aspecto não faltam argumentos para explicá-la, pois o cotidiano mostra de forma bem clara o que é para um e outro ser humano sentir-se bem, sentir felicidade, e, por outro lado, o que é a dor, o sofrimento. Para que se possa dar sentido a essa observação, é necessário que o homem reconheça-se no outro. Reconhecendo-se no outro, passa a ser impossível observar um mendigo morando sob um viaduto, sentindo frio, fome, abandono; uma criança ou um idoso sem ter onde se abrigar dos medos da noite e dos flagelos do corpo e imaginar que não estão sofrendo (talvez, nem eles mesmos saibam o quanto sofrem).

Apesar de todas as normas de proteção à dignidade humana nacional e internacionalmente elaborada e de toda a luta da sociedade civil organizada, constata-se que a não-efetivação da proteção assegurada prolonga-se indefinidamente.

Boaventura de Souza Santos explica esta inefetividade dos direitos sociais, aludindo que os direitos humanos passaram por inúmeras transformações nas últimas décadas, e para que se possa identificar as condições nas quais os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressista emancipatória, dependem da identificação de algumas tensões que se apresentam na modernidade. A primeira diz respeito à regulação e à emancipação social: o colapso das formas modernas de regulação social arrastou consigo as formas de regulação social a que se opunham e tentavam superar; a crise da regulação social, representada pela crise do Estado intervencionista, e a crise da emancipação social, representada pela crise da revolução, alimentam-se uma da outra e a política dos direitos humanos, regulatória e emancipatória, está presa nesta dupla crise.

A segunda diz respeito ao estado e à sociedade civil, na qual a sociedade civil, por um lado, se auto-reproduz por meio de leis e regulamentações que dimanam do Estado, mas por outro lado, quando organizada, pode usar as mesmas leis para impor ao Estado que lhe devolva a capacidade de se auto-produzir, e, por este motivo, aquilo que em um momento é domínio próprio do Estado, em outro, passa a ser da sociedade civil. A distinção entre Estado e sociedade civil passa a ser, então, o resultado da luta política moderna, fazendo com que esta luta deixe de ser entre Estado e sociedade e passe a ser entre interesses e grupos sociais. Nesse aspecto, os direitos sociais, concebidos como atuações do Estado como garantidor dos direitos humanos, em razão dos domínios da sociedade civil e do Estado, não estão afastados da possibilidade de que, em outros momentos, fiquem estagnados ou sejam relegados.

Como terceira tensão, refere-se àquela existente entre o Estado-nação e a globalização. Por esta, o Estado-nação questiona se a regulação social e a emancipação deverão ser deslocadas para o nível global. O que se constata é que a efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada por processos políticos nacionais, de forma que a fragilização do Estado-nação é também a fragilização dos direitos humanos, especialmente os direitos econômicos e sociais.¹⁰⁵

Por esta perspectiva, compreende-se que a não-efetivação dos direitos sociais, precisamente o direito à moradia digna, não pode ser atribuída unicamente ao Estado nem aos poderes internos e externos que movem suas ações, nem tampouco à sociedade civil organizada por vezes e apática e conformista por outras vezes, palco de interesses difusos, mas sim, à complexidade da relação entre ambos, na qual os interesses público e privado convergem e divergem constantemente.

O outro, entretanto, não pode mais ficar indiferente. Não se pode mais fazer uso da “cegueira branca”¹⁰⁶ para não ver aquilo que está posto na sociedade brasileira, pois, a cegueira é uma defesa psicológica contra o sofrimento que o desamparo provoca. A negação da realidade significa a negação que os fatos apresentam.¹⁰⁷ Enfrentar o desamparo significa a

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura jurídica*. São Paulo: Cortez: 2006.p. 434-446.

¹⁰⁶ Os indivíduos fazem uso da “cegueira branca”, conforme a obra de Saramago, que relata a história de uma cidade na qual as pessoas foram acometidas de uma cegueira repentina. Entretanto a cegueira não era de trevas e sim uma cegueira branca que não permitia que as pessoas vissem nada e passassem a ter que conviver com sua nova condição, re-descobrimo-se, re-encontrando-se e descobrindo a importância do caminho do afeto. Tal qual a obra de Saramago, a cegueira branca causada pela luz do “final do túnel” dos objetivos dos indivíduos, ofusca a visão, não os deixando ver o que está a sua volta, fazendo ver o quanto o homem é capaz de ser mau. Faz os homens “cegos”, sem o serem. SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

¹⁰⁷ WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, 2004, p.335.

angústia de sentir que não existe defesa que proteja do terror imposto pela situação de abandono na qual (sobre)vivem inúmeros brasileiros.

Torna-se necessário, então, que não se desvie o atendimento preferencial das necessidades vitais como a moradia, o alimento, a saúde, a dignidade, e se veja que a fome e a miséria da população são, na verdade, uma anomalia do sistema social, já que o solo, fonte de abrigo e alimento, foi transformado em “mercadoria”, passando a ser exclusividade de quem pode adquiri-lo.

A função social da propriedade passa a integrar o conteúdo dos direitos humanos que garantem a dignidade da pessoa humana na conquista da cidadania, que passa a tornar legítimo que o exercício do direito sobre o solo, que possuem os seus proprietários, não impeça as necessidades vitais daqueles que não o são.¹⁰⁸

Quando se trata de direitos sociais ou direitos fundamentais, direitos humanos de modo geral, compreendidas as garantias de moradia, saúde, educação, que são pressupostos do Estado Democrático de Direito, vários aspectos são impostos aos operadores do direito. Estes devem buscar meios de efetivação dos direitos de sobrevivência e valorização da pessoa dentro da sociedade.

Assim, o tema da dignidade humana nas questões de moradia, e, por conseqüência, o reconhecimento do direito à moradia digna como tema de “direitos humanos”, bem como todos os demais direitos fundamentais, pois inerentes à pessoa, e como tal devendo serem não somente reconhecidos, mas efetivados, revela-se atual e dinâmico, instigando uma incessante busca para seu desvelamento.

Nesse desvelamento é possível perceber que existem caminhos a trilhar para que o direito à moradia digna seja efetivado. Nestes, é necessário que as cidades sejam ordenadas para o aproveitamento do solo urbano de modo racional. E, nesse sentido, é imprescindível que as propriedades territoriais urbanas atendam às suas funções sociais, e dentre essas, especialmente as com finalidade de proporcionar moradia, conforme será analisado no capítulo a seguir.

¹⁰⁸ ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia* 2003, p. 267.

2 O CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES TERRITORIAIS URBANAS COMO GARANTIA DO DIREITO À MORADIA DIGNA

Este capítulo discute a questão da função social da propriedade como princípio constitucional frente a uma nova ordem jurídica que valoriza a dignidade da pessoa e os interesses da sociedade. O enfrentamento da referida temática se dá por meio de um breve resgate histórico do surgimento da discussão a respeito da função social da propriedade, mas tem sua linha norteadora nas funções sociais das propriedades territoriais urbanas e na importância que cada uma delas apresenta para a concretização do direito à cidade e à moradia digna.

Para o desenvolvimento do assunto, foi dividido em cinco partes: o surgimento da discussão a respeito da função social da propriedade territorial; a construção de conceitos da função social da propriedade territorial; a não-concretização da função social da propriedade e o descumprimento do direito à moradia digna; as várias funções sociais que têm as propriedades territoriais urbanas para assegurar a dignidade da pessoa humana; e, o efetivo cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas e a produção de moradia digna.

A importância do tema desenvolvido está diretamente relacionada com o tema da dignidade humana, pois a garantia do espaço territorial destinado à moradia depende do uso racional do solo urbano, e serve como fundamento para a argumentação referida no terceiro capítulo e que trata do direito de superfície como um dos instrumentos disponíveis para a

promoção do aproveitamento do espaço territorial e da concretização do direito à moradia digna.

2.1 Surgimento da discussão a respeito da função social da propriedade territorial: um resgate necessário

Mesmo não sendo objeto do estudo deste trabalho, é necessário que se considere um aspecto histórico do surgimento da discussão a respeito da função social das propriedades territoriais, para que se possa verificar a importância que a sociedade foi atribuindo a ela ao longo do tempo, pois é na história que se encontram a origem e o fundamento dos acontecimentos sociais.

O passado é levado para o futuro como história e exerce sobre este influência capaz de modificá-lo, pois as referências ao já existente limitam o que pode ser criado como novo direito. Nesse sentido, o direito permanece pendente de sua própria história. E com a mutabilidade do direito, que acontece no presente e acontecerá no futuro, evolui também o direito antigo, que precisa sempre ser considerado; as peculiaridades do direito antigo continuam representando um horizonte do passado trazido para o presente.¹⁰⁹

Pode-se dizer com isso, conforme o pensamento de Luhmann, que o atual pensamento jurídico vive no espaço das conceituações das culturas do passado, e nas condições de positividade do direito é necessário recorrer à dimensão temporal, para que se possa descrever e reduzir a complexidade hoje existente. Dessa forma se opera em todos os ramos do direito e, também, no direito das coisas, uma vez que o direito de propriedade sobre o solo passou, e ainda passa por profundas modificações. Por essa razão, faz-se necessário um resgate histórico, mesmo que breve, do surgimento da discussão a respeito da função social das propriedades territoriais.

A família era a base da organização social na origem da civilização romana e era mantida pelo poder do *pater familias*, responsável pela complexidade das relações entre a

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p 171.

comunidade de vida e de bens estabelecida no interior de uma casa. Quando tais relações se referiam à casa, davam origem ao *dominium*; quando se referiam aos escravos, ao *mancipium*; quando se referiam à mulher, ao *manus*; e, quando se referiam aos filhos, ao *patria potestas*. Somente o *patria potestas*, que era o pai, tinha capacidade patrimonial, e todas as aquisições feitas pelos filhos revertiam em seu favor. Após a morte do *pater familias*, o grupo familiar unido por ele dividia-se em vários grupos, correspondentes ao número de filhos que houvesse. Nesses novos grupos familiares, cada filho passava a ser um *pater familias*.¹¹⁰

Para os romanos, a propriedade privada era exercida sobre uma área territorial de pequena extensão, oriunda de um direito familiar representado pelo poder do *pater familias*, que era utilizada apenas para manutenção daquele grupo familiar, onde se instalava a casa e a plantação para prover o sustento da família. Com a Lei da XII Tábuas surgiu a possibilidade de uma ampliação da propriedade sobre a terra, além daquela que era utilizada pela família. E a apropriação territorial se expandiu para além dos limites da casa. Mas, a expressão *proprietatis* surgiu somente na fase romano-bizantina, pois os antigos romanos falavam unicamente em domínio, entretanto não definiram o domínio “[...] los romanos no propusieron una definición del dominio, sino que describieron empíricamente su contenido”,¹¹¹ inaugurando o conceito de propriedade como a relação de poder do indivíduo sobre o solo.

Na Idade Média, com o sistema do Feudalismo dominante na Europa, mudaram-se os conceitos sobre a propriedade, que até então eram estabelecidos pelo direito romano da antiguidade, surgindo a figura do senhor e do vassalo. O senhor, quase sempre o rei, cedia determinada área de terras de sua propriedade a um vassalo, que poderia explorá-la da maneira que entendesse. Ao senhorio, porém, reservava-se o domínio direto sobre a área de terras cedida, e desta forma, obrigava o vassalo a retribuir-lhe com alimentos, armas, fidelidade, fornecendo-lhe em troca proteção política. O senhor feudal tinha o poder de julgar, legislar, tributar, e o vassalo submetia-se a esse poder.¹¹²

No século XVII, conforme o pensamento de Locke, o direito à propriedade passou a ser considerado como direito natural do homem. Segundo ele a propriedade seria inerente ao ser humano, e, pelo simples fato de o homem existir, já lhe seria dado o direito à propriedade sobre a terra, desde que este dela se utilizasse e nela produzisse. Afirmou que a origem da

¹¹⁰ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.183-185

¹¹¹ MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis: 1979, p.8-11

¹¹² ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.153.

propriedade, como direito natural do homem, iniciou-se com Adão e teria passado aos seus descendentes, tendo como fundamento o direito de propriedade de Deus sobre a sua criação, alegando que, se Deus teria o direito sobre aquilo que criava, os homens também teriam um direito individual na terra sobre a qual plantavam¹¹³, dizendo que “a extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, e cujos produtos usa, constitui a sua propriedade”¹¹⁴, nascendo assim a propriedade privada.

Com o crescimento da atividade comercial, surgiu uma nova classe social: a burguesia, que concentrou o capital, através do mercantilismo. A nobreza sem capital é desmoralizada, perdeu poder frente a esta nova classe. A Revolução Francesa acabou com a divisão da propriedade em domínio direto e útil, unificando a propriedade. Nesta fase, não era mais o título de nobre que significava poder, mas o patrimônio. Para regular a nova fase da vida privada, surgiu, então, o Código de Napoleão, em 1804, enaltecendo a propriedade privada e individual. O Código Civil Francês era, assim, um “código da propriedade”¹¹⁵, pois, sob o aspecto do direito de propriedade, era definido como a carta fundamental do individualismo jurídico, a afirmação definitiva de um direito que, por ser sagrado e inviolável, necessariamente deveria converter-se em um senhorio absoluto do proprietário sobre o bem, objeto de seu poder¹¹⁶.

Contrariamente ao que acontecia no feudalismo, o homem comum poderia ser proprietário de uma área de terras, de acordo com os princípios básicos da época, defendidos pela burguesia e que eram fundados na liberdade, na igualdade e na fraternidade. Considerava-se que todos os indivíduos passaram a ter liberdade para adquirir o seu patrimônio, pois todos seriam iguais. A propriedade passou a ser absoluta e individualista, com base no movimento liberal que atribuiu ao homem a liberdade em adquirir suas próprias terras, surgindo, assim, a propriedade privada como direito individual, fundamentado em um liberalismo contratual que passou a ser a base da sociedade. Fator que desencadeou todo o processo de apropriação ilimitado sobre o solo e a conseqüente utilização irracional do mesmo, fazendo com que muitas pessoas não possuam uma fração de solo nem mesmo para edificar sua moradia. Situação contrária àquela prevista pelas normas nacionais e internacionais de proteção aos direitos

¹¹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da, *John Locke, 1632-1704*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 541-545.

¹¹⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, (Série Os Pensadores). p. 33-131.

¹¹⁵ LEONETTI, Carlos Araújo. *Função social da propriedade: mito ou realidade?* In: *Revista Síntese de direito civil e processual civil* nº3- jan/fev. p.73. São Paulo: Síntese, 2000, p. 73.

¹¹⁶ RODOTÁ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, 1986, p. 65-70.

fundamentais. E que clama pela atenção dos atores do direito na busca de possibilidades que permitam minorar esse quadro de desrespeito à dignidade humana.

No período seguinte à Revolução Francesa, a propriedade converteu-se em um direito sagrado e inviolável e o direito de propriedade passou a ser considerado como uma projeção da própria personalidade do indivíduo e a ser protegido como se fosse uma extensão desta.¹¹⁷ Porém, apesar da liberdade para a aquisição de terras, a maioria da população não tinha condições de adquiri-la, continuando, assim, a apropriação do solo nas mãos de uma classe dominante, com um caráter eminentemente individualista, sem que se considerassem os direitos humanos daqueles que eram dominados.

Apesar de a doutrina cristã da Idade Média, por meio do pensamento da *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, já haver feito referência à função social da propriedade como necessidade de utilização dos bens, não unicamente para atender aos interesses individuais, mas na busca da realização da justiça divina,¹¹⁸ a primeira crítica ao modelo liberal-individualista de apropriação privada de bens da sociedade pós-Revolução Francesa, que deixava cada vez mais os indivíduos desprovidos de condições para a aquisição da propriedade, foi apresentada pelo pensamento marxista. Entendia esse pensamento que a propriedade era elemento de mobilização da riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho.¹¹⁹

As idéias sobre a concepção do direito de propriedade privada somente assumiram um caráter mais social e econômico do que político após a revolução Francesa, quando surgiram as primeiras críticas sobre a concepção individualista e absoluta da propriedade nas três primeiras décadas do Século XX, e as sociedades passaram a buscar a solidariedade humana na colaboração entre seus membros e na valorização do interesse social sobre o interesse privado¹²⁰. Esse pensamento difundido na Europa no início do século XX demorou um pouco para chegar ao Brasil, uma vez que, enquanto na Europa já se discutia sobre uma funcionalização da propriedade privada com o objetivo de afastá-la de seu caráter eminentemente individualista, no Brasil se estava iniciando a era da codificação.

Para o direito brasileiro, conforme o Código Civil de 1916, a apropriação era fruto de um modelo individualista no qual tudo na vida dos indivíduos girava em torno do patrimônio.

¹¹⁷ MONREAL, *El derecho de propiedad privada*, 1979, p.15

¹¹⁸ Para Monreal o passo mais avançado da teoria cristã dos últimos tempos é aquele que a apóia-se a tese de uma propriedade comunitária. *Ibidem*, p.91.

¹¹⁹ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 401

¹²⁰ MONREAL, *op. cit.*, p.46

Não se questionava a respeito de a propriedade territorial ter uma função social, situação bastante clara, com a análise da biografia do sujeito de direitos a que se reporta Fachin, pela qual o indivíduo era considerado sujeito de direitos patrimoniais desde antes de seu nascimento. Era livre para contratar, e a contratação referia-se à apropriação de bens; para casar, e aumentar o seu patrimônio; gerir o patrimônio de sua família e dispor do patrimônio próprio para depois da morte, na sucessão testamentária ou legítima. Segundo Fachin, o direito patrimonial se desenhava por um arco que iniciava com o nascimento, progredia durante a vida ativa, e declinava com a morte, e quem estivesse fora do referido arco, estaria fora de qualquer direito patrimonial.¹²¹

A perspectiva individualista do Código Civil brasileiro de 1916, valorizando os interesses individuais em detrimento dos interesses da sociedade e, por consequência, da dignidade humana daqueles que não tinham poder patrimonial, fez com que ele se transformasse no “código do homem sozinho,”¹²² pois a proteção se dava unicamente sobre o interesse individual.

Foi, porém, após a Primeira Grande Guerra, que o Estado passou a intervir na economia, na tentativa de diminuir as desigualdades sociais, e a atribuir à propriedade uma finalidade que não poderia mais ser unicamente de interesse individualista, momento em que o pensamento de Duguit, defendendo a idéia de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir,¹²³ passou a ter especial importância para várias Constituições que propuseram-se a reconhecer que a propriedade, como direito absoluto, não mais condizia com as mudanças pelas quais passavam vários Estados, como foi o caso das Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919.¹²⁴ E, assim, as mudanças constitucionais em outros Estados influenciaram as sucessivas Constituições Federais brasileiras, que passaram a fazer referências importantes a respeito da obrigatoriedade de cumprimento de uma função às propriedades territoriais que preservasse os interesses da sociedade e não do indivíduo apenas, reconhecendo e valorizando os direitos humanos que todos têm sobre a apropriação territorial, para que possam desfrutar de uma vida com dignidade.

É importante que se verifique a referência progressiva nas Constituições Brasileiras a respeito da função social da propriedade territorial para que se possa entender que as

¹²¹ FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 299

¹²² ARONNE, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, 1999.p.35.

¹²³ DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996, p. 29

¹²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 18

transformações sociais ocorridas, principalmente aquelas impostas pelos movimentos sociais, passaram a valorizar a dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de que o objetivo da existência do direito à propriedade está condicionado ao fato de que deva ser exercido na busca do bem da coletividade.

As Constituições Brasileiras de 1934 e 1937 que vigoraram durante o governo de Getúlio Vargas, foram as precursoras no país, em garantir o direito de propriedade e acrescentar ao mesmo valores sociais. O art. 113, da Constituição de 1934, assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos de liberdade, subsistência, segurança individual e à propriedade¹²⁵. Entretanto, o direito à propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Regulamentava também a possibilidade de desapropriação por necessidade pública com indenização prévia em dinheiro, como forma de intervenção do Estado na propriedade privada.

No período do Estado Novo, a Constituição de 1937 assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança e à propriedade. O direito de propriedade era resguardado, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O conteúdo desse direito e os limites de seu exercício deveriam estar definidos em leis regulamentares.¹²⁶ Não mencionou a Constituição propriedade com função social ou coletiva, porém, ao dizer que seu conteúdo e seus limites seriam definidos em leis, estava falando da função da propriedade e, desta forma, oportunizou que fossem criadas leis, com o intuito de interferir nos limites da propriedade. Mesmo em um período de ditadura no Brasil, as mudanças ocorreram lentamente, com disposições que tratavam das desapropriações, por meio do Decreto-lei nº 24.643 de 1941, e de regulamentações sobre o inquilinato com o Decreto-lei 4.598 de 1942.

Com a Constituição de 1946, o Brasil passou, efetivamente, a falar em interesse social, assegurando aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade dos direitos concernentes à propriedade, salvo no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse

¹²⁵ Conforme o art 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”. BRASIL, *Constituição Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de junho de 1934*. Disponível em ([http\\www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituições](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituições)). Acesso em (14/abr./2007).

¹²⁶ GODOI, *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*, 1998, p. 45-46

social e prévia indenização em dinheiro, acrescentando-se a esta constituição um artigo, dizendo que o uso da propriedade ficava condicionado ao bem-estar social.¹²⁷

No ano de 1964, embora sob regime militar, entrou em vigor o Estatuto da Terra, que regulamentando o arrendamento, com o propósito de proteger o arrendatário, retirou do proprietário o poder absoluto e individualista sobre a terra, previsto pelo Código Civil de 1916, pois estabeleceu limites à propriedade rural, com requisitos mínimos, para que fosse mantida a propriedade sobre determinado bem. O proprietário de terras passou a ter a função de produzir alimentos e preservar o meio ambiente. Passou a não mais poder usar, gozar e dispor do direito de propriedade como bem entendesse. A terra passou a ter a função de produzir e de garantir a subsistência da sociedade.

No ano de 1964, entrou em vigor, também a lei 4591/64, que dispôs sobre condomínios e incorporações, uma das mais modernas e avançadas leis editadas no Brasil, trazendo implícita a possibilidade de funcionalização da propriedade territorial urbana por meio da possibilidade de existência de várias espécies de empreendimentos capazes de proporcionar moradia e utilizar racionalmente o espaço urbano, uma vez que sobre o mesmo terreno possibilitou-se a edificação de diversas unidades habitacionais, visto que, nesta época, as grandes cidades brasileiras já apresentavam carência de espaço territorial para proporcionar moradias.

A Constituição Federal de 1967 trouxe de forma clara a função social da propriedade, quando estabelecia que a ordem econômica e social tinha por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base em princípios como o da função social da propriedade.¹²⁸ Sob a égide dessa Constituição, foi editada a lei 6766/79, que dispôs sobre parcelamentos de solo urbano, na tentativa de ordenar o crescimento urbano e proteger os interesses dos promitentes adquirentes de lotes, nos loteamentos urbanos que começaram a se formar nas cidades, por meio de facilidades como prazos e financiamentos, e que visava proporcionar o acesso à moradia adequada, demonstrando uma preocupação em atribuir também ao solo urbano uma utilização condizente com as necessidades da sociedade.

¹²⁷Conforme o art.147: “O uso da propriedade será 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. BRASIL, *Constituição Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em (09/jun./2007).

¹²⁸ Conforme o art. 157: “ A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em. (http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em (09/jun./2007)

E, por fim, a Constituição Federal de 1988, que se referiu expressamente à função social da propriedade no inciso XXIII, do art 5º, determinando que a propriedade deverá atender sua função social,¹²⁹ dispondo, ainda, que toda a ordem econômica deve ter como fundamento a possibilidade de garantir a existência digna, por meio da valorização do trabalho e da livre iniciativa, e que isso torna-se possível com a observância do princípio da função social da propriedade.¹³⁰

A referência à função social da propriedade, embora feita pela primeira vez em 1964, no Estatuto da Terra¹³¹, tratava expressamente apenas da propriedade rural, sem que houvesse sido referida constitucionalmente a obrigatoriedade do cumprimento de uma função social no que diz respeito à propriedade territorial urbana. Assim, com relação às cidades, somente foi expressamente reconhecida a obrigatoriedade do cumprimento da função social da propriedade territorial urbana, pela primeira vez na história constitucional, pela determinação contida no art. 182 da Constituição Federal de 1988, ao tratar dos objetivos para ordenar o desenvolvimento das cidades.

Nesse aspecto, a propriedade territorial urbana também deverá cumprir com as suas funções sociais e as terá cumprido, quando atender às exigências expressas no plano diretor de cada município ao programar políticas de desenvolvimento e de expansão urbanas, bem como

¹²⁹ Conforme o art 5º, XXIII : “a propriedade atenderá a sua função social;” BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, 2003

¹³⁰ Em conformidade com o art. 170, III : “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: [...]função social da propriedade”. Ibidem, p.68.

¹³¹ Conforme o que consta no art. 2º: “ É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.- § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.- § 2º É dever do Poder Público: a) promover e criar as condições de acesso do trabalhador rural à propriedade da terra economicamente útil, de preferência nas regiões onde habita, ou, quando as circunstâncias regionais, o aconselhem em zonas previamente ajustadas na forma do disposto na regulamentação desta Lei; b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.- § 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho.- § 4º É assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou que lhes sejam atribuídas de acordo com a legislação especial que disciplina o regime tutelar a que estão sujeitas”. E conforme consta, ainda, no art. 3º: “ O Poder Público reconhece às entidades privadas, nacionais ou estrangeiras, o direito à propriedade da terra em condomínio, quer sob a forma de cooperativas quer como sociedades abertas constituídas na forma da legislação em vigor.-Parágrafo único. Os estatutos das cooperativas e demais sociedades, que se organizarem na forma prevista neste artigo, deverão ser aprovados pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.) que estabelecerá condições mínimas para a democratização dessas sociedades”. BRASIL, *Lei federal nº 4.504 de 30 de novembro de 1964: Estatuto da terra*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em: (06.jun.2006).

as diretrizes para ordenar a vida nas cidades, com proteção e respeito à dignidade humana e o reconhecimento dos direitos inerentes a ela, especialmente aqueles decorrentes das necessidades básicas como alimento, saúde e moradia digna.

Pelo que se verificou, por meio do breve resgate histórico feito, o ordenamento jurídico brasileiro foi se adaptando e referindo nas sucessivas Constituições a obrigatoriedade do cumprimento da função social da propriedade, com o objetivo de proporcionar vida digna e proteção dos direitos humanos a todos, por meio da garantia constitucional do direito à moradia adequada. Entretanto, ainda não se conseguiu efetivar o cumprimento desse princípio, pois nem mesmo sua definição pode-se dizer que tenha sido adequadamente alcançada, uma vez que a cada nova reconstrução do conceito de função social da propriedade, novos elementos são agregados. A funcionalização da propriedade passa a ser vista também sob outros aspectos como a tutela do meio ambiente, da saúde e da igualdade, com a valorização da pessoa e de sua dignidade, podendo-se adotar frente a ela entendimentos diferentes, variados e articulados, com a situação estática do direito se completando no momento dinâmico do direito.¹³²

Nessa nova perspectiva da propriedade e de sua função social, em que esta somente existe em função da pessoa e da coletividade e na valorização da dignidade humana, não se pode desvincular a posição do jurista, que tenta estabelecer um equivalente funcional ao instituto da propriedade, e do sociólogo, que traz flexibilidade ao sistema jurídico, sempre tendente a retornar a modelos historicamente superados, fazendo com que teoria e realidade produzam uma multiplicidade de conceitos de propriedade.¹³³

Resulta dessa nova perspectiva uma multiplicidade de funções sociais, especialmente nas propriedades territoriais urbanas, conforme se descreve em momento oportuno deste estudo, as quais dependem ainda de contingências específicas de cada sociedade que se deseje considerar. Antes, contudo, é necessário que se tente construir um conceito de função social da propriedade, e dos caminhos que podem levar à garantia da proteção da dignidade da pessoa humana na experiência social por meio do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais.

¹³² RODOTÁ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. 1986, p. 422

¹³³ *Ibidem*, p. 45-49.

2.2 A construção de conceitos da função social da propriedade territorial

Não basta apenas a simples referência à função social da propriedade nas respectivas Constituições brasileiras, é necessário que se busque construir o seu conceito, para que se possa, efetivamente, promovê-la. Tarefa difícil, pois formular conceitos estanques não se faz mais possível, visto que, na modernidade da complexa sociedade brasileira, as certezas devem ser abandonadas¹³⁴. Afinal, o que é hoje a função social da propriedade? Quando se pode afirmar que determinada área territorial rural ou urbana cumpre com a função social, ou com suas funções sociais?

Para Fachin, conforme o entendimento a respeito do assunto esboçado no ano da Constituição Federal de 1988,

“[...]a função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é seu exercício. E por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito da propriedade.”¹³⁵

Porém, mesmo que a Constituição Federal tenha garantido o direito de propriedade com a limitação de que essa deveria atender a função social, introduzindo uma profunda modificação na forma de interpretar o direito que tem o proprietário, não mais individualista e sim socializado, os intérpretes dela não se deram conta de tais modificações em toda a sua plenitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente¹³⁶. Prevalecia (e ainda prevalece) a concepção clássica do direito de propriedade do modelo anterior, advindo de um Estado-liberal-individualista, no qual o proprietário mantinha com a propriedade uma relação de poder absoluto, sem qualquer limitação, e que, mesmo após a vigência da

¹³⁴ Para Morin, o homem nesta época de mudanças deve aprender a enfrentar as incertezas, pois os valores em que tudo é ligado são ambivalentes e os homens são conduzidos para uma aventura desconhecida, na qual as certezas não têm espaço MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleanora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2003, p. 84,

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.17

¹³⁶ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, 2001, p. 268.

Constituição Federal de 1988, a propriedade individualista regulamentada pelo Código Civil de 1916 continuou existindo.¹³⁷

Segundo Monreal, o conceito jurídico de propriedade de um país é sempre determinado pela sua Constituição. Assim, se o texto constitucional é incompatível com a legislação civil, esta deve entender-se modificada, entendendo-se modificado, portanto, o conceito de domínio sempre que o texto constitucional traga pressupostos incompatíveis com aqueles trazidos pela legislação civil,¹³⁸ fato que não ocorreu na interpretação das transformações apresentadas pela Constituição Federal Brasileira de 1988, pois a legislação civil continuou sendo interpretada nos moldes do Código Civil brasileiro de 1916 e não pelo que dispunha a Constituição Federal de 1988.

Sobre esta circunstância, no entendimento de Judith Martins Costa :

[...] a atribuição de função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de “sujeito 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 verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas[...]¹³⁹

Por esta argumentação pode-se entender que o direito da propriedade sobre determinado bem somente existe em razão da função que este bem tem no espaço territorial onde ele se encontra.

Tepedino, analisando a questão da função social da propriedade no direito brasileiro, diz que esta questão era matéria estranha ao Código Civil de 1916, que tinha o patrimônio como base das relações jurídicas. A Constituição Federal de 1988 passou a considerar a pessoa e o interesse social da coletividade como centro do interesse a ser tutelado, e não mais o interesse individual ou o patrimônio. A propriedade “condiciona a fruição individual ao

¹³⁷ Para Lenio Streck “é evidente que as normas do Código Civil acerca da propriedade e da posse devem ser (re)vistas sob um novo prisma de validade. Quer-se dizer, com isto, que as normas do Código civil que estabelecem os requisitos para que alguém seja proprietário da terra, embora vigentes, devem ter sua validade aferida segundo os cânones hermenêuticos constitucionais, isto porque, segundo Ferrajoli, a vigência tem um caráter secundário em relação à validade.” STRECK, Lenio Luiz. *E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito*. Disponível em (<http://www.leniostreck.com.br>). Acesso em: (21/jun./2005).

¹³⁸ MONREAL, *El derecho de propiedad privada*. 1979, p. 20

¹³⁹ COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.148.

atendimento dos múltiplos interesses não proprietários”.¹⁴⁰ Nesse sentido Monreal refere que “La funcion social es una fórmula de armonia que intenta concordar los intereses del individuo com los de la sociedad toda”¹⁴¹

Na definição de interesse social, Rodotá diz que o cumprimento da função social da propriedade não pode considerar o indivíduo como singular, nem como coletividade, pois o interesse social resulta dos interesses daqueles que pertencem a uma determinada coletividade. Não é interesse coletivo, nem geral, pois, ao mesmo tempo que se distingue dos interesses individuais também não se confunde com o interesse da coletividade personificada no Estado. O interesse social não significa o interesse de uma coletividade, como soma do interesse de todos os membros que desta fazem parte,¹⁴² mas tão-somente os de uma comunidade específica: uma cidade, um distrito, uma vila. Os interesses atendidos devem partir sempre daqueles específicos das relações entre os membros de uma mesma comunidade.¹⁴³

Para que se possa afirmar que determinada propriedade esteja cumprindo com sua função social, conforme Tepedino, não basta que esteja a propriedade sendo efetivamente usada, é necessário que se cumpram alguns pressupostos determinados pelo texto constitucional. Assim,

[...] Os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos arts. 1º, 3º e 5º, XXII e XXIII, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na constituição, sistematicamente interpretada[...]¹⁴⁴

A função social, segundo a Constituição, portanto, somente estará sendo cumprida se forem atendidos os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, visto serem estes princípios inerentes à própria república. Por esta razão, a propriedade somente pode ser tutelada como instituto, se atender à função social.

¹⁴⁰ TEPEDINO, *Temas de direito civil.*, 2001, p.269- 272

¹⁴¹ MONREAL, *El derecho de propiedad privada.* 1979, p. 61.

¹⁴² RODOTÁ, *El terrible derecho: estúdios sobre la propiedad privada.* 1986, p. 196-204

¹⁴³ Não se quer dizer com isso que os interesses locais não possam atingir os interesses regionais, nacionais ou até internacionais, como acontece por exemplo com a proteção ambiental. A proteção de um manancial, de um rio, de uma reserva ecológica atinge normalmente esferas territoriais ampliadas, mas deve iniciar-se pelos interesses da comunidade local em desenvolver-se econômico-socialmente e ao mesmo tempo preservar diretamente o seu ambiente.

¹⁴⁴ TEPEDINO, op. cit., p. 273.

Nesse sentido, o cumprimento da função social da propriedade dependerá sempre do bem-estar que a propriedade territorial possa garantir à pessoa humana, quando lhe proporcionar habitação adequada, infra-estrutura necessária para que more com dignidade, meio ambiente saudável, acesso a serviços de transporte, educação, lazer; quando lhe proporcionar condições de exercer uma atividade e dela retirar seu sustento, seja do próprio bem ou da proximidade de ofertas de emprego.

Hoje, somente existe uma finalidade para a propriedade sobre o solo, seja urbano ou rural, seja público ou privado, que é aquela que, acima de qualquer outra, vise garantir a dignidade da pessoa humana, pois o solo não tem uma utilidade em si mesmo, como coisa, como mercadoria. Sua utilidade vai se efetivar, quando ele servir para que a pessoa humana utilize-se dele com o objetivo de garantir sua própria sobrevivência de forma plena, com alimento suficiente, habitação adequada, trabalho digno, saúde e com todas as necessidades que destas derivam como lazer e cultura, satisfeitas.

Para que se chegue a esse entendimento, é necessário que se busque uma interpretação adequada da Constituição Federal, pois “a questão, a rigor, diz com a incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas e, em termos metodológicos, remete ao comportamento da doutrina em face da Constituição.”¹⁴⁵ Para Tepedino, portanto, os civilistas ainda reservam para a norma ordinária o papel interpretativo central, quando a Constituição Federal deveria ser o fundamento interpretativo do Código civil, com a respectiva despatrimonialização do direito privado, pois, o garantismo constitucional da propriedade privativa, de cunho individualista é uma ameaça aos projetos de reforma social apresentados pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Assim compreendida, a conceituação da função social da propriedade deve ser construída. Conforme refere Tepedino:

[...]A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “uma situazione giuridica soggettiva tipica e complessa”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.[...]¹⁴⁶

¹⁴⁵ TEPEDINO *Temas de direito civil*, 2001, p.275/277. Nesse sentido Arone também vai referir que “a crise, portanto, não é no Direito civil em si, mas na dogmática civilística”. ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais.*, 1999, p. 47.

¹⁴⁶ TEPEDINO, op. cit., p. 279.

Essa construção é necessária, para que o conceito de função social da propriedade seja compreendido,¹⁴⁷ e se passe a conceber o fato de que a propriedade, tal como regulamentada no Código Civil de 1916, e ainda vista sob o mesmo prisma sob a vigência do Código Civil de 2002, não mais existe¹⁴⁸, pois, no Estado Democrático de Direito, o egoísmo individualista do proprietário deve sucumbir ante a prioridade de se adaptar a propriedade territorial a programas de inclusão sociais que garantam a concretização da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a inefetividade dos direitos sociais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Esta não confere ao proprietário uma faculdade no cumprimento da função social, mas impõe uma condição de existência para o direito de propriedade. Conforme o que refere Streck,

[...] a propriedade, que hoje não cumpre com a sua função social, não está cumprindo uma das condições-de-ser-propriedade e de-continuar-a-ser-propriedade, impostas no contrato social, é dizer, a Constituição da república. Como consequência, a falta do cumprimento dessa condição básica- a função social- deve gerar ônus e sanções, sob pena de ineficácia do comando da norma constitucional que estabelece a função social como *conditio sine qual non* para a manutenção dominial[...]¹⁴⁹.

Devem ser afastados, portanto, da propriedade sobre o solo, todos os atributos da propriedade clássica concebida pelos interesses do Estado liberal e preconizada pelo usar, gozar e abusar do direito de propriedade, que, diferentemente do que se pensa, não teve origem no direito romano, uma vez que os romanos não chegaram a elaborar um conceito ou nomear os direitos reais, o que somente ocorreu a partir dos séculos XVIII e XIX¹⁵⁰. A definição de propriedade como *ius utendi et abutendi* possui comprovada inexatidão de interpretação do termo *abutendi* com o sentido de abusar e que tem sido considerado como argumento para negar a possibilidade de exercício arbitrário dos poderes a ele atribuídos.¹⁵¹

¹⁴⁷ O discurso crítico deve ser, conforme Warat, construído a partir do afastamento da “conceituação”, ao mesmo tempo em que se deve buscar a sua compreensão e a valorização do poder social das significações científicas. O saber crítico jurídico precisa de uma nova epistemologia que analise os discursos da ciência jurídica. Ditos discursos são elaborados na prática jurídica, nas academias, nos tribunais, nos parlamentos, motivo pelo qual foram denominados por Warat de “*senso comum teórico dos juristas*”. Ver para tanto, WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, 2004. p. 29; nesse sentido, Monreal refere-se também ao senso comum teórico dos juristas como um dos problemas emergentes da função social da propriedade. MONREAL, *El derecho de propiedad privada*. 1979, p. 97.

¹⁴⁸ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, 2001, p. 283

¹⁴⁹ STRECK, Lenio, *E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito*. 2005.

¹⁵⁰ PEZZELLA, *Propriedade privada no direito romano*, 1998, p. 131

¹⁵¹ RODOTÁ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, 1986, p.75

A partir da Constituição Federal de 1988, todas as propriedades territoriais devem possuir funções sociais. O direito de propriedade territorial não é mais, assim, prerrogativa unicamente do seu titular, mas da sociedade na qual está o solo incluído. É necessário, portanto, a análise de critérios objetivos, para que se atribua à determinada propriedade territorial o cumprimento, ou por outro lado, o descumprimento, de suas funções sociais.

Não basta que uma propriedade rural seja explorada em sua totalidade por culturas específicas (soja, milho, trigo), se o uso indiscriminado de defensivos agrícolas está poluindo a nascente de um rio, ou se os empregados dessa propriedade não estão regularmente contratados, ou, ainda, trabalham em condições precárias. A função social da propriedade somente será reconhecida, se a pessoa humana for devidamente valorizada, e todos os requisitos necessários para atingir tal finalidade existirem simultaneamente. Descumprido qualquer deles, não se pode conferir a essa propriedade o cumprimento de uma função social¹⁵².

A função social da propriedade não se refere unicamente à propriedade rural, mas também, e cada vez com mais intensidade, à propriedade urbana, objeto específico de estudo neste trabalho, visto que a questão de moradia tornou-se um dos maiores problemas sociais da atualidade, uma vez que sua falta diz respeito diretamente à impossibilidade de garantir o respeito à dignidade humana.

Assim sendo, a propriedade territorial urbana terá cumprido com sua função social, quando atender às exigências expressas pelo plano diretor de cada município, ao programar políticas de desenvolvimento e de expansão urbanas. Nesse sentido:

[...]observa-se que a Constituição Federal estabeleceu uma faculdade ao Poder Público Municipal de exigir o adequado aproveitamento do solo urbano, outorgando ainda aos Municípios três poderosos instrumentos de coerção para efetivar a função social do imóvel urbano: a) parcelamento e edificação compulsórios; b) imposto progressivo; e c) desapropriação-sanção.[...]¹⁵³.

As propriedades territoriais urbanas devem destinar-se às suas finalidades, entre as quais está a de proporcionar moradia e, por conseqüência, valorizar a dignidade humana. Se esse objetivo não está sendo cumprido, o poder público poderá exigir-lhe o cumprimento, impondo ao patrimônio territorial urbano sanções que iniciam com o aumento progressivo dos

¹⁵² TEPEDINO, *Temas de direito civil.*, 2001, p.289.

¹⁵³ GONDINHO, *Função social da propriedade*, 2001, p. 416.

impostos e vão até a desapropriação compulsória com pagamento da indenização em títulos da dívida ativa, como se terá oportunidade de analisar em momento oportuno neste trabalho, pois, para que obtenha a tutela do direito de propriedade territorial, o titular desta deve comportar-se em conformidade com a razão pela qual esse direito lhe foi outorgado.

Assim, as funções sociais das propriedades territoriais urbanas devem ser cumpridas sob a fiscalização da própria sociedade, por meio da ação efetiva dos movimentos sociais; do poder legislativo, por meio da formulação de leis, que sirvam como guias para manter o proprietário territorial urbano dentro dos limites do uso da propriedade urbana; pelo poder executivo, por meio de políticas públicas adequadas às peculiaridades de cada município; pelo poder judiciário, ao analisar casos concretos envolvendo disputas sobre a posse e propriedade de terras urbanas; e, pelos demais atores jurídicos, como critério de interpretação e aplicação do direito, pelo qual se deve deixar de aplicar normas nas quais não haja observação do princípio pelo proprietário¹⁵⁴.

No Estado Democrático de Direito, em que o interesse coletivo deve prevalecer ante o interesse privado e que todos, igualmente, os devem ter acesso aos direitos fundamentais, não pode mais ser indiferente o fato de que a propriedade urbana possa servir como instrumento especulativo das oscilações do mercado imobiliário, enquanto muitas pessoas estão sendo privadas de seu direito constitucional à moradia digna e adequada.

O conceito de função social da propriedade, portanto, deve ficar aberto no sistema jurídico, visto que, além de genericamente tratar das diversas espécies de propriedade que o instituto compreende (intelectual, industrial, etc.), a propriedade territorial também apresenta funções diversas e especiais, cujos conceitos podem variar no espaço e no tempo, e o sistema jurídico em um país que tem a dimensão continental deve estar aberto a outras e novas possibilidades.

O cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais, especialmente as urbanas, visto localizar-se em áreas urbanas a maior concentração populacional do Brasil, está, portanto, diretamente relacionado com o direito à moradia digna e à proteção da dignidade humana, pois havendo uso racional do solo, de acordo com as suas respectivas funções, sem o desperdício de áreas territoriais pelo mero interesse especulativo, haverá uma distribuição proporcional destas áreas à grande maioria da população. Por outro lado, o uso inadequado ou não uso do solo aumentará a escassez de áreas que poderiam proporcionar moradia digna.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 228-229.

A propriedade urbana deve destinar-se às suas finalidades, que são as de proporcionar moradia, trabalho, lazer, respeito ao meio ambiente, às diferentes culturas e ao desenvolvimento sustentável, mantendo e promovendo a dignidade humana, acompanhando as transformações sociais que ocorreram e que poderão ocorrer. Pois, não se mais pode admitir que no Brasil, apesar da extensa área territorial, existam pessoas que não possuem nem ao menos uma pequena fração para edificar sua moradia.

2.3 A não-concretização da função social da propriedade e o conseqüente descumprimento do direito à moradia digna

Além de discorrer sobre a construção de conceitos das funções sociais das propriedades territoriais, é necessário que se examine alguns dos motivos pelos quais o referido princípio constitucional ainda não se efetivou na sociedade brasileira, o que se faz por meio da constatação de que o solo urbano continua sendo utilizado de forma inadequada, com áreas sub-utilizadas e imensos vazios urbanos.

Para o titular do direito de propriedade sobre o solo, esse direito assume papel de princípio geral pelo qual a autonomia de vontade do proprietário não decorre de livre-arbítrio. Para poder continuar sendo titular de um direito de propriedade sobre o solo, deve utilizá-lo de modo a que sempre cumpra com a sua função social. Por meio da formulação de leis, deve-se manter o proprietário dentro dos limites do uso da propriedade. Para os atores jurídicos, segundo Perlingieri, o cumprimento da função social da propriedade é critério de interpretação e aplicação do direito, devendo-se deixar de aplicar normas de proteção ao proprietário nos casos em que não haja observação deste princípio pelo mesmo.

Não se pode negar a existência da propriedade privada como componente oriundo da formação sócio-econômica e cultural do povo brasileiro, reconhecida e garantida constitucionalmente.¹⁵⁵ A propriedade privada permite ao homem seu pleno desenvolvimento dentro de certa liberdade e segurança. Mediante ela, o indivíduo obtém os meios econômicos necessários para ter autonomia e, por conseqüência, dignidade humana. É um espaço vital

¹⁵⁵ CASTRO, Sonia Rabelo. *Tombamento e proteção aos bens culturais*. In: PESSOA, Álvaro. *Direito do urbanismo uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros técnicos e científicos, 1981, p.169.

particular e independente de toda a vontade alheia, transformando-se assim em garantia de liberdade individual.¹⁵⁶ Entretanto, o direito à propriedade privada deve ser exercido dentro das condições exigidas para a atribuição desse direito.

A maior problemática encontrada na análise da efetividade da função social da propriedade está justamente em sua aplicação, na forma como os atores do direito têm entendido e aplicado o princípio da função social da propriedade. Na verdade, o que se pode observar é que a propriedade ainda é vista pela ótica liberal-individualista do estado Liberal, pela qual o proprietário ainda é detentor de um direito de propriedade absoluto sobre o solo. Basta ver a maneira como são solucionados os conflitos de terras originadas por manifestações populares, nos quais, em muitas vezes, ainda hoje, se protege o interesse individual do direito à propriedade, em detrimento da proteção à dignidade da pessoa humana no reconhecimento de seu direito à moradia digna.

A questão envolve a crise do saber jurídico de grande parte dos atores do direito. Para Warat, o conhecimento da ciência jurídica passou (e passa) por uma necessidade de revisão de valores que, na formulação de muitos conceitos jurídicos, já estavam definidos há muito tempo. Conforme refere Warat,

[...]o saber crítico tenta estabelecer uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente sacralizado. Tentativa esta que se assenta em um tipo de controle epistêmico, claramente diferenciado das questões e posicionamentos feitos pela tradição epistemológica das Ciências Sociais.¹⁵⁷

A crítica do direito passa a efetivar-se na pretensão de explicitar o sentido político-normativo, elaborado pelos discursos jurídicos. Para Warat, o deslocamento de sentido epistemológico “não deve ser realizado nem pela supremacia da razão sobre a experiência, tampouco da experiência sobre a razão, mas sim pelo primado da política sobre ambas”¹⁵⁸. Nem somente a razão, nem somente a práxis, mas um juízo de ponderação será necessário para que se possa descobrir a essência do conhecimento jurídico. Situação que não acontece nos discursos jurídicos atuais, nos quais, a falta de análise do deslocamento epistemológico

¹⁵⁶ MONREAL, *El derecho de propiedad privada*, 1979, p. 99

¹⁵⁷ A expressão “*senso comum teórico dos juristas*” foi usada por Warat para referir-se aos discursos jurídicos elaborados pelos juristas com base em uma determina práxis jurídica. WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. 2004. p. 29; nesse sentido, Monreal refere-se também ao senso comum teórico dos juristas com um dos problemas emergentes da função social da propriedade. MONREAL, *op.cit.*, p.27-29

¹⁵⁸ WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.*, 2004. p. 28.

anteriormente citado, faz com que a manifestação da ciência fique reduzida a meros conceitos estanques, que fazem com que os atores do direito apliquem a lei, extraído do texto legal um significado que já estaria previamente definido.

O discurso crítico deve ser, conforme Warat afirma desde 1982, construído a partir do afastamento da conceituação, ao mesmo tempo em que se deve buscar a sua compreensão e a valorização do poder social das significações científicas. O saber crítico jurídico precisa de uma nova epistemologia que analise os discursos da ciência jurídica. Ditos discursos são elaborados na prática jurídica, nas academias, nos tribunais, nos parlamentos, motivo pelo qual foram denominados por Warat, de senso comum teórico dos juristas.

Para a epistemologia existem critérios para determinar o que deve ser considerada ciência, e o que não pode ser considerado ciência, de maneira que do conhecimento científico devem ser afastadas a ideologia e a metafísica, como também deve ser diferenciada a opinião comum do conhecimento científico. Dessa forma,

[...]o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme. Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente suprimidas pelo processo epistêmico.¹⁵⁹

Assim, o senso comum teórico possui uma conceituação sistêmica, uma ideologia científica e uma opinião comum dentro do conhecimento científico jurídico, transformando, dessa maneira, o conhecimento científico em opinião comum através da *práxis* jurídica.

O jurista, com base na idéia de conhecimento não-político, acredita em alguns conceitos já determinados, como o de que o advogado manipula as leis, ou de que não se discute função social da propriedade em ações possessórias. Essas premissas são desenvolvidas a partir de certos hábitos, que passam a ser um código, para os atores jurídicos. Hábitos esses, que na maioria das vezes, encontram-se separados das teorias que os produziram¹⁶⁰, que permitem a construção de um sistema de verdades que são constituídas por

¹⁵⁹ WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, 2004, p. 30

¹⁶⁰ Warat exemplifica a separação de determinado conceito ou hábito, da teoria que o produziu através de observação crítica sobre a teoria Kelseniana, onde diz que “[...]os postulados metódicos da teoria Kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma Ciência do Direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da *práxis* jurídica. É o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de

opiniões costumeiras, premissas, metáforas, representações desvinculadas de valor. Os juristas passam a chamar esse *habitus*¹⁶¹ de ciência jurídica, e os conceitos advindos desses hábitos passam a ser respeitados como verdades jurídicas, nascendo o que Warat determina de “[...] processo de apropriação institucional dos conceitos.”¹⁶².

A apropriação institucional dos conceitos ocorre, quando se fazem leituras específicas a partir de determinadas instituições como, por exemplo, nas escolas, nos tribunais, nos quais, não raras vezes, esses conceitos são forjados dentro de interpretações repressivas, com conteúdo legitimador, feitos a partir de recortes de matrizes teóricas, que vão se desviando da significação originária, como o que aconteceu com as matrizes kelsenianas.¹⁶³

O senso comum teórico dos juristas forma-se pela presença de algumas características especiais no discurso jurídico, denominadas por Warat como regiões do senso comum teórico, que são: as crenças ideológicas, nas quais a concepção que cada jurista tem a partir de determinada realidade, vai influenciar em seu posicionamento sobre a mesma, pois o jurista não é neutro, possui convicções próprias a respeito de determinado assunto, e mesmo que inconscientemente, vai emergir nas razões de seu discurso; as opiniões éticas, trata-se do discurso entre a razão e a ética, no qual os juristas organizam discursos com base em uma racionalidade ética previamente determinada, como se ela sempre estivesse presente; as crenças epistemológicas, que são os hábitos praticados pelas instituições científicas, desvinculados de suas teorias originárias e que são aceitos como produção de conhecimento; e, ainda, a crença nos conhecimentos vulgares, que transformam a necessidade em idéias, ou seja, é a intelectualidade do homem comum.

De acordo com o discurso de Warat, tudo isso influencia consciente ou inconscientemente a formação do entendimento jurídico, “[...] num saber que, provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade”.¹⁶⁴

É preciso abrir, em meio a essas incertezas e inseguranças, uma esfera de discussão sobre o novo, onde possam ser quebrados velhos paradigmas, para que conceitos, outrora

ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais”. WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, 2004, p. 30.

¹⁶¹ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2004, p. 25.

¹⁶² WARAT, op. cit., p. 32

¹⁶³ Segundo Warat, “[...]elas foram perdendo, paulatinamente, todas as suas singularidades teóricas, através de lentos mecanismos redefinitórios que terminam por fundir os conceitos kelsenianos às representações jusnaturalistas e tudo isto misturado com princípios liberais, aspirações transcendentalistas, fenomenológicas, neopositivas e até, em muitos casos, com um Hegel inconsciente e estereotipadamente assimilado”. Ibidem, p. 33.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 34-35.

estanques e pré-determinados, possam dar lugar às novas situações jurídicas que não cabem mais no velho modelo. A Constituição é o pacto que constitui a sociedade, é a Lei maior. E, principalmente, uma Constituição como a do Brasil, que é uma constituição social, que carrega as promessas de um Estado Democrático de Direito, no qual existe igualdade de todos no acesso aos direitos sociais e fundamentais, mas que não vem constituindo, não se efetivou, porque ainda continua sendo vista com olhos do liberalismo e do individualismo que predominavam no ordenamento anterior. Continua-se “olhando o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível”¹⁶⁵.

Nesse sentido emana a pergunta: o novo (a Constituição de 1988) e os princípios apresentados por ela, como a função social da propriedade e o cumprimento à proteção da dignidade humana, por exemplo, podem triunfar sobre a tradição do direito do modelo liberal-individualista?¹⁶⁶

A resposta a este questionamento se apresenta pela interpretação das novas normas constitucionais. E, nesse aspecto, o direito e a dogmática jurídica são essenciais na quebra dos paradigmas para um novo modelo de Estado. Nesse novo modelo, a Constituição é o instrumento de ação concreta do Estado. Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, as tarefas de implementação de políticas públicas de transformação social não estão sendo cumpridas, e os problemas sociais, como a moradia como pressuposto para assegurar proteção à dignidade humana, por exemplo, continuam sendo indefinidamente adiados, deixando-se com isso de cumprir o princípio constitucional que assegura essa proteção, especialmente no contexto da problemática social da atualidade, em que o crescimento desordenado das cidades, agravado pelo crescente índice de pobreza urbana, condena milhares de brasileiros a nascerem e morrerem, sem que consigam ter assegurado seu direito de viver e morar com dignidade.

2.3.1 O Crescimento das cidades e a não-funcionalização das propriedades territoriais urbanas como causa da falta de moradia

Nas últimas décadas, grandes problemas sociais surgiram com as aglomerações que se formaram nas grandes cidades brasileiras. O avanço tecnológico e científico com a erradicação

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5.ed.Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 294.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 301.

de várias doenças que vitimavam centenas de pessoas no passado (que desencadeou uma explosão demográfica), e o êxodo rural que empurrou o homem do campo para as proximidades das grandes cidades na busca por melhores oportunidades, foram alguns dos vários fatores que deram origem ao crescimento das cidades e, conseqüentemente, à falta de espaço físico urbano.

O crescimento das cidades, segundo Leal, começou a desenhar-se por volta do ano de 1763, momento em que algumas das principais cidades do Brasil começaram a formar-se, como foi o caso de São Paulo, Salvador, Rio de Janeiro e algumas cidades de Minas Gerais, em função da exploração do ouro. Algumas delas se desenvolveram um pouco mais rapidamente como o Rio de Janeiro, por ser a capital, e São Paulo, em função da plantação e exportação do café por volta de 1822, e das rodovias que começaram a ser construídas para o escoamento da safra até o porto por volta de 1850. A formação e o desenvolvimento da propriedade urbana tiveram início no Brasil a partir do processo migratório oriundo da industrialização.

As pessoas saíam do campo para morar nas cidades, em função das novas oportunidades de empregos nas grandes fábricas que se instalavam. Porém, o desenvolvimento das cidades teve início sob o descaso do Estado para a formação dessas cidades de forma ordenada. Como bem lembra Leal:

“Ainda no período colonial, e também mais tarde, até o pós-guerra, as intervenções públicas nas cidades eram apenas localizadas, ditadas pelas funções administrativas dos diferentes estados, pois não existia uma noção de modelo urbanístico. A Constituição Imperial, por exemplo, nada dispunha sobre o assunto, encarregando as Câmaras Municipais de fazê-lo.”¹⁶⁷

Segundo Leal, no início do século XX, o Brasil tinha grande parte de sua população concentrada no campo, com uma economia fundamentalmente agrária. As cidades não ofereciam atrativos e o crescimento da população urbana era extremamente lento. Não havia necessidade de preocupação com o parcelamento do solo urbano, e os únicos parcelamentos do

¹⁶⁷ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61.

solo regulamentados eram regidos pelo Código Civil de 1916, que não fez nenhuma distinção entre a propriedade rural e urbana.

No período pós-guerra a situação começou a alterar-se. A inexistência de mudanças que dinamizassem a economia primária e, por outro lado, a instalação de indústrias modernas em algumas cidades, formou um setor da economia urbana a exercer forte atração sobre a população rural. Nessas condições, era inevitável o deslocamento de populações do campo para as cidades. Nos anos cinquenta, ainda prevalecia a população rural com 64% contra 36% de população urbana. Ocorre que, nos anos seguintes e a partir da década de 60, a situação se inverteu. Em decorrência disso, começaram a surgir os primeiros problemas habitacionais. Faltaram moradias para absorver a demanda da população que migrava do campo para a cidade, começaram a se estabelecer os cortiços e aglomerados de pessoas vivendo em condições precárias.¹⁶⁸

A população rica das cidades e todo o processo excludente de urbanização afastaram a população pobre das regiões centrais, pois os poucos planos de desenvolvimento e urbanização ordenados não davam mais conta da demanda. Com a intenção de afastar a pobreza, os proprietários do solo, localizado nas áreas centrais, atribuíram às áreas urbanas ainda não edificadas valores exorbitantes, especulando, para auferir grandes lucros na venda de terrenos, postura que é própria do absolutismo-individualista da propriedade da época. A grande massa trabalhadora, sem recursos financeiros, começou a assentar-se nas periferias das cidades, pois a sua limitada capacidade patrimonial não lhes permitia comprar um terreno bem localizado, ou mesmo alugar um imóvel. E, os assentamentos começaram a acontecer na informalidade.

Justificado nessa informalidade, o Estado não se via obrigado a criar equipamentos, saneamento básico, um mínimo de infra-estrutura como abastecimento de água potável, energia elétrica, captação de esgoto, iluminação das vias públicas, para que as pessoas pudessem ter as condições mínimas de salubridade, conforto, segurança contra riscos próprios das situações habitacionais precárias, e com isso ver reconhecida sua dignidade humana.¹⁶⁹

Os escassos programas habitacionais que passaram a surgir, usando os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que foram criados especialmente para resolver as questões de moradia para pessoas de baixa renda, acabaram sendo desviados de sua finalidade e serviram, para que pessoas da classe média e alta usassem esses recursos para

¹⁶⁸ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. 2004, p.437-444

¹⁶⁹ LEAL, *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. 1998., p. 71

construir casas na praia e no campo, a juros subsidiados¹⁷⁰. Os direitos sociais acabaram não sendo efetivados e, com isso, o reconhecimento da dignidade humana na aquisição de uma moradia digna, ficando ao descaso.

Com a eclosão dos movimentos sociais no final da década de sessenta e início da década de setenta, surgiu a reivindicação de que o Estado atendesse os direitos mínimos dos cidadãos, e entre eles o de morar dignamente,¹⁷¹ pois o Estado, até então, mostrava-se alheio a tão grave problema social. E, ante o descaso que se matinha indefinidamente os movimentos sociais tiveram fundamental importância para que os direitos fundamentais passassem a ser reconhecidos e efetivados. As lutas contínuas dos movimentos sociais por oportunidades de vida digna para a população pobre resultaram em significativas alterações legislativas e até mesmo Constitucionais. Entretanto, essas alterações legislativas, apenas, não foram capazes de implementarem as transformações sociais almejadas.

A falta de planejamento na organização das cidades dificultou o atendimento dessas reivindicações, pela forma desordenada como o espaço urbano foi distribuído, principalmente em razão da grande especulação do espaço urbano por aqueles que tinham um maior poder aquisitivo, e da não participação dos cidadãos na gestão das cidades. Assim, a modernização predominou ainda por muito tempo sobre a questão social.¹⁷²

Somente a partir da década de 90 é que se passou a discutir a necessidade de proteção às reivindicações da sociedade e à efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à moradia digna. O direito à cidade passou a conjugar interesses da existência de um direito sócio-ambiental, e a discussão a respeito da necessidade de efetivação do direito à moradia digna passou a ter dimensões internacionais nas conferências e fóruns mundiais,¹⁷³ nos quais o direito à cidade e ao desenvolvimento sustentável passaram a ser fundamentais para a organização da sociedade moderna,¹⁷⁴ pois deles dependem a valorização da pessoa humana e de condições de sua sobrevivência.

¹⁷⁰ STRECK, *E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito*, 2005, p.2

¹⁷¹ LEAL, *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre, 1998, p. 74.

¹⁷² *Ibidem*, p. 77.

¹⁷³ São exemplos destes eventos: o Fórum Internacional de Reforma Urbana e Meio Ambiente do Fórum Global Dario/92, o *Habitat International Coalition (HIC)*, de 1996, o Fórum Social Mundial, de 2001, o Fórum Social Mundial de 2002, o Fórum Social Mundial de 2003, o Fórum Social Mundial de 2004, o Fórum Social Mundial de 2005, o Fórum Social Mundial de 2006, e neste momento o Fórum Social Mundial de 2007.

¹⁷⁴ LEAL, *op. cit.*, p. 79.

A partir dessas e de várias outras manifestações, promovidas pelos movimentos sociais, o direito às cidades passou a ser construído por meio do diálogo entre o respeito aos direitos humanos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente natural, ou construído, tornando-se o principal objetivo da existência das cidades proporcionar vida digna para todos os seus habitantes, objetivo esse que somente pode ser alcançado pela conjugação do cumprimento de cada uma das funções da cidade, especialmente das propriedades territoriais, perante a sociedade que nela vive e dela depende. Não havendo esse cumprimento, suas graves conseqüências serão a pobreza, a marginalização e a degradação da pessoa.

2.3.2 O não-cumprimento da função social da propriedade territorial urbana e a pobreza

A situação de pobreza na qual se encontra uma grande parte da população brasileira e que permanece inalterada apesar das várias tentativas e programas sociais para diminuí-la, compreende uma diversidade de fatores sócio-econômicos, históricos e culturais que dizem respeito à própria formação do povo brasileiro e à falta de oportunidades que a grande maioria da população teve no acesso à propriedade territorial.

A origem escravocrata da formação do povo brasileiro, a grande quantidade de imigrantes europeus inadaptados à sua condição de formalmente livres, mas econômica e socialmente dependentes do poder Estatal e a tradição colonial das instituições, especialmente aquelas relacionadas à distribuição da terra, fez com que o Brasil se tornasse um país marcado por intensa desigualdade social, cultural, de oportunidades e a concentração de riqueza se acumulasse em poder de apenas dez por cento da população brasileira.¹⁷⁵

Apesar de as causas da pobreza terem diversas origens, ela fundamentalmente deriva da falta de terra para plantar, da falta de solo para edificar uma moradia digna e ter acesso a oportunidades de emprego, pois, a desigualdade na sua distribuição, a princípio no meio rural, fez com que os negros libertos, que não a possuíam para dela retirar seu sustento, e os

¹⁷⁵ OSÓRIO, Leticia Marques. *Direito à moradia adequada na América Latina*. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio.(coordenadores)Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte:Fórum, 2006 , p.17-39.

imigrantes europeus, que não obtiveram acesso a ela, migrassem para as cidades em busca de empregos durante o processo de industrialização. Nesse processo, acumularam-se nas cidades, onde a oferta da força de trabalho passou a superar a oferta de empregos, fato que conduziu uma grande massa da população brasileira, fixada nas grandes cidades, ao quadro progressivo de pobreza e marginalização.

Sem emprego, essa população (sobre)viveu, e ainda (sobre)vive, de pequenos trabalhos diários no comércio clandestino, quando não ilícito, e por conseqüência deste trabalho informal e irregular, sem condições financeiras para adquirir um espaço territorial para morar de forma adequada e, portanto, submetendo-se a morar em favelas, em encostas, em áreas alagadas. Tal situação não ocorreria, ou pelo menos seria de menor intensidade, se a estrutura na qual se apóia a propriedade territorial, não somente brasileira, mas de toda a América Latina, não fosse a de desperdício da força de trabalho, de terra disponível e produtiva, dos capitais e produtos e das oportunidades de desenvolvimento.¹⁷⁶

Afastados de uma apropriação territorial correspondente à sua capacidade financeira, o que resta aos pobres é a propriedade informal, a moradia informal, o emprego informal, a cidade informal, uma vez que se aglomeram nos cinturões às margens da cidade, sem que possam fazer uso dos bens, serviços e oportunidades da cidade formal. A informalidade decorrente do não-cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais com finalidade de atribuição de moradias passa a ser, portanto, o resultado das violações contra os direitos à moradia digna.

2.4 As várias funções sociais das propriedades territoriais urbanas para assegurar a dignidade da pessoa humana

As funções sociais das propriedades territoriais urbanas estão inseridas como elementos integrantes na construção de uma ética nova na política urbana. Esta nova ética é pautada pela valorização do elemento humano, cuja dignidade é assegurada como pressuposto constitucional do Estado Democrático de Direito, de forma que o desenvolvimento das funções

¹⁷⁶ OSÓRIO, *Direito à moradia adequada na América Latina*. 2006, p.21.

sociais das cidades necessita ser compreendido como o exercício do direito à cidade de forma plena, observando-se sempre as diretrizes que guiam o desenvolvimento urbano, o combate às causas da pobreza, a promoção de medidas que protejam o meio ambiente e a efetivação dos direitos humanos.

Conforme o entendimento de Saule Junior, as funções sociais da cidade envolvem direitos difusos, cujos sujeitos são atingidos pelas atividades que desempenham na complexa estrutura das cidades: são eles os proprietários, os moradores, os trabalhadores, os comerciantes, os migrantes, e todos aqueles que usam o mesmo espaço territorial e entre eles, tanto quanto com o espaço que ocupam, estabelecem relações, que ora são pacíficas, ora litigiosas.¹⁷⁷

A complexidade das relações sociais nas cidades faz com que os conflitos também sejam complexos, pois simultaneamente deve-se assegurar a proteção da dignidade humana pelo respeito do direito à moradia, ao emprego, à segurança, à salubridade; deve-se promover o cumprimento da função social da propriedade territorial urbana; deve-se preservar o meio ambiente e deve-se promover o desenvolvimento. Dentre os conflitos que se estabelecem no uso das cidades predomina aquele que diz respeito à utilização do espaço urbano, fazendo com que as funções sociais da cidade, especialmente as da propriedade territorial urbana, sejam divididas em várias funções específicas, relacionadas com as várias formas de exercício do direito de uso do solo urbano, com o objetivo de assegurar a proteção à dignidade humana. Desse modo, a propriedade territorial urbana não tem apenas uma função social, mas várias, pois a propriedade territorial deve integrar o ordenamento da cidade visto como um todo no qual cada tipo de propriedade territorial exerce um papel importante na conjugação de valores que evidenciam a dignidade da pessoa humana.

O direito à propriedade territorial urbana é garantido constitucionalmente, porém deve respeitar sua respectiva função social, caso contrário, o Estado deve intervir, para que essas várias funções sociais que possuem as propriedades territoriais urbanas sejam cumpridas.

O espaço territorial urbano possui uma limitação física, razão pela qual todas as frações territoriais que formam este espaço possuem uma atribuição que deve ser cumprida, seja ela no que diz respeito à moradia, à proteção do patrimônio histórico-cultural, à proteção ambiental ou ao desenvolvimento sustentável. No cumprimento dessas várias funções sociais que

¹⁷⁷ SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.61.

possuem as propriedades territoriais urbanas, por vezes, se prioriza o cumprimento de uma em detrimento das demais. Isso porque os interesses sociais no uso da propriedade territorial são diversos. Assim, em algumas situações vai prevalecer em determinado espaço territorial, a função social de moradia sobre a função social ambiental, em outros vai prevalecer a função social ambiental perante a função histórico-cultural, e em outro vai prevalecer perante todas a função social de moradia como proteção da dignidade da pessoa humana. A função social de proteção ambiental a um manancial pode prevalecer sobre a função social com finalidade de moradia, pois sem água potável não existe moradia digna.

Por vezes, para que se determine qual a função social atribuída a determinado espaço territorial, é necessário que sejam utilizados os critérios informados por um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade, que passam a conjugar valores específicos e direcionados a cada situação concreta.

Nas relações sociais e na constante busca pela satisfação das necessidades humanas, os conflitos de interesses diversos são inevitáveis. Quando esses conflitos têm origem em direitos constitucionais, como se pode exemplificar, de um lado o direito à propriedade, que é assegurado constitucionalmente, e de outro, o direito social à moradia, à dignidade da pessoa humana, à preservação ambiental, não existe outra solução para os mesmos senão aquela apresentada por um juízo de ponderação dos valores dessas garantias em cada caso concreto.¹⁷⁸ A razoabilidade e a proporcionalidade¹⁷⁹, avaliadas na solução dos conflitos desses interesses, passam a ser, assim, meios para também assegurar a efetivação das garantias constitucionais.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Conforme Alexy, a ponderação como parte de um exame de proporcionalidade, é o problema central da dogmática dos direitos fundamentais e a razão principal para abertura dos catálogos de direitos fundamentais. Em alguns casos, esse problema salta diretamente aos olhos, por exemplo, quando o art. 5º, III garante a propriedade, e então imediatamente, é adicionado no inciso XXIII que a propriedade deve servir a sua função social. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999, p.203-214.

¹⁷⁹ Para Streck, “[...] razoabilidade e a proporcionalidade confundem-se com os fundamentos dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, do devido processo legal, enfim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais. Afinal, se o estado Democrático de Direito representa um plus normativo/democrático em relação às formas anteriores de Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade vem a ser o suporte da própria concepção de proibição de violação dos direitos e da realização/efetivação dos direitos fundamentais.” STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica*. 2004, p. 520.

¹⁸⁰ Nesse sentido, refere Bonavides: “Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio novo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve-se de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-

A razoabilidade e a proporcionalidade tornam-se, portanto, de fundamental importância, para que se avalie nos conflitos _ especialmente naqueles que dizem respeito à posse do solo_ a proteção da dignidade da pessoa humana na promoção ou manutenção de moradia digna, alimentação, condições de trabalho, e, ainda, para que se analise cada uma das funções que possuem as propriedades territoriais urbanas, pois em determinadas situações torna-se necessário que se valorize mais uma em detrimento da outra.

2.4.1 Função social da propriedade territorial urbana com a finalidade de proteção ao patrimônio artístico, histórico e cultural como garantia da proteção à dignidade humana.

Dentre as várias circunstâncias nas quais o Estado intervém na propriedade privada, para limitar o uso individual em prol do uso da coletividade, encontram-se aquelas circunstâncias nas quais o interesse local ou regional necessita preservar determinado patrimônio artístico ou cultural de conteúdo mobiliário, imobiliário, paisagístico, etc., assim garantindo que determinados bens sejam preservados para as presentes e futuras gerações, e, com isso, que a dignidade humana seja protegida no presente e também no futuro.

O reconhecimento da necessidade de proteção a determinado patrimônio se dará por meio de ato administrativo do poder público, fundamentado no instituto jurídico denominado de tombamento. A proteção ao patrimônio artístico ou histórico-cultural não irá implicar na retirada da exclusividade da propriedade daquele que é o titular do direito de propriedade sobre o referido bem, pois este continuará a fruir das prerrogativas de uso, gozo e disposição inerentes ao direito de propriedade e que compreende o respeito ao direito à moradia. Entretanto, este uso, gozo e disposição estarão limitados à conservação das características do bem a ser preservado, uma vez que sua função passa a ser de interesse da coletividade.

A proteção do patrimônio histórico e cultural surgiu a partir da Constituição Federal de 1934, que reconhecia a proteção pela União e pelos estados dos objetos de interesse histórico e do patrimônio artístico do país. Igual proteção foi reconhecida pela Constituição Federal de 1937, que estendeu a competência para a proteção referida também aos municípios. A

lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.434.

Constituição Federal de 1946 manteve a responsabilidade protetiva, mas atribuiu competência ao poder público, estendendo competência concorrente às entidades políticas de direito público: a União, os estados-membros e os municípios, em razão da diversidade da riqueza histórico-cultural deste país, pois a cultura de um povo é continuamente modificada pelo momento e pela história sócio-econômica dos grupos sociais.¹⁸¹

A proteção à dignidade humana também envolve a proteção do direito de viver em uma cidade que preserve a história e a cultura do seu povo por meio da preservação do patrimônio natural e construído, e este direito é constitucionalmente superior ao direito absoluto e individual do titular do direito real de propriedade sobre o solo no qual se encontram os referidos bens, bem como de seus vizinhos, uma vez que tal proteção pode ensejar limitações aos direitos dos vizinhos, quando, para a proteção de determinado patrimônio, é necessário que se mantenha sua ambiência inalterada¹⁸².

Isso demonstra que toda a vontade individualista cede ante os interesses da comunidade na proteção de seus direitos. Existem, portanto, bens de todas as espécies que podem ser tombados como patrimônio histórico e cultural: bens móveis, obras literárias, monumentos construídos, monumentos naturais e paisagísticos, sítios arqueológicos, bens imóveis como prédios, casas, terrenos, praias, etc. Quando determinada área territorial urbana com ou sem construção é tombada, sua finalidade passa a ser a de se perpetuar para as presentes e futuras gerações. Assim a função social desse bem passa a ser de interesse coletivo em sua conservação com as mesmas características, como meio de valorizar a dignidade humana, preservando e protegendo a memória de determinada sociedade.

Mesmo que o bem tombado sirva a outras finalidades, como a de moradia, comércio, indústria, etc., a sua função principal será sempre a de perpetuação. Por esta razão, é de fundamental importância que exista uma estreita ligação entre o planejamento urbano com a devida proteção ao patrimônio histórico-cultural das cidades¹⁸³ para que, mesmo ocupado, esse patrimônio, que guarda a história de uma determinada sociedade, não seja parcial ou totalmente destruído.

Um outro tipo de função social da propriedade urbana, não menos importante em se tratando de preservação histórico-cultural, é aquela que se deve atribuir às áreas utilizadas por populações quilombolas e por populações indígenas. O direito das populações indígenas às

¹⁸¹ CASTRO, *Tombamento e proteção aos bens culturais*. 1981, p. 178-179.

¹⁸² CASTRO, op. cit., p.184

¹⁸³ *Ibidem*, p. 187.

áreas que tradicionalmente foram ocupadas por esses povos, e o direito das populações quilombolas às áreas remanescentes de quilombos, está revestido de preceitos constitucionais que precisam prevalecer sobre o tratamento dos institutos da posse e da propriedade no Código Civil brasileiro e Código de Processo Civil brasileiro,¹⁸⁴ pois fazem parte da proteção à dignidade humana relativamente à proteção da tradição cultural desses povos.

A respeito das populações quilombolas, cabe referir que durante a história da sociedade escravocrata brasileira, cerca de quatro milhões de africanos foram transportados para o Brasil entre os séculos XVI e XIX. Essa época foi marcada por fugas, revoltas, epidemias, de um lado e conflitos entre autoridades, colonos e religião de outro, o que fez com que os escravos, inconformados com sua situação, fugissem e, reunidos, formassem comunidades de fugitivos em lugares denominados quilombos.¹⁸⁵

Segundo Gomes, a palavra *Kilombo*, originada da língua bantu, da África Central e Centro-ocidental significa acampamento, e, na tradição antiga dos povos que lá habitavam, era o lugar onde se praticavam rituais para incorporar os habitantes das regiões conquistadas aos costumes do seu povo.

Assim, os escravos fugidos reorganizavam-se em comunidades de africanos originários de diversas regiões do país, organizando suas famílias e comunidades em quilombos nos quais praticavam alguns rituais de adaptação, conforme a tradição de seus antepassados, para tentarem manter unidos os seus iguais na defesa contra os capitães do mato que perseguiram os fugitivos.

Os quilombos representam importante contribuição para a historiografia e para a literatura antropológica brasileira, cuja imagem é vista sob dois principais aspectos: o culturalista, ocorrido entre 1930 e 1950, que entendia os quilombos somente como resistência cultural à opressão, nos quais os africanos e seus descendentes podiam manter e preservar suas identidades étnicas e assim manter viva a idéia de uma África saudosista; e o aspecto materialista, descrito pelos sociólogos nos anos 1960 e 1970, que via a perspectiva anterior como uma forma de benevolência à escravidão, pois, na verdade, devido aos castigos e maus tratos, os escravos, resistindo à opressão de seus senhores, sem ter outra opção, sobreviviam, fugindo para os quilombos. Ambas as visões acabaram produzindo a idéia de marginalização

¹⁸⁴ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.*, 2004. p. 191

¹⁸⁵ GOMES, Flavio dos Santos. Sonhando com a terra, construindo a cidadania. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 449.

dos quilombos, como mundos isolados, cujas idéias ainda têm repercussão nos dias atuais, quando se reflete sobre as comunidades remanescentes de quilombos.¹⁸⁶

Alguns quilombos mantinham economicamente suas comunidades e ainda conseguiam efetuar trocas com as populações das cidades, especialmente, quando se localizavam próximos a elas, assemelhando-se aos camponeses. Outros prestavam alguns serviços às comunidades de camponeses a sua volta. E o escravo de ontem, se transforma no negro de hoje, pois não havendo mais distinção entre os trabalhadores, a marca étnica e histórica da população negra é reinventada como um fato social.¹⁸⁷

Assim, manter e preservar os remanescentes das populações quilombolas em seus locais de origem, com suas tradições culturais e religiosas é proteger a dignidade humana e preservar a história não só dos remanescentes da mancha desumana da escravidão, mas da formação sócio-cultural de todo o povo brasileiro. Eis a razão pela qual as propriedades territoriais remanescentes destas áreas possuem uma função social que vai muito além daquela de proporcionar moradia unicamente, mas de preservar além dela a memória e tradição de um povo retirado forçadamente de sua terra, de suas famílias e submetido aos mais desumanos castigos. Preservar a cultura de seus antepassados é devolver-lhes ao menos uma parte da dignidade que lhes foi retirada.

Outra importante questão a considerar a respeito de grupos específicos de populações é aquela que diz respeito à proteção e preservação dos povos indígenas e das terras ocupadas por eles como forma de reconhecer e proteger sua cultura e identidade e, assim, sua dignidade.

Os índios, habitantes originários do território brasileiro, quase foram dizimados pelo sistema colonialista português, pois os que não foram cruelmente abatidos foram subjugados por aquele sistema. A grande parte da população indígena que sobreviveu foi forçosamente aldeada pelos missionários, pelos administradores e pelos colonos que a julgavam como seres inferiores, como selvagens, sendo atribuída aos índios a condição de incapazes. Transformados em incapazes passaram a ser tutelados pelo Estado, o que fez com que os índios ocupassem a condição de população formalmente livre, porém cultural e socialmente dominada. E, passaram a viver como uma etnia à parte, como um grupo separado na sociedade dominante.

Em meados do século XVIII, Portugal permitiu a entrada de não indígenas nas aldeias, incentivando-os a se casarem com índias e transformarem muitas aldeias em vilas, que

¹⁸⁶ GOMES, *Sonhando com a terra, construindo a cidadania*, 2005, p. 450

¹⁸⁷ GOMES, *op. cit.*, p.460-462.

passaram a ser dominadas por brancos e mestiços, retirando dos índios quase toda sua vivência cultural. Assim, com o término do período de colonização portuguesa, a população indígena estava reduzida há cerca de seiscentos mil índios.¹⁸⁸

Como legado, o império deixou a idéia de que os índios precisavam ser cristãos e civilizados, e o reconhecimento de que não poderiam ser cidadãos plenos por serem ingênuos, volúveis e manipuláveis. Por este motivo, suas populações continuaram diminuindo, e suas terras continuaram sendo invadidas e transformadas em propriedades privadas. Foi somente a partir da proclamação da República que se passou a pensar na questão indígena, especialmente na salvaguarda de suas terras e aldeias e na proteção jurídica de sua dignidade humana. Criaram-se, então, serviços de proteção aos índios, que, no princípio, apenas tentavam proporcionar-lhes condições materiais e morais, para que livremente progredissem e se tornassem plenamente cidadãos, visando com isso seu desaparecimento como povo específico, para tornarem-se brasileiros.

A visão sobre sua cultura e etnia somente começou a ser pensada a partir de 1950, quando a antropologia passou a ter papel importante, para que se considerasse a doação de terras, conforme a necessidade que as aldeias tinham em usá-la para a agricultura e pecuária, demarcando terras tradicionalmente ocupadas por determinados povos indígenas. Com a recuperação demográfica advinda, especialmente, da erradicação de doenças como varíola, sarampo, catapora, a população indígena voltou a crescer e com isso a constatação de que a sobrevivência étnica dos povos indígenas precisava, necessariamente de sua sobrevivência física, e sua dignidade humana da qualidade de vida que pudessem ter.¹⁸⁹

A satisfação das necessidades físicas e a promoção da qualidade de vida que possam ter e, por conseqüência, sua dignidade estão condicionadas à garantia de suas terras, por meio da demarcação das áreas territoriais ocupadas por suas aldeias. Não podem sobreviver como povo específico sem o respeito à sua dignidade, ao direito de transmitirem sua cultura e tradições aos seus descendentes, especialmente sua estreita relação com a natureza, sem viverem junto a ela, em reservas próprias, sob o risco de perderem sua identidade e com isso sua dignidade humana. Os índios forçosamente afastados de sua ambiência deixam de ser índios e perdem sua identidade, somando-se ao grupo de inadaptados e marginalizados que compõe a grande massa da população de excluídos brasileiros que circundam as grandes cidades.

¹⁸⁸ GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 430-432

¹⁸⁹ GOMES, op. cit., p.435- 437.

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) já levantou, estudou e reconheceu 576 terras indígenas que até o momento não foram efetivamente demarcadas. A garantia das áreas indígenas e sua autonomia cultural são caminhos, para que se proporcione a consolidação do reconhecimento e proteção de sua dignidade, e, por extensão, de sua cidadania.¹⁹⁰ Sem a terra, expressão de sua natureza, os ainda remanescentes dos povos indígenas tendem a desaparecer como povo e como cultura, razão pela qual o solo tradicionalmente ocupado por eles, possui função não somente de moradia e subsistência, mas também de preservação de sua identidade cultural, já que, conforme antropologicamente comprovado, dependem de maiores extensão de terras para sua sobrevivência,¹⁹¹ necessitando, portanto, de proteção e principalmente de respeito à sua dignidade.

2.4.2 Função sócio-ambiental da propriedade territorial urbana como garantia de proteção à dignidade humana

A revolução industrial representou um marco que foi decisivo para toda a humanidade, propondo mudanças econômicas e sociais com a introdução de novos hábitos de vida que ainda não foram completamente absorvidos e avaliados, pois, até o seu início, o homem utilizava-se da natureza para dela retirar o seu sustento, sem, entretanto, destruí-la.

A partir da industrialização, a oferta de emprego proporcionada pelas indústrias que passaram a se instalar nas cidades impôs um preço alto demais à sociedade: a degradação do ambiente natural por poluentes cada vez mais agressivos e letais, como é o caso da poluição atômica.¹⁹² O homem, sem se dar conta de que o mundo e os recursos naturais são finitos, deixou-se seduzir pelo encantamento do processo econômico.

A legislação em torno da preservação ambiental, apesar de já ter sido esboçada desde a época do Estado Novo, quando tratava dos sítios de inestimável valor natural, bem como de vários dispositivos legais que se seguiram, como o código florestal, por exemplo, eram falhas e

¹⁹⁰ GOMES, *O caminho brasileiro para a cidadania indígena*, 2005, np. 441.

¹⁹¹ VIAL, Sandra Regina Martín. *Propriedade da terra: análise sóciojurídica*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 269.

¹⁹² LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998., p.190-191

insuficientes para resolver as situações sócio-ambientais que foram se desenhando no Brasil durante o processo de industrialização. Fato que desencadeou a formação de uma consciência ambiental por parte da sociedade civil organizada em direção às novas proposições legislativas que demonstrassem maior interesse pelas questões ambientais como forma de proteção do direito à vida, uma vez que “o homem não vive simplesmente, mas vive em função e na dependência de fatores naturais.”¹⁹³

Essas ações que se iniciaram no século XIX identificaram grupos de ambientalistas, preservacionistas e conservadoristas, cujas idéias se subdividiram a partir da década de sessenta e deram origem a grupos de ambientalistas radicais e a grupos de ambientalistas ecocapitalistas.¹⁹⁴ Esses grupos lutaram pela inclusão de temas ambientais no movimento pela Constituinte, tendo um resultado positivo na Constituição Federal de 1988, o que levou o Brasil a possuir uma legislação ambiental que, embora não seja completamente aplicada, é considerada uma das legislações mais interessantes do mundo.

Foi, entretanto, com a união dos ambientalistas e dos movimentos sociais que teve como marco a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 que se passou a pensar efetivamente em um direito sócio-ambiental, pois a pobreza passou a ser vista como fonte da degradação ambiental, visto que a população pobre é muitas vezes obrigada a viver em áreas de risco ou em áreas de preservação natural, não tendo outro modo de sobreviver. Por outro lado, o consumo exagerado de países com renda elevada também promove impactos ambientais. Para trilhar o caminho na mediação desses impasses, foi proposta na referida conferência a Agenda 21, como projeto de ações para melhorar as condições ambientais globais com correção do consumo exagerado e distribuição de recursos na tentativa de combater as causas da pobreza.¹⁹⁵

Outro fator extremamente importante e preocupante é a cada vez mais crescente urbanização da população, o que faz com que os problemas ambientais, especialmente nas cidades cresçam proporcionalmente. A modernização, apesar de parecer a promessa de

¹⁹³ LEAL, *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. 1998, p.195-198.

¹⁹⁴ Segundo Ribeiro os grupos preservacionistas pretendiam manter as áreas a serem preservadas sem a interferência humana, retirando delas qualquer grupo humano. Os conservadoristas, que os criticavam, defendiam a idéia de que as áreas naturais poderiam ser preservadas mesmo na presença de comunidades locais, como indígenas, quilombolas e outros povos nativos, visto que sua forma de vida não apresentava riscos à natureza. O crescimento da sociedade de consumo fragmentou os ambientalistas em várias correntes: os radicais, que pregavam o abandono das cidades e o retorno à vida no campo para combater o capitalismo, e os ecocapitalistas que propunham a manutenção do processo capitalista com controle de suas atividades para evitar a degradação ambiental. RIBEIRO, Wagner Costa. Em busca da qualidade de vida. IN: PISKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: contexto, 2005.p 402-404.

¹⁹⁵ RIBEIRO, *Em busca da qualidade de vida*, 2005, p. 403

superação do aspecto arcaico das cidades, provou ser uma utopia, pois aquilo que se pode ver nas grandes cidades a partir do início do século XXI são favelas, poluição do ar e das águas, enchentes, desmoronamentos, crianças abandonadas e violência, um verdadeiros caos urbano.¹⁹⁶

Entre todos os problemas trazidos pelo caos, encontra-se a falta de moradia digna. Pela falta de recursos financeiros, a grande massa de população pobre continua se aglomerando às margens das cidades, e às margens da dignidade, abrigando-se em áreas de preservação ambiental como encostas, margens de córregos, rios, que são áreas ambientalmente frágeis, com graves riscos de vida para a população que ali passa a habitar, ou comprometendo o abastecimento de água doce de toda a população da cidade, quando a ocupação se dá em áreas de preservação de mananciais.

Outra grande vilã, fruto do processo de capitalismo de consumo exagerado, é a poluição, em suas mais variadas formas: a causada por dejetos sólidos ou líquidos¹⁹⁷, a poluição industrial, causada pelo depósito de dejetos químicos no meio ambiente, a poluição sonora, causada pela extrema quantidade de ruídos nas grandes cidades, e a poluição visual.¹⁹⁸ A poluição visual modernamente tem sido também objeto de várias discussões travadas entre ambientalistas e o setor econômico, uma vez que o direito às cidades envolve o respeito à possibilidade de que as pessoas visualizem a cidade e todo o patrimônio histórico-cultural natural ou construído que dela faz parte, fato que fica significativamente prejudicado em razão da enorme quantidade de materiais publicitários que poluem o visual das cidades e fazem com que a visão da cidade seja aquela de *outdoors*, painéis luminosos, fachadas e disputas pelo espaço publicitário. Nesse sentido, é perfeitamente compreensível que a vista da beira de um lago ou a encosta de um morro fique modificada pela presença de um *outdoor*, independentemente de seu conteúdo publicitário, e mesmo que não exista conteúdo publicitário, a simples presença da estrutura que suporta esse material já causa desconforto ao visual paisagístico.

Não se pode dizer com isso que a industrialização não é importante, que a sociedade pode prescindir do desenvolvimento econômico, pois este é fonte de emprego e renda. Não se

¹⁹⁶ WALDMANN, Maurício. *Natureza e sociedade como espaço de cidadania*. IN: PISKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: contexto, 2005, p. 551.

¹⁹⁷ Proporcionalmente à expansão urbana cresce a questão da deficiência no saneamento básico, e os esgotos continuam sendo causa de muitos problemas ambientais, pois rios, córregos, lagos, mangues e praias tornaram-se o destino de esgotos domésticos cujos dejetos são lançados *in natura* contaminando o solo, os lençóis freáticos e massas oceânicas. WALDMANN, op. cit., p. 552.

¹⁹⁸ RIBEIRO, *Em busca da qualidade de vida*, 2005, p.412-413

pode falar em dignidade da pessoa humana, nem em direito à cidade, sem que se reconheça o valor do direito ao trabalho e a sustentabilidade das cidades, com políticas públicas de incentivo à indústria local e a comercialização dos produtos industrializados, gerando emprego e renda.

O direito à cidade pressupõe também o direito às oportunidades de emprego e de participação de forma plena do desenvolvimento urbano. Este, segundo Saule Junior, deve ser compreendido como desenvolvimento sustentável no qual todas as pessoas devem estar habilitadas a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar no uso e gozo dos direitos humanos e das liberdades individuais da livre iniciativa, com participação ativa dos cidadãos e na distribuição eqüitativa dos resultados de todo esse processo, com igualdade de oportunidades para todos.¹⁹⁹O desenvolvimento, portanto, deve ser sustentável.

O princípio do desenvolvimento sustentável serve como fundamento ao atendimento das necessidades humanas do presente, sem comprometer a possibilidade de que as futuras gerações atendam também suas próprias necessidades, devendo ser sempre incentivada toda a atividade econômica que resulte na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, por meio de um sistema de produção que gere trabalho e distribuição de renda, combatendo as causas da pobreza, e arrecadando recursos para a implementação de políticas sociais, como saúde, educação e habitação, sem as quais não se pode conceber proteção da dignidade humana.²⁰⁰

O direito a cidades sustentáveis também deve ser preceito prevalente sobre o tratamento dado à posse e à propriedade do código civil.²⁰¹ Assim, o ordenamento das cidades deve incluir frações do espaço urbano destinadas ao desenvolvimento sustentável, de forma que as propriedades territoriais urbanas destinadas à produção, promoção, efetivação e fomento da economia propulsora do desenvolvimento sustentável das cidades também desempenhem uma função social de grande importância na estrutura das cidades.

O ser humano tem direito à cidade. Mas a uma cidade com desenvolvimento que atenda às necessidades do presente sem comprometer as necessidades que deverão ser atendidas pelas gerações seguintes, na qual se desenvolvam projetos que possibilitem manter a reprodução da

¹⁹⁹ SAULE JUNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997. p.63.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 70.

²⁰¹ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.191

vida sem esgotar a base material da existência humana, e que se afaste do modo capitalista de produção responsável pela criação de uma sociedade desigual.²⁰²

Assim, a propriedade territorial urbana também possui uma função sócio-ambiental na medida em que não se pode dissociar a questão da moradia digna das questões de desenvolvimento econômico e das questões ambientais como destinação de resíduos, mananciais de água potável, encostas sujeitas a deslizamentos. Pensar algumas áreas territoriais com função de preservar o meio ambiente apenas, não é valorizar mais o meio ambiente do que a pessoa. Mas, ao contrário, é assegurar que a vida seja preservada e protegida de todas as ameaças possíveis.

2.4.3 Função social das propriedades territoriais urbanas destinadas à moradia

Para que se possa compreender a importância da propriedade territorial urbana e especialmente aquela destinada à construção da moradia não se pode deixar de considerar, conforme tem sido feito em várias análises desse trabalho, os aspectos históricos que envolvem a aquisição de um lugar para habitar.

O Direito de propriedade para os povos antigos possuía princípios muito diferentes daqueles que se foram construindo ao longo dos séculos. Em alguns povos nem sequer se chegou a instituir um direito de propriedade privada sobre o solo, apenas sobre as colheitas e os rebanhos. Para outros, como os povos da antiga Grécia, a propriedade privada sobre o solo foi reconhecida desde os mais remotos tempos. Entretanto, nestes, a idéia de propriedade privada estava diretamente ligada à religião e à família, pois o lar, considerado templo ao religioso, era tão sagrado que o solo no qual ele se assentasse e do qual jamais poderia ser retirado, passava a ser, também, sagrado: “o lar deve estar assente no solo; uma vez ali colocado nunca mais deve mudar de lugar”²⁰³.

Pela descrição feita por Coulanges, pode-se entender de que forma o lar passou a tomar posse da terra, do solo onde está assentado, e a importância que tem para os homens da era

²⁰² RIBEIRO, *Em busca da qualidade de vida*, 2005, p.414-415

²⁰³ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 57.

moderna, tanto quanto para seus mais remotos ancestrais, ter sua família assentada em uma moradia. Para Coulanges, outra coisa não existe de mais sagrada do que a morada de cada homem.²⁰⁴

Para Arendt a casa era tão importante no período da Grécia clássica e da Roma antiga que se perpetuou para o futuro. Segundo ela, foram os limites sagrados que cercavam a propriedade que impediram que a *polis* violasse a vida privada. “[...] Sem ser dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse.²⁰⁵ A moradia, desde a antiguidade, é, portanto, um espaço onde a família se estrutura, tendo como base a sua religiosidade, como quer que a conceba ou exercite. Por esta razão também está diretamente relacionada com a questão da dignidade, pois a casa abriga o lar, que remete ao aconchego e à intimidade que cada pessoa tem com os seus, que abriga seus afetos, e por tal razão sua dignidade humana.

A dignidade humana fica imensamente comprometida pela falta desta moradia, não somente pela questão da sobrevivência, pois a vida fica à mercê do frio, do calor, da umidade e de todos os perigos da rua, mas, ainda por quão desumano possa ser dormir sob pontes ou viadutos, sem poder ter um lugar sagrado, por mais humilde que seja, para fixar sua família.

Dentre as várias funções da propriedade territorial urbana a mais importante é aquela função social que diz respeito à moradia, que tutela o direito fundamental à moradia digna e à vida, já que a própria vida pode ser ameaçada, quando ela não existe, ou quando existe de forma precária. Nesse sentido, então, pode-se dizer que a cidade existe em função dos cidadãos que nela estão assentados.

A moradia como espaço físico necessita de um espaço territorial para ser edificada. Mas como atribuir uma fração de solo a todos os titulares deste direito de forma ilimitada, se o solo é um bem limitado pelo espaço físico territorial urbano? “ um direito capaz de expansão ilimitada sobre um espaço físico limitado, como é o da propriedade privada sobre o solo urbano, é compatível com uma função social?²⁰⁶

A apropriação de um espaço territorial passou, então, a possuir um valor de troca em detrimento de seu valor de uso, fato que justifica a falta de acesso à garantia de moradia na desigualdade econômica existente entre os que possuem condições de pagar pelo valor de troca

²⁰⁴ COULANGES, *A cidade antiga*, 2000, p.60

²⁰⁵ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: universitária, 2001, p. 39.

²⁰⁶ ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.p.64.

do solo, afastando proporcionalmente aqueles que, por serem pobres, não possuem recursos financeiros para tanto, devendo aceitar a privação deste direito como uma fatalidade.²⁰⁷

Aos pobres restou a insegurança jurídica, as favelas, os morros, as encostas, a marginalização em todos os sentidos, a banalização da vida humana, que passa a ser então desconsiderada, pois suscetível de todo o tipo de privações: de água potável, de saneamento, de infraestrutura, de emprego, de dignidade. Situação na qual foram colocados e se mantêm milhares de pessoas, e da qual o próprio Estado foi responsável, tanto pela ação, quanto pela omissão.

As poucas intervenções do Estado no parcelamento do solo urbano foram ineficazes para proporcionar uma divisão de forma igualitária e possibilitar o acesso dos pobres aos espaços territoriais urbanos. Como exemplo se pode citar a lei de parcelamento do solo urbano em vigor, Lei 6766 de 19 de dezembro de 1979, que foi aprovada em atendimento às reivindicações dos movimentos sociais para regularizar o parcelamento do solo nas cidades, para que possibilitasse o acesso das pessoas com menores recursos financeiros à uma moradia adequada, visto que o desenvolvimento urbano encontrava-se em plena expansão. Essa legislação imaginou e planejou cidades perfeitas, com lotes e quadras simétricos, com sistema viário padronizado e retilíneo para um trânsito confortável, com reservas verdes e áreas de lazer e recreação, com toda a infra-estrutura básica para uma vida digna, lançados à venda em empreendimentos imobiliários, não raras vezes denominados de “loteamento popular”, cujo preço dos terrenos, pelo alto investimento que os loteadores foram obrigados pela referida lei a promover, privilegiou apenas alguns poucos, afastando a população de baixa renda da formalidade, a eles não restando outra alternativa se não a informalidade e a exclusão ao acomodarem-se em áreas públicas ou privadas nas encostas, nos morros, em terrenos geograficamente acidentados e sem qualquer tipo de infra-estrutura, cujo preço estava adequado a situação financeira das pessoas de baixa renda.

O Estado também foi responsável pelo quadro de falta de moradia digna pela omissão, pois, apesar da vigência do Estatuto da Cidade e de todos os instrumentos trazidos por ele para facilitar e promover a produção habitacional para pessoas de baixa renda, como o direito de superfície, por exemplo, o poder público continua inerte. O ordenamento urbanístico ainda não foi capaz de solucionar grande parte dos problemas habitacionais. Nem mesmo o plano diretor foi elaborado na maioria dos municípios brasileiros, até mesmo naqueles que estariam

²⁰⁷ ALFONSIN, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*, 2006, p.59.

obrigados pela lei a elaborá-lo. E a moradia digna e a própria dignidade das pessoas que poderiam ser beneficiadas por ele continua sendo adiada.

A propriedade territorial urbana destinada à moradia é constituída de uma propriedade de funções. Nesse aspecto, Alfonsin refere que a palavra propriedade possui duplo sentido: um que designa o direito real, adquirido, mantido e perdido conforme dispõe a Constituição Federal e o Código Civil, e outro que diz respeito à adequação, ao fim a que se destina.²⁰⁸

Eis a razão pela qual é urgentemente necessário que a propriedade, tanto no seu sentido de direito real quanto no sentido da finalidade a que se destina, seja buscada, promovida, e que se encontrem caminhos, para que seja efetivamente garantida, pois somente assim se estará protegendo a dignidade humana em se possibilitado às pessoas que tenham um lar, uma moradia digna.

2.5 O efetivo cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas para proporcionar moradia

Na busca pela efetivação das funções sociais das propriedades territoriais urbanas e por consequência na valorização da dignidade humana ao se proporcionar moradia digna para aqueles que não a possuem, é necessário que sejam desconstruídos e reconstruídos alguns conceitos que por séculos imperaram tranquilos no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se a entender os preceitos que informam o direito de propriedade territorial urbana à luz de uma nova ordem jurídica.

Nessa nova ordem, a propriedade continua sendo uma relação do homem com as coisas, entretanto ela é exercida internamente entre o indivíduo e o bem, e externamente entre o indivíduo e os demais indivíduos, a sociedade.²⁰⁹ Na sua relação com o bem, o indivíduo pode dele fazer uso e dele dispor, na sua relação com os demais indivíduos este uso deve estar de acordo com os interesses da coletividade, compreendida esta como a sociedade na qual o bem está inserido.

²⁰⁸ ALFONSIN, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*, 2006. p.44

²⁰⁹ ARONNE, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, 1999, p. 58.

Nas questões relativas ao cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, dois preceitos principais devem estar presentes, conforme o referido por Alfonsin: o de que quem cumpre uma função social não é a propriedade (que é um conceito, uma abstração) mas o solo, pela ação humana que vai intervir nele, independentemente do título a que o faça; e, o de que o direito adquirido não é sinônimo de direito conservado, e, portanto, o direito de propriedade adquirido sobre o solo significa que este deverá ser usado de forma a mantê-lo, cumprindo com a sua função (de moradia, de preservação ambiental, etc..) social (em benefício da coletividade), caso contrário este direito já não mais se conserva, e pode ser questionado no plano de sua validade e eficácia, e ainda, no plano de sua existência.²¹⁰

Nesse sentido, a posse também deve cumprir com sua função social, pois, por vezes, o proprietário, quando impossibilitado de promover pessoalmente a utilização funcional do bem do qual é titular, delega a utilização para um terceiro, por meio de institutos jurídicos como a locação, a habitação, o uso, etc., e, este terceiro, detentor do bem, mesmo cumprindo com as obrigações contratuais para a obtenção da posse (pagamento de aluguel), não dá a ela a devida utilização. A propriedade teria sido funcionalizada, mas a posse não.²¹¹ Razão assiste, portanto, ao argumento de que é o bem imóvel, o terreno ou a gleba de terras, quem cumpre uma função social e não o titular do direito de propriedade ou da posse sobre ele.

Desta forma o primeiro obrigado a fazer cumprir a função social do solo é o titular do direito de propriedade sobre ele, é o próprio proprietário, ou o possuidor, pois a ele é atribuída uma responsabilidade para o gozo e exercício desse direito, que deve ser cumprida, sob pena de lhe ser atribuída, objetivamente, alguma sanção, uma vez que os atos danosos que um titular de direito pratica contra o interesse de terceiros, independentemente de sua culpa devem ser indenizados.

Conforme esclarece Alfonsin, a base da responsabilidade pelo fato sem culpa está na ofensa ao direito privado, pois antes mesmo do acontecimento do fato sem culpa está o “dever de pessoa,” incluída na totalidade dos sujeitos passivos da relação jurídica. Aplica-se, assim, tal entendimento aos efeitos do descumprimento da função social da propriedade, uma vez que o solo urbano que consiste em utilidade e riqueza tem dois fins específicos: o bem coletivo e as

²¹⁰ ALFONSIN, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*, 2006. p. 74-75

²¹¹ ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo código civil brasileiro: breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 244.

necessidades dos cidadãos²¹². Portanto, se não for cumprido este dever, a coletividade deve ser reparada. A sanção/indenização pode variar desde a aplicação de aumento de imposto progressivo no tempo, até a desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública do município, sobre os quais se terá oportunidade de verificar em parte seguinte deste trabalho.

No Estado Democrático de Direito, em que o interesse coletivo deve prevalecer ante o interesse privado, não pode mais ser indiferente o fato de que a propriedade territorial urbana possa servir como instrumento especulativo, mantida sem edificação, apenas para especular as oscilações do mercado imobiliário, esperando um negócio vantajoso, enquanto milhares de pessoas moram em favelas, praças, pontes, viadutos. A acumulação do solo nas mãos de poucos, para permitir sua valorização segundo as regras do livre mercado, expropria o direito da grande maioria pobre morar com dignidade e, em consequência, expropria seus direitos humanos fundamentais.

É, portanto, o proprietário o primeiro obrigado a fazer cumprir a função social do solo sobre a qual o seu direito de propriedade se assenta. E como lhe assegura a Constituição Federal, a aquisição da propriedade privada lhe é garantida, mas esse direito somente vai ser conservado, se a função social do bem adquirido for cumprida.

Não se observando o cumprimento voluntário da função social da propriedade territorial urbana, conforme os preceitos da ordem urbanística que disciplinam as funções vitais das cidades, como a habitação, o trabalho, a circulação e a recreação nos espaços urbanos,²¹³ ao poder público municipal cabe a imposição desse dever por meio de sanções representadas pelo parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano,²¹⁴ pelo imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo no tempo, em caso do descumprimento da utilização compulsória,²¹⁵ ou ainda, com a desapropriação com

²¹² ALFONSIN, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*, 2006. p56

²¹³ FREITAS, José Carlos de. *Ordem urbanística e acesso à terra*. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.268.

²¹⁴ Conforme o art. 5º: “Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação. BRASIL, *Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²¹⁵ Conforme o art. 7º: “Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do *caput* do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art.5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5(cinco) anos consecutivos”. BRASIL, *Código Civil de 2002*, 2003.

pagamento em títulos da dívida pública,²¹⁶ todos previstos pelo Estatuto da cidade, atribuindo para os municípios a discricionariedade necessária para criar e implementar o ordenamento das cidades por meio do plano diretor e conseqüentemente da utilização dos instrumentos possibilitados por ele, para que os espaços urbanos cumpram com suas respectivas funções sociais de promover a vida e a dignidade humana.

Segundo Arone, a discricionariedade, da qual o poder público municipal pode fazer uso para resolver as questões sociais, não pode ser confundida com a arbitrariedade na sua tomada de decisões,²¹⁷ uma vez que a discricionariedade da qual aqui se reporta é aquela que se manifesta como técnica legislativa de abertura das normas jurídicas que carecem de complementação e, por esta razão, são ditas como normas que possuem conceitos indeterminados.

Para que este objetivo seja atingido, faz-se necessário uma união que envolva todos os setores da sociedade organizada tanto de ordem pública quanto privada, para se fazer, efetivamente, cumprir as funções sociais das cidades em respeito à ordem urbanística de acesso ao solo propostas pela elaboração, implementação e eficacização de um plano diretor adequado à realidade sócio-ambiental de cada município, com suas características e peculiaridades, e às movimentações do cenário urbano.²¹⁸

Nesse cenário, são necessárias profundas análises e ponderações de novas perspectivas para o espaço urbano como pano de fundo de uma sociedade com profundas e constantes modificações, razão pela qual, muitas vezes, as leis vigentes, a interpretação delas pelos juristas e os fatos sociais andam em profundo descompasso, fazendo com que as funções sociais da cidade e da propriedade não se cumpram na prática, adiando indefinidamente o que é urgentemente necessário como a proteção da vida e da dignidade humana. Que, assim, se avalie se as ações dirigidas para este fim pelo poder público e pela sociedade civil organizada estão, efetivamente, no caminho correto.

²¹⁶ Conforme o “art. 8º. Decorridos 5(cinco) anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública. BRASIL, *Código Civil de 2002*, 2003.

²¹⁷ ARONNE, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, 1999, p139

²¹⁸ Para Alfonsin, a propriedade urbana vai cumprir a sua função social, quando entender que nas relações humanas são contínuos a movimentação, a mudança, a transformação na construção do espaço urbano. ALFONSIN, *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções*, 2006. p 69.

2.5.1 Controle do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas pelo poder público

Não sendo observada a obrigatoriedade de cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, os três poderes têm competência para impor o respectivo cumprimento. O poder legislativo, aprovando leis que acarretem determinada sanção ao descumprimento da função social; o poder executivo, por meio da implementação de políticas públicas, para que, com a imposição de multas, se efetive o cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, e o preenchimento dos vazios urbanos em áreas que necessariamente devem servir ao cumprimento das respectivas funções sociais das cidades na produção de moradias; e, ainda, pelo poder judiciário, ao analisar questões que envolvam a discussão a respeito desse cumprimento e da garantia constitucional de proteção à dignidade humana, quando esta depende do reconhecimento do direito à moradia.

Os governos são responsáveis pela criação de condições necessárias para o funcionamento do mercado de imóveis garantindo, o acesso ao solo, reconhecendo e legitimando mecanismos por meio de políticas habitacionais com sistemas de oferta habitacional, de garantia de acesso a serviços e infra-estrutura básicos com a mobilização de recursos financeiros,²¹⁹ devendo proporcionar os meios necessários para a apropriação do solo urbano, possibilitando a produção de habitações e o acesso à moradia digna para todos como meio de cumprir a função social da propriedade e das cidades.

O município é o principal ente neste processo, pois a ele foi atribuída, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a competência para executar a política urbana por meio do poder público municipal, tendo este como principal instrumento de projeção, efetivação e fiscalização, o plano diretor.

O plano diretor se apresenta como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbanos, pelo qual o município estabelece, por critérios objetivos, circunstâncias nas quais a propriedade urbana cumpre sua função social de acordo com as exigências fundamentais da ordenação das cidades,²²⁰ fazendo com que o município tenha competência

²¹⁹ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 127 a 131.

²²⁰ SAULE JÚNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997, p.33

imediate para fiscalizar o cumprimento da função social da propriedade e, por extensão, a possibilidade de que o solo urbano não se desvie de suas finalidades.

Um esboço do que é hoje o plano diretor começou a ser desenhado principalmente a partir da década de 70, com as Leis Orgânicas municipais, coincidindo com o momento de intenso crescimento das cidades, as quais encontraram inúmeras barreiras, para que se efetivassem como normas ordenadoras das cidades, principalmente pela grande concentração de poder da União, mantendo os municípios seus dependentes, e pela falta de participação popular nas decisões sobre políticas públicas, quadro este que se alterou pela nova configuração informada pela Constituição Federal de 1988, momento em que o plano diretor deixa de ser apenas uma peça técnica para se transformar em uma instituição jurídica de fundamental importância²²¹ pois, serve como instrumento, para que a política urbana torne concreto o direito à cidade e o direito à moradia digna.

O Estatuto da Cidade trouxe elementos importantíssimos, para que se faça cumprir as funções sociais das propriedades territoriais urbanas e das cidades, como a edificação compulsória, o imposto predial e territorial urbano (IPTU) progressivo, a desapropriação compulsória, e instrumentos de utilização do espaço territorial urbano, como direito de superfície, o direito de construir, as operações urbanas consorciadas, e a partir destes instrumentos a possibilidade de produção habitacional, especialmente para as pessoas de baixa renda.

Pelo parcelamento ou edificação compulsória, os municípios podem obrigar os proprietários de imóveis urbanos a parcelar glebas urbanas não utilizadas, ou a edificar em terrenos não utilizados, para que estes bens passem a ser utilizados em benefício da coletividade e para que se preencham os vazios urbanos causados pelos imóveis públicos e privados sem nenhuma utilização. Além de obrigado a parcelar ou edificar, o proprietário também poderá ser obrigado a fazer uso racional da edificação, pois um terreno urbano, mesmo edificado, mantido fechado, sem nenhuma utilização, também não está cumprindo com sua função social. Na referida circunstância, o município deverá notificar o proprietário para que ele cumpra a obrigação de usar, parcelar ou edificar, sob pena de sanção progressiva pelo descumprimento da referida obrigação de fazer²²² que inicia com o imposto predial territorial

²²¹ SAULE JÚNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997, p.40-42

²²² SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.*, 2004, p. 275

progressivo e pode chegar até a desapropriação do referido imóvel, para que, então, seja dada a ele uma utilização adequada.

Pelo IPTU progressivo no tempo, o município impõe ao proprietário a obrigatoriedade de cumprir os prazos e condições estabelecidos na legislação municipal, para que o referido imóvel seja efetivamente utilizado pela edificação ou pelo parcelamento, quando tratar-se de gleba urbana que comporte referido instrumento de utilização. Descumprido o prazo, a alíquota do Imposto predial e territorial urbano incidente sobre o referido terreno urbano passará a aumentar progressivamente a cada exercício, podendo alcançar uma alíquota de até quinze por cento durante o período de cinco anos, e mantendo-se nesta faixa nos exercícios posteriores até que se cumpra com a referida obrigação. O objetivo da aplicação deste instrumento não é de confiscar o bem, mas induzir o proprietário a cumprir com sua obrigação de utilizar o espaço urbano de sua propriedade, de acordo com sua finalidade específica²²³.

A desapropriação é a última instância de sanção para o proprietário que não fizer cumprir a função social da área territorial urbana de sua propriedade e uma exceção ao disposto constitucionalmente para as demais desapropriações, justamente, porque nestas existe uma finalidade de sanção pelo descumprimento da obrigação de fazer cumprir a função social da propriedade urbana. Em todas as demais desapropriações, o valor do bem desapropriado para obra ou uso de interesse público terá seu justo preço pago previamente e em dinheiro. Na desapropriação-sanção, para reforma urbana pela inércia do proprietário em fazer cumprir a função social da propriedade, o valor da indenização será pago por meio de títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e juros legais de seis por cento ao ano.

Mas esses instrumentos somente poderão ser aplicados com a existência de um plano diretor, pois o município que não cumprir com a obrigação de editá-lo, tem como sanção o impedimento de exercer o previsto pelo art. 182, 4º, da Constituição Federal de 1988, limitando, assim, a sua capacidade constitucional de promover a política urbana, pois estará impossibilitado de aplicar os instrumentos previstos por essa norma, para exigir do proprietário urbano comportamento adequado às exigências para o cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas,²²⁴ deixando com isso de promover a produção habitacional,

²²³ SAULE JUNIOR, A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares, 2004.p. 283.

²²⁴ SAULE JÚNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997,p.137.

ou de proporcionar a aquisição de moradia digna, por meio da possibilidade do acesso às pessoas de baixa renda a programas de financiamentos para a construção de suas moradias.

O município, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser, portanto, o ente federativo que tem obrigação, diretamente, de fiscalizar e aplicar a sanção respectiva ao proprietário de área urbana pública ou privada que não cumpra com sua função social respectiva, tendo, inclusive, ele próprio responsabilidade administrativa, quando deixar de promover o adequado aproveitamento, dentro do prazo de cinco anos, de imóvel incorporado ao patrimônio público.²²⁵ Trata-se então de um poder-dever do ente municipal de obrigar o cumprimento da função social das propriedades territoriais urbanas, ou punir o seu descumprimento, e de utilizar as áreas públicas de sua propriedade no prazo de cinco anos de sua aquisição, o que na prática nem sempre se tem observado.

Além do controle do cumprimento da função social do solo urbano feito pelo poder público, a sociedade civil organizada também fiscaliza e impõe esse dever de utilização e a necessidade de que se produzam moradias, para atender àqueles que por seus próprios esforços não são capazes de produzi-las em razão da falta de recursos financeiros, e o fazem por meio da atuação de vários atores sociais, envolvidos na luta pelo cumprimento das garantias constitucionais do respeito à dignidade humana e do direito à moradia digna.

2.5.2 Controle do cumprimento da função social da propriedade urbana pela sociedade civil organizada para assegurar o direito à moradia digna

A sociedade civil organizada também representa importante papel no controle do cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas privadas ou públicas e das políticas habitacionais para produção de moradias, por meio da participação popular, prevista constitucionalmente na elaboração do plano diretor. Essa participação se dá pela elaboração, discussão e aprovação de projetos de interesse local, apresentados ao poder

²²⁵ Segundo Saule Jr., o prefeito municipal incorre em improbidade administrativa, passando-se cinco anos da incorporação do imóvel ao patrimônio público, sem que este tenha um aproveitamento adequado do solo, conforme o disposto pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 290.

público por vários agentes da sociedade civil tais como organizações não-governamentais, associações comunitárias, associações de bairro, movimentos e entidades ambientalistas, organizações e movimentos sindicais, sociais e populares.

Conforme Saule Júnior, a participação popular, como instrumento do plano diretor, tem lugar em vários momentos distintos no planejamento das cidades: a) no direito à informação da elaboração do plano diretor pelo poder público municipal que deve ser efetivado com respeito ao princípio da publicidade, para que os cidadãos, individual ou coletivamente, as entidades, os movimentos sociais e as organizações civis possam apresentar sugestões e emendas à proposta preliminar; b) nas audiências públicas, como requisito para a aprovação do plano diretor, promovidas pelo órgão de planejamento dos municípios (o conselho municipal de política urbana), nas quais os cidadãos têm a oportunidade de participar das tomadas de decisões sobre questões fundamentais de interesse da coletividade; c) nos plebiscitos e referendos, os quais o município, tendo competência de legislar sobre assuntos de interesse local, pode legislar sobre os mesmos, regulamentando requisitos e procedimentos para tomada de decisões sobre questão relevante de interesse local, conforme o que ficar determinado na Lei Orgânica do município, facultando aos cidadãos e às entidades que os representem concordar ou não com normas do plano diretor ordenadoras do direito à cidade,²²⁶ e, entre elas, aquelas que dizem respeito às políticas habitacionais.

Com a utilização dos referidos instrumentos de participação, o município está garantindo uma gestão democrática do direito à cidade, visto que permite que a sociedade civil organizada, representada pelos movimentos sociais, pelas associações de bairro, sindicatos, ordem dos advogados do Brasil (OAB), conselhos comunitários e várias outras organizações não-governamentais, tomem parte nas decisões, cujos temas dizem respeito aos interesses de cada município, cujas características e particularidades somente podem dizer respeito aos cidadãos que nele exercitam seu direito à cidade.

Os movimentos sociais representam, também, um papel fundamental no controle da função social da propriedade territorial urbana e na sua utilização para produção de moradias, uma vez que seus integrantes se unem por uma identidade comum, pois são carecedores das mesmas proteções à vida e à dignidade. Somam suas expectativas e lutam por um objetivo comum: o reconhecimento de sua dignidade humana, quer seja na luta pelo direito à terra, como faz o movimento dos sem-terra- MST; quer seja na luta pelo direito à moradia, como faz

²²⁶ SAULE JÚNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997, p.247-259.

o movimento dos sem-teto; na luta pelo direito de ser diferente, como fazem os movimentos de homossexuais, na luta pela igualdade, que fazem os grupos étnicos, entre muitos outros movimentos específicos.

Na luta pelos objetivos comuns, esses grupos desenvolvem uma linguagem própria que aponta para a elaboração de uma concretização da cidadania, que vai além de meras opiniões, desabafos e reivindicações, mas que buscam na sociedade ações coletivas concretas, não apenas meras manifestações de indignações.²²⁷

Especificamente com relação ao controle do cumprimento da função social da propriedade urbana pela sociedade civil organizada são principalmente os movimentos sociais que efetuam este controle. Na busca pelas ações concretas de cidadania e cumprimento de seus direitos, identificam e tomam posse daqueles bens públicos ou privados que, segundo critérios objetivos verificados, por eles próprios, não cumprem com sua função social de proporcionar moradia, e, além disso, com nenhuma outra função social específica, pois estão, normalmente, abandonados. É o que se pode observar naquilo que acontece com várias ocupações em prédios públicos ou privados pelos movimentos de sem-teto, ocorridas em várias cidades do Brasil, pois, buscando a concretização de seu direito à moradia, passam a fazer uso destes bens, como forma de exigir o cumprimento de seu direito a ter moradia digna, pois, pelo que tem demonstrado a história desses movimentos, sem a luta pelo reconhecimento dos direitos não existe conquista²²⁸.

A tomada de decisão pelos movimentos sociais, ante a inércia do poder público em promover por conta própria ações concretas que visem a reforma urbana com a efetivação do direito à moradia e conseqüente resgate da dignidade humana, obriga o poder público a desenvolver, a partir desta imposição, o ordenamento das cidades nas suas mais variadas dimensões, que somente se realizará por meio do plano diretor e de seus instrumentos urbanísticos e de políticas de reformas urbanas.

Neste aspecto, é obrigatória a elaboração do plano diretor quando o município possuir mais de vinte mil habitantes, for integrante de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, quando pretenda utilizar os instrumentos de política urbana, e, quando integrar área de interesse turístico ou de impacto ambiental, uma vez que, conforme refere Saule Júnior, “o plano diretor deve ser elaborado, considerando a realidade da cidade no aspecto ambiental,

²²⁷ PAOLI, Maria Célia. *Movimentos sociais: cidadania e espaço público- ano 90*. IN: Revista Humanidades nº4, vol.8. Brasília: Edunb, 1992, p 499.

²²⁸ VIAL, *Propriedade da terra: análise sóciojurídica*, 2003, p. 239.

físico, territorial, social e político.”²²⁹ Equivale dizer que em determinadas realidades locais, algumas características próprias exigem ordenamento no direito à cidade, e a possibilidade de que as tomadas de decisões respeitem o diálogo entre os interesses do poder público e da sociedade civil que ali vive.

Esta gestão democrática, com ampla divulgação de projetos e espaços para as manifestações da sociedade, permite uma administração do município com a participação popular nas decisões do direito à cidade, que somente vai ser possível pela participação popular ordenada e garantida por um plano diretor adequado a esta realidade e que conjugue todas as funções sociais da cidade, proporcionando um meio ambiente sadio e condições de vida digna à população, assegurando acesso à moradia digna, justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda, recuperação para a coletividade da valorização imobiliária, decorrente da ação do poder público, proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído.²³⁰

Reforçando esse argumento menciona-se que os instrumentos apresentados pelo Estatuto da Cidade como sanção pelo não cumprimento da função social da propriedade territorial urbana, como: o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, a desapropriação para fins de reforma urbana; e, ainda, os instrumentos de política urbana que visam proporcionar moradia digna, como: o direito de perempção, o direito de superfície, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de construir e o consórcio imobiliário; somente se aplicarão por meio de decisões democráticas possibilitadas pela participação popular no plano diretor.

O plano diretor pode proporcionar, portanto, instrumentos fundamentais para a efetivação das funções sociais das propriedades territoriais urbanas, que mesmo nas pequenas cidades é fato preocupante,²³¹ para que, por ele, se promova o desenvolvimento sustentável, para que as cidades se organizem de forma a alcançarem a igualdade, a justiça social e a participação popular nas tomadas de decisões que dizem respeito à proteção da vida e da

²²⁹ SAULE JÚNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997, p.252.

²³⁰ *Ibidem*, p.60.

²³¹ Segundo Fernandes, as favelas estão presentes em 80% das cidades médias, de 100 a 500mil habitantes e em 45% entre 20 e 100 mil habitantes, e 36% das cidades pequenas, com menos de 20.000., FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização sustentável..In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no estatuto da Cidade*. p.311.

dignidade humana nas cidades e também à vida no meio rural. Pois existe uma estreita ligação entre as atividades urbanas e rurais, especialmente nas pequenas cidades, naquelas que possuem uma economia eminentemente agrícola, cujos meios urbano e rural integram-se de tal forma que não se sustentam separadamente. A área rural necessita da urbana para comercializar sua produção, necessita de estradas, facilidade de transporte, do comércio local para que possa adquirir produtos; a cidade necessita de abastecimento, necessita de destinatários para os bens e serviços que produz, para que possa se desenvolver de forma sustentável. Eis as razões pelas quais o plano diretor não deve ser implementado em todas as cidades e não somente naqueles municípios que estão obrigados a elaborá-lo.

Além de dispor de instrumentos para fazer cumprir as funções sociais das propriedades territoriais urbanas e promover o desenvolvimento sustentável, o plano diretor possui instrumentos necessários para a aplicação de uma política urbana que priorize o direito à moradia digna. São eles o direito de preempção, o direito de superfície, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de construir e consórcio imobiliário.

O direito de preempção, ou preferência, confere ao poder público municipal a preferência na aquisição onerosa de imóveis de particulares que sejam necessários para atender às funções sociais da cidade e para a regularização e implementação de projetos habitacionais de interesse social; o direito de superfície possibilita ao poder público, ou ao particular, transferir o domínio da superfície de imóveis urbanos edificados ou não, para a produção de unidades habitacionais; a outorga onerosa do direito de construir, ou o solo criado, possibilitam que o poder público crie por meio de lei áreas edificáveis que poderão ser outorgadas onerosamente a particulares, para que estes nela edifiquem. Além de proporcionar moradia a outorga do direito de construir unidades habitacionais, o valor arrecadado pela outorga também deverá ser utilizado para atender o direito à moradia e à melhoria das condições de vida daqueles que não podem pagar pela construção de sua moradia; as operações urbanas consorciadas compreendem um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo poder público, com a participação da iniciativa privada, em áreas especificamente destinadas a este fim, visando proporcionar moradia; a transferência do direito de construir que possibilita ao proprietário transferir o seu direito de construir para outro bem imóvel, ou vender o seu direito de construir para outra pessoa; o consórcio imobiliário, é um instrumento de cooperação entre o poder público e a iniciativa privada com finalidade de realizar urbanização em zonas sem infra-estrutura. Por ele, o proprietário transfere ao poder público o seu imóvel e depois da

realização das obras recebe como pagamento unidades imobiliárias edificadas e urbanizadas. Aplica-se nos casos de proprietários notificados para promover o parcelamento ou a edificação e não têm condições financeiras para custear as referidas obras.²³²

Assim, todos os instrumentos disponíveis no plano diretor tornam possível a concretização do cumprimento da função social das propriedades territoriais urbanas, evidenciando que a dignidade humana, assegurada pelo acesso à moradia adequada, e a valorização da pessoa, devem pautar as ações do poder público no sentido de promover todas as interferências necessárias para esse fim, bem como as ações dos particulares em promoverem a utilização de seu espaço territorial adequadamente aos interesses da sociedade.

Disso se entende que o cumprimento das funções sociais do solo urbano é o único meio, para que se possa atender a demanda habitacional do Brasil, especialmente das pessoas pobres, pois possibilita que o espaço urbano, já limitado, seja inteiramente aproveitado, e, nesse aproveitamento, sejam utilizados todos os meios legais para a moradia formal.

Relativamente aos instrumentos que visam proporcionar e fazer cumprir a função social da propriedade urbana, no que diz respeito ao direito à moradia digna, cada um dos instrumentos constantes no plano diretor possui características e funções específicas que são importantes na concretização do direito à moradia digna. No entanto, o direito de superfície, dentre todos os demais, é aquele que por suas características e peculiaridades, possui condições de proporcionar moradia digna, com a produção de novas moradias ou melhoria das já existentes, e ao mesmo tempo atribuir aos cidadãos não apenas a moradia material, de fundamental importância para a manutenção da vida e da dignidade humana, mas também a moradia formal, atribuindo a estes a formalidade necessária a um amplo espaço de inclusão social.

O direito de superfície como novo direito, considerando suas novas perspectivas sociais, é um dos caminhos, para que se possa promover a dignidade humana, assegurando o direito Constitucional à moradia adequada por meio da inclusão em planos e projetos financeiros para aquisição da moradia formal. Por este motivo, na tentativa de compreendê-lo, para utilizá-lo como meio de garantir o acesso à moradia digna e à concretização da dignidade humana, reconhecendo a importância de sua aplicação prática, ao seu estudo é dedicado o próximo capítulo.

²³² SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 270- 330.

3 O NOVO DIREITO DE SUPERFÍCIE COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE MORADIA DIGNA E DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA

No contexto de não-efetividade do direito à moradia digna em desrespeito aos direitos humanos fundamentais, garantidos constitucionalmente, o cumprimento da função social da propriedade territorial urbana torna-se de fundamental importância, para que grande parte da população tenha acesso a um espaço territorial. Nesse aspecto, o direito de superfície passa a ser um dos instrumentos disponíveis, para que ao mesmo tempo sejam cumpridos os princípios da função social da propriedade e do direito à moradia. Dessa forma, esse aponta para a possibilidade de que sejam utilizadas as vantagens e peculiaridades deste instituto, para atender aos novos direitos, como o direito à moradia, perante a perspectiva de uso do solo urbano de forma racional. Para tanto, descrevem-se as características próprias do direito de superfície que lhe conferem especial importância ante esta nova perspectiva da propriedade.

As peculiaridades do passado histórico do direito de superfície são tratadas neste estudo meramente como referências às denominações e particularidades do instituto, sem que estas sejam aprofundadas, visto que o objeto deste estudo não é o instituto em si, mas a sua utilidade, descrevendo-se o mesmo com especial referência à sua concepção moderna. Com base nessas características se comprova a sua importância e adequação às necessidades de se fazerem cumprir as funções sociais da propriedade territorial urbana, especialmente aquela que diz respeito à produção de moradias, uma vez que, por meio da utilização do direito de superfície, pode-se produzir novas moradias ou proporcionar melhorias em moradias já construídas para muitos dos que não a possuem, tanto em solo de domínio público quanto em solo de domínio privado, regularizando-se pelo menos uma parte da moradia informal ou da

falta dela e, com isso, a concretização do princípio constitucional da promoção e proteção da dignidade humana.

Para tanto, o estudo se apresenta dividido em cinco partes: as transformações do direito de superfície do período clássico ao moderno; os fundamentos para a regulamentação do direito de superfície no ordenamento brasileiro; uma nova perspectiva para o direito de superfície; as proteções do superficiário pela concessão do direito de superfície; e, o direito de superfície com instrumento na produção de moradia e de inclusão social.

3.1 Transformações do direito de superfície do período clássico ao moderno

O direito de superfície, desde a época de sua criação no direito romano antigo, foi considerado um direito *sui generis*, e nem mesmo seus criadores foram capazes de tecer conceitos e definições estanques a respeito desse direito, visto que em razão das muitas transformações pelas quais passou no próprio direito romano e nos vários ordenamentos jurídicos ocidentais, não se chegou a uma definição do instituto que fosse completamente adequada a todas as suas fases.

No entendimento de Ruggiero, o direito de superfície era uma figura anormal que da origem no direito romano passou para a modernidade com as transformações que a ele se implementaram na idade média, e sobre a qual até hoje se discute a natureza jurídica, a estrutura, a utilidade econômica e prática.²³³ Este estudo, entretanto, não se insere nessa discussão, mas visa comprovar a utilidade social do direito de superfície. Para tanto, algumas considerações e referências às origens do destacado direito se fazem necessárias para uma maior compreensão do tema.

Estas considerações se iniciam pela etimologia da palavra “superfície”, a qual deriva dos termos *super* e *facere*, e, em uma tradução literal, segundo Lima, significa tudo aquilo que está realizado ou que se realiza natural ou artificialmente sobre um plano horizontal.²³⁴

²³³ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família e direitos reais*, v. 2. Tradução: Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 561.

²³⁴ LIMA, Frederico Henrique Viegas de Lima. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17

Tratando-se de superfície do solo, é, portanto, tudo aquilo que está imediatamente acima ou imediatamente abaixo deste. Este aspecto é um dos poucos que se manteve preservado durante as transformações do direito de superfície desde o direito romano clássico até os dias de hoje.

O direito de superfície, no direito romano, foi sendo construído e evoluiu conforme as transformações sociais vividas pelos romanos, nas quais se pode observá-lo em três momentos distintos: como um direito obrigacional apenas; como um direito obrigacional, mas com ação real; e, como um direito real.

O direito de superfície apareceu inicialmente no direito romano por volta de 193 d.C., para regular as relações obrigacionais entre o poder público e os particulares, quando aquele concedia o solo público, para que estes edificassem e utilizassem a edificação de forma exclusiva, mediante o pagamento de um *solarium*, em situação semelhante ao que ocorre em uma locação. Nesse primeiro momento o domínio exercido sobre o solo era amplo e absoluto e não se podia admitir um domínio sobre a construção separadamente do domínio sobre o solo, em virtude do princípio vigente da *superficies solo cedit*, pois solo e construções eram inseparáveis. Inicia-se assim o período clássico do direito de superfície, segundo o qual as construções e as plantações eram sempre de propriedade do dono do solo.

Com o passar do tempo, sem que se possa precisar o momento exato, tal negócio jurídico passou da esfera pública para a esfera privada e a ser realizado também entre particulares, assemelhando-se, neste caso, ao arrendamento;²³⁵ era essencialmente um direito obrigacional, visto que não se caracterizava ainda como um direito real.

Em segundo momento, o princípio da *superficies solo cedit* começou a ser afastado em determinados casos concretos, conferindo-se neles, o direito a uma ação real. A atividade do pretor, ao complementar e corrigir o direito civil romano, passou a conferir àquele que recebia a concessão para o uso do solo, dependendo do caso concreto, uma ação real contra o proprietário deste nos casos de conflitos no uso das edificações feitas sobre o solo. Foi mérito, portanto, dos pretores ter sido atribuído, ao direito de superfície um caráter real, usando eles dessa prerrogativa na tentativa de corrigir o rigor e o formalismo da lei que tratava do assunto.²³⁶

²³⁵LIRA, Ricardo Pereira, *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25, Conforme também LIMA, Frederico Henrique Viegas de Lima, *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*, 2005, p. 20-23.

²³⁶BULFONI, Aw. G. B.. *Il diritto di superficie*. Milano: Editrice, 1908., p. 43

Em terceiro momento, ocorrido no *Corpus iuris civilis* de Justiniano, não se permitia outra interpretação do direito de superfície, senão aquela que considerava este como um direito real sobre coisa alheia,²³⁷ no qual suspendia-se o princípio da *superficies solo cedit*, separando-se a propriedade da construção e a propriedade do solo, permitindo-se que a uma pessoa pertencesse o solo, à outra, a construção.

No período do direito intermédio, compreendido como aquele entre a baixa idade média e o período do direito moderno, e principalmente a partir da era das codificações, o direito de superfície apresentou considerável desenvolvimento, quando se passou a considerá-lo, também, como aplicável às plantações e não às edificações somente, já se admitindo a propriedade das construções e plantações separadamente da propriedade sobre o solo.

Pela evolução histórica do direito de superfície feita, pode-se perceber que, desde o seu surgimento no direito romano antigo, ele possuía um conteúdo social, pois permitia que o solo fosse utilizado por uma outra pessoa, quando o seu proprietário (no princípio o proprietário público e mais tarde também os proprietários privados), não fizesse uso dele, com o que se possibilitava que aquele que não fosse proprietário de solo urbano ou de solo rural pudesse edificar sua moradia, ou plantar nele para sobreviver.

Os princípios da revolução francesa, entretanto, baniram o direito de superfície de vários ordenamentos europeus, restaurando a unidade da propriedade e sua concepção individualista, afastando-se por esta nova concepção do direito de propriedade sobre o solo qualquer possibilidade de divisão ou partilhamento do domínio. O direito de superfície não foi contemplado no Código Civil de Napoleão em razão do terror que causava a divisão da propriedade em domínio direito e domínio útil, a exemplo do que ocorrera no feudalismo,²³⁸ iniciando assim um período no qual o direito de superfície caiu em desuso, encerrando-se sua fase clássica.

Se em sua origem o direito de superfície possuía a característica de ser um direito de conteúdo social, pois era concedido pelo poder público aos particulares, para que edificassem construções e habitassem nelas, promovendo-se, assim, uma forma de uso dos bens públicos não utilizados, esse direito foi evoluindo com o decorrer do tempo com a possibilidade de sua negociação entre particulares e com o seu reconhecimento como direito real. A perspectiva social, no entanto, foi completamente afastada pelos efeitos dos princípios da revolução

²³⁷ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 25

²³⁸ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.25-26.

francesa na propriedade territorial. Tendo em vista que o individualismo inaugurado neste período não mais condizia com o fracionamento do domínio sobre o solo, ceder a superfície passou a ser incompreensível em um momento marcado pelo poder exclusivo e absoluto sobre o solo. Com isso, banuiu-se o direito de superfície dos ordenamentos e dos costumes sociais.

Depois de quase um século afastado dos ordenamentos jurídicos ocidentais, o direito de superfície retornou às discussões parlamentares em razão da nova perspectiva que passou a ser atribuída à propriedade territorial, pela qual se começou a discutir a necessidade do cumprimento de uma função social desta.

No período moderno do direito de superfície, considerado este a partir da era das codificações, o Código Civil Alemão (B.G.B.) resgatou e reinventou o direito de superfície ao disciplinar algumas regras sobre ele em 1896. O direito alemão recebeu a influência do direito romano, entretanto, deu importância, no caso do direito de superfície, à historicidade do seu próprio direito²³⁹ e inaugurou uma nova era do direito de superfície como direito real. As normas a respeito do direito de superfície, incluídas na codificação alemã, influenciaram a codificação de outros ordenamentos europeus, e o direito de superfície pouco a pouco foi incluído em outras codificações, como a codificação suíça em 1907, a codificação italiana em 1942, a codificação portuguesa em 1948, especialmente após a segunda guerra mundial, pois, naquele momento, as cidades européias precisavam ser reerguidas, e a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus e ocidentais recepcionaram o direito de superfície como um dos instrumentos úteis na reconstrução das cidades.

3.1.1. O surgimento do direito de superfície no direito brasileiro

O direito de superfície foi introduzido no direito brasileiro em razão do transporte das Ordenações do Reino durante o período do Brasil-colônia e passou a ser direito vigente no Brasil por meio das Ordenações Filipinas. Foi, entretanto, afastado do direito brasileiro pela Lei nº 1237 de 24 de setembro de 1864, e não mais recepcionado, quando elaborado o Código

²³⁹ Nesse aspecto o direito germânico ofereceu grande influência na disseminação do referido direito, pois os povos bárbaros, por serem nômades, não se prendiam à terra, abandonando-a logo depois de colhidas as plantações. TEIXEIRA, *O direito real de superfície*, 1993, p.25-26.

Civil de 1916,²⁴⁰ em razão do modelo absolutista de propriedade de cunho eminentemente individual que imperava nesse período.

Uma tentativa de inclusão de um instituto semelhante ao direito de superfície aconteceu em 1967, com o Decreto nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, por meio da concessão real de uso. Como envolvia apenas o direito de uso dos bens públicos, sem que se conferisse a esses direitos um *ius in re aliena*, sua utilização prática não teve a utilidade esperada, visto que o solo público continuaria sendo público, e o poder público adquiria por acessão a construção porventura edificada pelos particulares.

Pela sua importância para os novos contornos do direito de propriedade e de sua função, a discussão a respeito do retorno do direito de superfície ao direito brasileiro nunca ficou no esquecimento, já que fez parte do projeto do Código Civil apresentado por Orlando Gomes em 1963.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já se desenhando a partir daí um novo conceito de propriedade, não mais absoluta e individualista, retornou o direito de superfície ao cenário de discussão parlamentar, naquele momento com uma perspectiva pós-moderna: como instrumento de importante utilidade na produção habitacional,²⁴¹ objetivando proporcionar moradias dignas e garantir a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Durante o período no qual se desenvolveu o debate a respeito do possível retorno do direito de superfície ao ordenamento jurídico brasileiro, vários movimentos setoriais lutaram

²⁴⁰ BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície à luz do estatuto da cidade*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2006. p.60

²⁴¹ Foi elaborado o anteprojeto de reforma do código civil no ano de 1963, pelo jurista Orlando Gomes que propunha a restauração do direito de superfície, como direito real, na parte do código que tratava do direito das coisas, com o objetivo de contribuir na solução do problema habitacional. Na revisão do referido Anteprojeto em 1964, bem como no Projeto de Lei 3.265/65, cuja exposição de motivos foi elaborada por Milton Soares Campos, o direito de superfície foi excluído da relação dos direitos reais. BARBOSA, *Direito de superfície à luz do estatuto da cidade*, 2006., p.67-69. Em 1972 a restauração do direito de superfície foi novamente proposta em Anteprojeto de autoria de Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. O Anteprojeto, revisto em 1973, possuía oito artigos alusivos ao direito de superfície e foi convertido no Projeto de Lei nº 634 em 1975 e mais tarde no Projeto de Lei 118, de 1984, cujo texto foi proposto e consolidado pelo Deputado Ricardo Fiúza, relator geral da Câmara dos Deputados Federais, aprovado pela câmara após o estudo e debate de 1063 emendas. REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>. Acesso em 15.abril.2006. Entretanto, não houveram alterações relativamente ao direito de superfície. BARBOSA, *Direito de superfície à luz do estatuto da cidade*, 2006., P. 70-71. O Senado Federal aprovou o projeto em novembro de 1997, com 332 emendas propostas pela Comissão Especial, com base no Parecer nº842 de autoria do Senador Josaphat Marinho, relator geral do Senado. REALE, *Visão geral do projeto de Código Civil*, 2006., p.2. Das 332 emendas propostas não houveram alterações substanciais à redação original relativa ao direito de superfície, acrescentando-se ao texto original apenas dois parágrafos e um artigo. Segundo Reale a grande demora na manifestação do Senado Federal (de 1984 à 1997) foi atribuída às alterações políticas oriundas da passagem do regime militar para o democrático, seguida da Assembléia Nacional Constituinte, em razão da qual era necessário que primeiramente se elaborasse a Constituição, para que o projeto do código civil voltasse à discussão. REALE, *Visão geral do projeto de Código Civil*, 2006., p.2

para que fossem incluídos no texto constitucional instrumentos que instaurassem a função social da cidade e da propriedade, em razão da tentativa de atualização da plataforma para um país urbanizado que tentava ser construída desde a década de 60 e que teve como marco as propostas elaboradas pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, resultando no Projeto de Lei nº 775/83.

A injustiça presente na realidade das cidades brasileiras, apresentada pelo Fórum Nacional de Reforma Urbana, inspirou a emenda popular da reforma urbana na Assembléia Nacional Constituinte, debatendo sobre a direção da política urbana brasileira e propondo instrumentos urbanísticos e jurídicos que possibilitassem ao poder público municipal um poder local, para corrigir e ordenar o processo de urbanização e garantir o cumprimento da função social da propriedade.²⁴² Esse movimento foi de grande importância, pois em resposta aos anseios sociais representados pelas lutas travadas pelos movimentos sociais para o reconhecimento de novos direitos, como por exemplo o direito à moradia, incluiu-se na Constituição Federal de 1988 um capítulo específico para a política urbana, ficando a cargo de uma legislação complementar a regulamentação dos instrumentos necessários ao cumprimento dos princípios constitucionais.²⁴³

Para a regulamentação dos artigos 182 e 183 da constituição Federal que tratam da política urbana, foi elaborado o Projeto de Lei 5.788/90, com origem no Projeto de Lei 181/1989, que ficou conhecido como o “Estatuto da cidade”, pois a discussão sobre o projeto acontecia em meio a um processo de renovações da política e do planejamento urbanos, tendo sido sancionada pelo Presidente da República em 10 de julho de 2001, a Lei nº 10.257, publicada no Diário Oficial da União em 11 de julho de 2001, com o objetivo de engajar a sociedade na superação de uma ordem urbanística excludente e patrimonialista,²⁴⁴ trazendo, como um dos instrumentos na busca desses objetivos, o direito de superfície, já em discussão na elaboração do novo Código Civil.

Finalmente, em janeiro de 2002, foi sancionado pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso o texto que resultou na Lei 10.406, de 10.01.2002, o novo Código Civil brasileiro, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, passando a vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003. O Código Civil brasileiro de 2002, com fundamento nos

²⁴² ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: porto Alegre e o urbanismo social. IN: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 283.

²⁴³ Conforme BRASIL, *Guia do estatuto da cidade*”, disponível em www.cidades.gov.br. Acesso em : (19.abril.2006).p.21

²⁴⁴ Conforme “*Guia do estatuto da cidade*”, disponível em www.cidades.gov.br. Acesso em: (19/abril/2006).

princípios constitucionais já vigentes desde 1988, complementou a ruptura ao sistema liberal-individualista-patrimonial que havia sido consagrado na codificação anterior e passou a valorizar, no lugar do patrimônio, a pessoa²⁴⁵ e a sociedade²⁴⁶.

Além do que já havia sido disposto pelo Estatuto da Cidade a respeito do direito de superfície, dentre as muitas normas recepcionadas pelo Código Civil Brasileiro de 2002, chama a atenção a regra disposta no livro III, que trata do Direito das Coisas, no título IV, art. 1369, que se refere ao direito de superfície, como direito real sobre coisa alheia, complementando as disposições a respeito desse direito reguladas pelo Estatuto da Cidade.

O direito de superfície encontra, portanto, seu fundamento jurídico na Constituição Federal, conforme o art.182²⁴⁷ e o art.183²⁴⁸; na Lei 10.257/2001 (denominada de Estatuto da Cidade), lei de cunho eminentemente social, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e que dispõe a respeito do ordenamento das cidades, no artigo 21²⁴⁹; e, no

²⁴⁵ A valorização da pessoa no novo Código Civil brasileiro de 2002 no que toca ao direito de personalidade, foi regrada no artigos 11 a 21. BRASIL, *Código civil de 2002*, 2003.

²⁴⁶ O novo Código Civil brasileiro de 2002 trata também da valorização da sociedade, conforme pode ser comprovado na norma que trata da função social da propriedade, conforme o art. 1.228: “[...]§ 1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, E, ainda, pela norma que trata da função social dos contratos, conforme o art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. BRASIL, *Código Civil de 2002*, 2003, que por não ser objeto deste estudo não será enfrentado de forma minudente.

²⁴⁷ Conforme o art. 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.-§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana; § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor; § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro; § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 2003.

²⁴⁸ Conforme o art. 183: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.- § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.; § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião” BRASIL. *Constituição Federal de 1988*, 2003..

²⁴⁹ Em conformidade com o art. 21: “O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos arts. 182 e 183 da constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. In: *Código civil, constituição federal, legislação complementar, súmulas e índices*. 8.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Código Civil brasileiro de 2002, nos artigos 1369 a 1377,²⁵⁰ de forma que o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002 regulamentam as peculiaridades do referido instituto, tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado, representando esse direito mais um meio de se fazer cumprir o princípio constitucional da função social da propriedade e ao mesmo tempo um instrumento de produção de moradias e com isso, de promoção da dignidade da pessoa humana, no que diz respeito ao direito à moradia adequada.

3.2 Fundamentos de regulamentação do direito de superfície no ordenamento brasileiro

A necessidade de que uma nova ordem urbanística regesse as cidades brasileiras, desde há muito tempo reconhecidas como um fato coletivo, no qual a cidade em toda a sua configuração não pode ser uma realização privada, pois as condições de vida nela interessam todos os membros da coletividade, fez com que se reconhecesse que a cidade é composta por uma multiplicidade de interesses que precisam ser harmonizados.

Reconhecer que o fato coletivo, que é a existência da vida nas cidades, seja decidido pelas pessoas que possuem a propriedade territorial sobre o solo urbano de acordo com seu interesse próprio é, conforme o que refere Lira, atribuir a estes uma decisão sobre o fato coletivo, de acordo com o que lhes convenha.²⁵¹ Para que esta nova ordem se estabeleça e os direitos dos cidadãos sejam respeitados, bem como sejam assegurados os novos direitos

²⁵⁰ Conforme o art.1369: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. -Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente. Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.- Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência. -Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.-Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.- Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.- Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.- Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”. BRASIL, *Código Civil de 2002*, 2003.

²⁵¹ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p.160.

conquistados pelas lutas da sociedade, é preciso que se criem instrumentos capazes de operar as transformações necessárias à concretização desses direitos.

O direito de superfície se insere nesses instrumentos por possuir especificidades técnicas e práticas que lhe atribuem a possibilidade de promover este processo de transformações. E, em razão dessa perspectiva é reeditado no direito oficial brasileiro.

O direito de superfície, a princípio vigente, depois banido do cenário jurídico mundial e do direito brasileiro em 1864, foi aos poucos retornando às discussões legislativas dos diversos países europeus e, pouco a pouco, reintegrado aos respectivos ordenamentos. No caso do direito brasileiro, entretanto, apesar de fortes justificativas para reintegrá-lo desde a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, de onde foi excluído da relação taxativa dos direitos reais, que se seguiu até a elaboração do anteprojeto do novo Código Civil elaborado por Orlando Gomes em 1963, não logrou êxito no acolhimento legislativo, em razão da concepção clássica e individualista do direito de propriedade.

O projeto do novo Código Civil elaborado em 1975, novamente inseriu o direito de superfície em sua proposta legislativa que iniciou nova tramitação, durante a qual foi promulgada a Constituição Federal de 1988, dispondo nos artigos 182 e 183 sobre as políticas públicas a respeito da ordem urbanística das cidades, e em regulamento desta, o Estatuto da cidade.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, regulamentou o preceito constitucional que previa uma ordem urbana que valorizasse a pessoa humana como sujeito principal do direito à cidade, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Ao fazê-lo, o Estatuto da cidade trouxe de volta o direito de superfície há muito afastado, e agora resgatado sob uma nova perspectiva: a de ser um instrumento da política urbana e do ordenamento das cidades na produção de moradias, do reconhecimento e da proteção da dignidade humana, e, finalmente e não sem tempo, no Código Civil de 2002, consagrando o reconhecimento efetivo como direito real e com conteúdo aplicável tanto às relações dos particulares com o poder público, quanto àquelas entre particulares.

Toda essa evolução legislativa, fomentada pelo receio da sociedade de perder a oportunidade de regulamentar o direito de superfície, dada à insegurança da tramitação do Código civil cujo projeto inicial sofrera inúmeras alterações, resultou na especial situação de ter o direito de superfície uma duplicidade de regime jurídico: um exclusivamente urbano,

regulamentado pelo estatuto da cidade; e outro que o complementa e o reconhece como direito real e o estende para a zona rural, regulamentado pelo código civil brasileiro.

Com essa duplicidade de regulamentação, o Estatuto da Cidade fazendo do direito de superfície mais um instrumento da política urbana para produzir e proporcionar moradia digna, e com isso o reconhecimento da dignidade humana, e o código civil, regulamentando este direito de forma mais geral, complementando a lei anterior, fez-se nascer a certeza da condição de possibilidade e importância desse direito²⁵², na tentativa de acompanhar as evoluções e necessidades da sociedade moderna. Convém que se analise, portanto, as questões próprias de cada um desses regimes jurídicos e de sua importância na regulamentação do direito de superfície como instrumento de produção de moradias e, portanto, do reconhecimento do direito à dignidade humana nessas questões.

3.2.1 Aspectos do direito de superfície no estatuto da cidade

O Estatuto da Cidade foi um marco das várias inovações na gestão das cidades, na promoção de sua função social, na construção de uma sociedade mais justa e solidária, disponibilizando instrumentos capazes de diminuir as desigualdades e implementar políticas de inclusão social. Entre estas propostas recepcionou o direito de superfície, caracterizado como instrumento de planificação urbana. Assim, o direito de superfície regulado por este não se aplica à área rural.²⁵³ Diz respeito apenas à área territorial urbana e possui conteúdo fundamentalmente social, pois possibilita a produção, a melhoria e a ampliação de moradias para as pessoas que não têm, por outros meios, acessos a ela.

O Estatuto da cidade apresenta uma série de instrumentos, para que o poder público se utilize dos elementos que o compõe para promover a habitação, e reclama aplicação imediata, pois todos os seus pressupostos são dados pela lei,²⁵⁴ e estão relacionados diretamente com os princípios constitucionais de tutela da pessoa, pelos quais o referido Estatuto, ao ordenar a política urbana das cidades, deve priorizar a concretização do reconhecimento e proteção da

²⁵² GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p. 80

²⁵³ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.*, 2004, p. 302

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 307.

dignidade humana por meio da possibilidade de acesso à moradia adequada no sentido físico, psicológico e sócio-econômico.

Dentre os pressupostos que conferem a possibilidade de aplicação imediata do direito de superfície, e por consequência o aspecto inovador desse direito, está o fato de que este não limita a concessão do direito de superfície apenas ao terreno, o que significa que pode ser concedido sobre um terreno para que nele se edifique, mas também a uma construção previamente existente; e de que a concessão poderá ser por tempo determinado ou indeterminado, regulando a forma pública para os respectivos contratos, bem como a sua constituição como direito real mediante o registro imobiliário,²⁵⁵ permitindo que o direito à moradia em uma construção já edificada ou a edificar seja garantido por um prazo longo, que a pessoa e a família seja ali assentada de forma perene, segura e formal.

Convém salientar que, apesar de o estatuto da cidade ter possibilitado a concessão do direito de superfície por prazo determinado ou indeterminado, não significa que seja possível a fixação de uma perpetuidade a ele, mas sim, de que o prazo determinado tem um termo exato, limitado, ao passo que o prazo indeterminado não o tem no momento da formação do contrato, mas é determinável de acordo com o interesse das partes.²⁵⁶ Assim, é possível que o poder público formalize determinado contrato, concedendo a superfície sobre solo urbano, do qual tem o domínio, para que um particular dele se utilize por prazo indeterminado, para que este nele edifique sua moradia, enquanto seja de seu interesse e enquanto utilizá-lo para este fim, possibilitando que o poder público desenvolva projetos para concessão de moradias a preços acessíveis aos poucos recursos financeiros da grande massa de população pobre que não tem acesso a uma moradia adequada às necessidades básicas de salubridade, infra-estrutura, segurança e dignidade.

Isso significa que o município pode conceder o direito de superfície sobre bens públicos que já possuam uma edificação, ou sem edificação, para que o superficiário edifique sobre a superfície a sua moradia, permitindo que o solo, construído ou não, passe a ter uma função social, pois não se pode conceber a idéia de que se o solo ocupado pela propriedade privada deve cumprir com uma função social; com muito mais rigor deve o solo público cumprir com esta função, impedindo-se que continuem existindo grandes extensões de solo urbano de domínio público, caracterizando enormes vazios urbanos, ou prédios inteiros de

²⁵⁵ Conforme o art. 21: “ O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.” BRASIL, *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*, 2003, p. 1034.

²⁵⁶ GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p. 77

vários andares, sem nenhuma utilização. Tal fato materializa verdadeira afronta aos pressupostos do Estado Democrático de direito e aos princípios constitucionais do cumprimento da função social da propriedade territorial e do direito à moradia digna.

Outro aspecto importante diz respeito à regulamentação que possibilita ao concedente (proprietário do terreno) e ao superficiário (quem adquire a superfície) a liberdade de contratar a utilização ou não do subsolo e do espaço aéreo relativamente ao solo, o que evita desde logo a discussão a respeito, por exemplo, de poder o superficiário edificar uma casa ou um prédio de apartamentos e construir no subsolo, garagens depósitos ou outros cômodos.²⁵⁷ Dessa forma a superfície é concedida, para que o superficiário possa fazer uso dela de acordo com o máximo proveito que esta possa lhe oferecer, proporcionando-lhe a comodidade necessária para a construção de uma moradia condizente com as condições necessárias para abrigar este e sua família de forma digna, com espaço, luminosidade e privacidade adequados.

Com relação à área, possibilita que a concessão seja sobre todo o terreno ou sobre uma parte deste, bem como deixa a critério da liberalidade de contratar a responsabilidade pelos encargos e tributos sobre a área ocupada ou sobre a área total do terreno, o que parece um critério justo, visto que a superfície é apenas de uma parte do terreno.²⁵⁸ Segundo Gómez, dessa forma, fica dividida a carga tributária, sendo de responsabilidade do proprietário do solo o tributo sobre ele, e de responsabilidade do superficiário a carga tributária sobre a construção.²⁵⁹ Assim, a responsabilidade tributária do superficiário seria apenas aquela decorrente da edificação, que, em razão do caráter social pelo qual é feita a concessão da superfície, (como política de atendimento para promover habitação para pessoas de baixa renda), a legislação municipal pode reduzir ou até isentar o pagamento deste tributo.

Apesar de todas as inovações apresentadas pelo novo direito de superfície como instrumento de política urbana constante no estatuto da cidade, visando o pleno desenvolvimento de projetos habitacionais para a produção e melhoria de moradias para a população de baixa renda, objetivando o cumprimento do princípio constitucional da proteção à dignidade humana, algumas omissões e lacunas foram verificadas no Estatuto da cidade com

²⁵⁷ Conforme o art. 21, §1º : “ o direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida à legislação urbanística” BRASIL, *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*, 2003, p. 1034.

²⁵⁸ Conforme art. 21, § 3º : “O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo”. BRASIL, *Lei 10.257 de 10 de julho de 2001*, 2003, p. 1034.

²⁵⁹ GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p. 82

relação ao direito de superfície,²⁶⁰ entretanto, é importante salientar que o Estatuto da cidade aponta caminhos e recursos para que as cidades, na gestão do seu território, utilizem-se deles para a implementação de políticas de inclusão social, especialmente nas questões habitacionais.

A importância social do Estatuto da Cidade não pode sucumbir ante algumas omissões de ordem técnica que foram, ou serão verificadas na implementação dos instrumentos apresentados por este, pois a sociedade brasileira não carece de normas técnicas, e, sim, de ações concretas capazes de operar transformações no grave problema habitacional brasileiro. As questões técnicas se resolverão com o tempo, o qual atribui ao direito a característica da temperança²⁶¹, e com o uso do novo direito de superfície como instrumento adequado a operar essas transformações. Além do Estatuto da cidade algumas questões também foram regulamentadas no Código Civil Brasileiro de 2002, que, ao recepcionar dentre os direitos reais o direito de superfície, ampliou sua aplicação nas relações entre particulares e estendeu-a para as áreas rurais, comprovando que o novo direito de superfície se insere no contexto de condições de possibilidade, oriundas da implementação do Estado Democrático de direito, com moradia adequada para todos, inclusive para aqueles que estão assentados nas áreas rurais.

3.2.2 Aspectos do direito de superfície constantes no Código Civil

A Constituição Federal de 1988 influenciou fortemente as idéias contidas no projeto do Código Civil em tramitação desde 1975, bem como de várias outras leis, cujo conteúdo não poderia esperar uma reforma no Código civil de 1916, então vigente, para atender aos anseios da sociedade atual. E entre estas, estão aquelas que dizem respeito ao reingresso do direito de superfície, como direito real, que é condição essencial para sua utilidade como instrumento a ser utilizado para proporcionar moradia digna e adequada para uma grande parcela da

²⁶⁰ Estas outras omissões, conforme refere Gómez, dizem respeito ao descumprimento das obrigações que o Estatuto da cidade impõe, como pagamento dos encargos tributários, notificação do proprietário do solo para exercer o direito de preferência em caso de transferência, visto que este refere-se apenas ao descumprimento das obrigações contratuais como causa para extinção do direito de superfície. *Ibidem*, p. 83.

²⁶¹ Conforme Ost, o tempo é de fundamental importância para o direito, pois atribui a esse a característica da “temperança”, que é a sabedoria advinda do decorrer do tempo em sentido objetivo, dosando a continuidade e a mudança e garantindo o equilíbrio nas relações da sociedade. OST, *O tempo do direito*, 2005. p 17.

população brasileira, afastada de todas as formas de acesso ao solo de maneira formal, como forma de concretizar os direitos sociais prometidos.

Mesmo mantendo, ainda, um aspecto patrimonialista e não tendo integrado os novos valores constitucionais como poderia, vários aspectos positivos foram observados na elaboração da redação final do Código Civil brasileiro de 2002, entre estes o de que o objeto do direito de superfície não ficou limitado ao espaço territorial urbano, mas estendeu-se, também, ao rural, pois o código civil possibilitou a concessão com a finalidade de construir ou de plantar²⁶², diferentemente do Estatuto da Cidade, que referiu-se apenas à concessão sobre o terreno.

Esta regulamentação tem especial importância, quando se verifica que, além da existência de uma grande parcela da população aglomerada nas áreas urbanas das grandes cidades, sem condições de adquirir o solo para edificar uma moradia, outra parte da população continua deixando o campo e rumando para as cidades, por não possuir mais condições de subsistência no campo, pela falta de terra para plantar.

O novo-velho direito de superfície se insere neste horizonte de possibilidades de implementação do Estado Democrático de direito também na área rural, pelo que foi possibilitado pelo Código Civil brasileiro, para que também se possa concedê-lo com a finalidade de plantação, e com isso garantir a sobrevivência e a dignidade humana na área rural, mantendo-se nela aqueles que dedicaram a ela grande parte de suas vidas, para os quais o sentimento que têm pela terra e o trabalho que exercem nela é condição de garantia de sua própria existência²⁶³.

As novas luzes trazidas pelo Código Civil brasileiro de 2002 fundamentam-se nos princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade como marcos para as ações da sociedade, direcionando as ações públicas e privadas para a construção de uma sociedade mais solidária e mais humana.

Nesse sentido o novo direito de superfície atende o princípio da socialidade, pois, neste momento, somente se pode concebê-lo em sua dimensão social, objetivando promover o cumprimento da função social da propriedade e proporcionando o direito à moradia de forma segura, formal e adequada, proporcionando condição de redução de desigualdades sociais no

²⁶² Conforme o art. 1.369: “ O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”. BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 291

²⁶³ VIAL, *Propriedade da terra: análise sóciojurídica*, 2003. p. 244

acesso a ela; igualmente atende ao princípio da eticidade, pois ao proporcionar moradia digna concentra na pessoa humana o núcleo para onde devem convergir todas as ações públicas ou privadas, fazendo com que as muitas lutas pelo acesso à moradia e pelo reconhecimento da dignidade humana possam ser atendidas; e, ainda, pela sua fácil operabilidade, pois permite que se tornem possíveis e executáveis os objetivos por ele propostos como instrumento na concretização do Estado Democrático de direito.

Alguns aspectos negativos também foram verificados no Código Civil de 2002, seja relativamente à forma de regulamentação ou às omissões. O primeiro refere-se ao prazo para a concessão previsto, que limita a concessão apenas por um período previamente determinado, limitando a liberdade negocial das partes em pactuar um prazo indeterminado, quando desejem determiná-lo *a posteriori*. O segundo ponto negativo diz respeito à proibição de construção de obras no subsolo, salvo aquelas inerentes à construção.²⁶⁴ Parece óbvio que as obras inerentes à construção são o nivelamento do terreno, as fundações, as obras de canalização e captação de esgoto, entretanto, se o superficiário pretende construir uma garagem ou um depósito para melhor aproveitar o espaço físico do terreno, estaria proibido por esta norma.

Regulou o código o uso do subsolo, proibindo as edificações, mas foi omissivo com relação ao espaço aéreo sobre a superfície do solo, diferentemente do que o fez o Estatuto da Cidade, deixando uma lacuna com relação à possibilidade da utilização do espaço aéreo imediatamente correspondente ao solo. E, ainda, regulamentou a responsabilidade pelos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel por conta do superficiário²⁶⁵, não determinando um critério de proporcionalidade, quando a superfície for concedida apenas de uma fração dele, visto que o direito de superfície refere-se unicamente à construção ou a plantação e não sobre o território em si, como regulou o Estatuto da Cidade. Como o tributo em referência é o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), sendo um proprietário do território e outro do prédio o valor tributável é de fácil verificação e divisão. Na verdade, na codificação civil sobre o direito de superfície, utilizou-se do princípio de que quem desfruta das vantagens, suporta as desvantagens, *ibi commodum, ibi incommodum*.²⁶⁶ Critério injusto com relação ao superficiário, especialmente na situação em que é pessoa de baixa renda e o concedente o poder público.

²⁶⁴ Conforme o art. 1369, parágrafo único: “O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da construção”. BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 291

²⁶⁵ Conforme o art. 1371: “ O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel. BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 291.

²⁶⁶ GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p. 87

Entretanto, mesmo com estas e outras questões pontuais menos importantes, pode-se dizer que o Código Civil de 2002, no que se refere ao direito de superfície, absorveu os princípios constitucionais de proteção à dignidade humana e de promoção e implementação de moradia digna, ao permitir a regulamentação de um direito que divide o domínio e, por conseqüência, afasta a concepção da propriedade clássica absoluta, aliando-se às normas dispostas e aos interesses propostos pelo Estatuto da cidade no que diz respeito ao uso do solo.

A duplicidade de legislações no que se refere ao direito de superfície, regulado pelo estatuto da cidade e pelo Código Civil de 2002, entretanto, causa um certo desconforto aos atores do direito, especialmente por existirem normas regulamentadas pelo estatuto da cidade que são omissas no Código Civil de 2002. Isso posto, em determinados momentos permanece a dúvida: Que regime jurídico se aplica ao direito de superfície?²⁶⁷

Não se pode dizer que o Código Civil, por ter vigência posterior, teria derogado as regras do Estatuto da Cidade que possui vigência anterior, pois a Lei de Introdução²⁶⁸ ao Código Civil dispõe que uma lei posterior somente revoga a anterior, se for incompatível com ela, ou se regular inteiramente a matéria anteriormente tratada, o que não é o caso, uma vez que o código civil regula a matéria de forma mais geral e complementa algumas omissões do Estatuto da Cidade. A lei nova apenas estabelece algumas diretrizes gerais que disciplinam lado a lado a lei já existente. Assim, em razão do grande conteúdo de interesse social e de ordem pública que o Estatuto da cidade possui,²⁶⁹ não se pode dizer que o Código Civil de 2002 o tenha revogado, ou modificado,²⁷⁰ mas, complementado e ampliado a regulamentação existente.

Ocorre que, desde 1804, se deu uma importância muito grande ao direito codificado, deixando-se em segunda ordem as legislações especiais e até mesmo a própria Constituição Federal. Basta ver que, mesmo tendo sido promulgada em 1988, alguns de seus princípios, como, por exemplo o da função social da propriedade, somente começaram a ser efetivamente aceitos pela comunidade jurídica com a vigência do Código Civil de 2002. Foi necessária a

²⁶⁷ Ibidem, p. 92

²⁶⁸ Conforme o art. 2º § 1º: “A lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” BRASIL. *Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de introdução ao Código Civil*. 8 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

²⁶⁹ GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p 94

²⁷⁰ Conforme o art. 2º § 2º: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” BRASIL. *Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de introdução ao Código civil*, 2003, p. 107.

codificação do direito de superfície pelo Código Civil de 2002, como direito real, para que se passasse a aceitá-lo com essa característica.

Na verdade, o Código Civil é que dá continuidade a uma tradição existente há mais de dois séculos, regulamentando figuras, técnicas, conceitos que fazem parte da vida dos juristas²⁷¹ e da sociedade em geral que, como de dogmas, dependem de codificação. Segundo estes, somente aquilo que está no Código Civil é lei, está regulamentado e pode, então, ser utilizado legalmente.

Como o Estatuto da Cidade é lei especial, elaborada para disciplinar a ordenação urbanística em complementação aos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 que tratam da política urbana, possui conteúdo eminentemente público, pelo que se entende que se aplica apenas nas relações entre o poder público e os particulares. Por outro lado, o Código Civil regulamenta as relações de direito privado, mas, ao mesmo tempo, as relações dos particulares com os entes públicos. Com relação à disciplina a respeito do direito de superfície, este ordenamento regulamenta a constituição do referido direito entre os particulares, mas complementa aquilo que dispôs o Estatuto da Cidade, na regulamentação das relações entre particulares e o poder público.

Resulta disso que ambas as legislações estão em vigor em complementação uma da outra, admitindo-se uma intercomunicação entre ambas: o Estatuto da Cidade regulamentando as relações entre particulares, e poder público, e o Código Civil regulamentando a superfície comum ou ordinária entre particulares, e também como legislação suplementar à disciplina urbanística do Estatuto da Cidade.

Tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Cidade estão subordinados à Constituição Federal e têm a responsabilidade constitucional de proporcionar moradia digna e, em consequência desta, o respeito ao princípio de proteção à dignidade humana, para a construção de um Estado Democrático de Direito que objetiva proteger a vida com liberdade, igualdade e dignidade. Não pode subsistir vida com dignidade, enquanto não se efetivar o respeito e a valorização da pessoa por meio da proteção e concretização de suas necessidades mais elementares como o alimento, a saúde, a moradia. E, nesse aspecto, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Cidade apresentam instrumentos capazes de produzir e proporcionar dignidade humana pelo acesso ao direito à moradia.

²⁷¹ GÓMEZ, op. cit., p.95.

É necessário que se observe, portanto, o direito de superfície sob uma nova perspectiva: como instrumento de transformação social, pelo qual é possível implementar o acesso à valorização da pessoa, permitindo que a propriedade absoluta e individualista se transforme em propriedade capaz de proporcionar moradia, com possibilidade de acesso ao trabalho, à educação, à salubridade, à inclusão social, à dignidade e assim à democracia.

3.3 Uma nova perspectiva para o direito de superfície

A superfície do solo urbano para a sociedade brasileira tem hoje uma nova perspectiva: insere-se como objeto de necessidade básica, para garantir a vida com dignidade, por meio do acesso à moradia, como direito novo capaz de satisfazer essa necessidade.

Como direito novo, o direito à moradia nasce de um processo de lutas, reivindicações e conquistas coletivas, travadas por identidades e interesses comuns que são reconhecidas pelo Estado,²⁷² a partir da ação dos movimentos sociais, em especial do movimento dos sem-teto, que, em busca da efetivação do direito à moradia e como forma de protesto ante o não-atendimento de suas reivindicações, promoveram manifestações e ocupações, principalmente em prédios públicos. Essas ações desencadearam um processo de reconhecimento por parte do poder estatal da existência deste novo direito, a partir da Constituição Federal de 1988. E do reconhecimento desse novo direito surgiu a necessidade de se regulamentar políticas urbanas capazes de efetiva-lo, o que se promoveu por meio do Estatuto da Cidade, apresentando instrumentos capazes de promover a concretização desse direito, e entre eles, a possibilidade da concessão do direito de superfície.

O retorno do direito de superfície à ordem pública constituída é, portanto, o resultado das lutas e conquistas dos movimentos sociais e setoriais pelo reconhecimento de seu direito à moradia e por instrumentos que proporcionem o acesso à moradia digna, e não um benefício dado aleatoriamente pelo poder legislador. Assim, esse reingresso do direito de superfície no direito brasileiro inaugura sua nova fase: como instituto que torna possível a construção de um

²⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. IN: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.20.

país mais humano e solidário, no qual a valorização da pessoa humana e o direito à moradia digna não podem mais ser adiados, tornando-se, então, um instrumento, para que as propriedades territoriais, especialmente as urbanas, desempenhem sempre uma função social, e dentre estas, a de proporcionar moradia adequada e formal.

Por esta perspectiva, o direito de superfície, na atualidade, pode ser relacionado com o direito de superfície romano apenas pela significação histórica que traz deste²⁷³, pois as transformações pelas quais passou nos diversos ordenamentos e especialmente no Brasil, fizeram com que tivesse hoje uma nova configuração. Esta nova configuração diz respeito ao uso do direito de superfície com atribuições técnicas voltadas para a concretização das finalidades propostas pelo Estado Democrático de Direito, de forma que, ao serem analisados seus aspectos técnicos, percebe-se que este pode, ao mesmo tempo, proporcionar e produzir moradia adequada, segurança jurídica da posse e propriedade formal e, com isso, um amplo espaço de inclusão social.

Nesse horizonte, apresenta-se como instrumento de utilidade na valorização da vida nas cidades, pois, em virtude do crescente aumento da falta de habitação adequada e da conseqüente degradação da pessoa humana, como pode ser observado nos imensos grupamentos humanos existentes nas favelas e cortiços e que submetem homens, mulheres, crianças, idosos e deficientes à exclusão não somente da habitação adequada, mas de todas as demais formas de proteção da vida humana, é urgentemente necessário que se criem e utilizem instrumentos capazes de minorar esse quadro de informalidade e exclusão.

3.3.1 Informalidade e exclusão

O processo de favelização na sociedade brasileira teve origem em vários fenômenos sociais, que atingiram seu auge principalmente a partir da segunda metade do Século XX, em razão do processo migratório, da explosão demográfica, do desemprego, de uma legislação excessivamente rigorosa, no que se refere ao parcelamento do solo urbano, e da omissão do

²⁷³ LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 3, vol.11, julho a setembro/2002. São Cristóvão: Padma, 2002, p.198.

Estado na implementação de políticas públicas adequadas e suficientes para prover a demanda por habitação adequada.

A favela representa, sem dúvida, o retrato estigmatizado da exclusão social marcada pela pobreza, pela violência, pela marginalização, pela degradação da pessoa humana, e principalmente pelo afastamento do Estado. Nesse aspecto, ela nasce, cresce e se reproduz autonomamente, a partir da informalidade da forma de habitação, mas que se reflete na exclusão da saúde, da educação, da segurança, do mercado de trabalho, de infra-estrutura básica, da dignidade.

Santos define a favela como sendo “um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro.”²⁷⁴ Para ele, a favela nasce a partir da informalidade que se cria no momento em que certo grupo passa a fixar sua moradia em determinado espaço territorial, sem titulação de propriedade territorial sobre o mesmo. É o assentamento em gleba não loteada, ou em área de domínio público, em reserva ambiental, em morros sem condições de habitabilidade e que, por esse motivo não tem acesso à formalização prevista pelo sistema imobiliário no direito oficial brasileiro.

A formalização prevista pelo atual sistema oficial brasileiro segue normas excessivamente rígidas e dispendiosas no que se refere ao parcelamento do solo urbano, pois fixa tamanho de lotes, proporção de arruamentos, áreas de lazer, reservas verdes, e que todos os custos com a construção da infra-estrutura sejam suportados pelo loteador privado, fazendo com que o valor do acesso aos lotes formais esteja distante da realidade sócio-econômica de grande parte da população brasileira.

Desta forma, quem não pode pagar pelo preço final do solo formalizado para edificar sua habitação, vai adquiri-lo no mercado informal daquele que não regularizou o parcelamento do solo conforme o sistema oficial, e, sim, de acordo com a necessidade e capacidade econômica da população pobre, por esta razão, na informalidade. Por saberem que estão na informalidade com relação à aquisição do solo que habitam, as pessoas que fazem parte destes grupamentos não precisam seguir as regras do direito oficial brasileiro sobre arruamentos, tamanho de lotes, forma e tamanho de construções, destinação de áreas. Não precisam de qualquer autorização do poder público para edificar, demolir, reconstruir.

²⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura> . Acesso em : (22/dez./2006).

Assim, as pessoas passam a ser atraídas pela possibilidade de construírem, aos poucos, a sua moradia, conforme suas condições financeiras lhes permitam²⁷⁵. Nesta situação, o movimento de pessoas, de construções e de “puxadinhos”, fazem com que a paisagem da favela torne-se uma pintura que se transforma todos os dias, pela rapidez com que as negociações acontecem. Fora do sistema oficial, desenvolve-se dentro deste espaço um outro direito não-oficial que passa a ter vigência paralelamente, ou em conflito, com o direito oficial brasileiro, que é administrado pela associação de moradores, responsável pela prevenção e solução dos conflitos decorrentes da posse do solo e dos direitos sobre as construções.

Desta informalidade na questão habitacional nasce para a comunidade da favela, segundo o estudo desenvolvido por Santos,²⁷⁶ um auto-reconhecimento por parte dos moradores de que, como estão em situação ilegal, pois contrários ao sistema oficial vigente, são eles próprios, ilegais no que se refere ao sistema oficial brasileiro como um todo, refletindo-se, assim, a informalidade com relação à moradia, para todas as outras relações sociais desses moradores, fazendo com que, mesmo que os conflitos não digam respeito às questões de moradia, não sejam levados ao sistema jurídico oficial para solução.

É importante salientar que não estão totalmente errados nesse aspecto, pois o Estado não lhes proporciona infra-estrutura básica, para que tenham uma vida digna, justamente por estarem em desacordo com o sistema oficial. O Estado esteve omissos durante todo o processo de formação das favelas e continua sendo nas situações já consolidadas de posse do solo e de toda a proteção da vida e da dignidade humana nestes espaços.

Do que se pode entender que a exclusão na qual são jogados milhares de moradores de favelas em todas as cidades do país tem um duplo sentido: um, dos próprios moradores, que, por estarem investidos em uma posse territorial que está fora do sistema oficial, é ilegal e esta ilegalidade se reflete em outros campos de ação social destes moradores, fazendo com que não busquem a proteção e a intervenção Estatal na solução de seus conflitos e concretização de seus direitos. Afinal, para eles, para que serve o Estado? Eles não têm habitação, alimento, trabalho, saúde, água potável, energia elétrica, redes de esgoto. O Estado para eles é um ente fictício do qual não dependem e com o qual não se reconhecem; e ainda, um outro, do próprio Estado que não reconheceu, e ainda não reconhece, sua obrigação Constitucional de preservar, valorizar e garantir a dignidade humana nessas comunidades, e em todas as outras

²⁷⁵ DAVIS, Mike. *Planeta favela*. Tradução de Beatriz Medina, São Paulo: Boitempo, 2006, pg.47.

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura> . Acesso em : (22/dez./2006

comunidades, proporcionando-lhes, no mínimo, segurança e infra-estrutura básica, não o fazendo, com fundamento no fato de que o espaço territorial ocupado pelas favelas não possui a aprovação pela legislação em vigor no direito oficial. Com isso, o Estado ausenta-se cada vez mais de seu dever.

A autonomia das relações sociais existentes nas favelas faz com que nasça nelas um direito não-oficial, capaz de criar figuras e negócios inexistentes no sistema formal, mas que são plenamente aceitos e respeitados pelos membros dessas comunidades. Um exemplo disso, com relação às questões habitacionais e suas negociações, é o direito de laje, comum nas favelas brasileiras e pelo qual a própria comunidade encontrou soluções para seus problemas de moradia.

3.3.2 Direito de sobrelevação

Como as práticas sociais sempre se antecipam ou, por vezes, existem independentemente do ordenamento jurídico positivado, em virtude de a discussão sobre o retorno do direito de superfície ao ordenamento brasileiro vir de longa data, nem o estatuto da cidade, nem o Código civil previram algumas situações que são comuns na sociedade brasileira. Uma delas, e de grande importância sócio-econômica, é a sobrelevação no direito de superfície, ou seja, a concessão de uma superfície sobre outra já concedida, ou o direito de laje,²⁷⁷ prática muito comum as favelas brasileiras.

O direito de sobrelevação no direito de superfície é plenamente aceito pela legislação suíça, que o permite e regula, diferentemente do que acontece com o sistema oficial brasileiro, no qual não se prevê esta modalidade do direito de superfície.²⁷⁸ Segundo Lira, a sobrelevação é “a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária.”²⁷⁹

²⁷⁷ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 307

²⁷⁸ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 78

²⁷⁹ LIRA, Ricardo Pereira. *O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície*. Número especial 2004. Anais dos seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003, p. 151.

Em razão do pluralismo jurídico que nasce nas favelas, fundado no afastamento desses agrupamentos humanos do sistema jurídico oficial, nas quais vigora um outro direito, criado pelas normas existentes em cada comunidade específica, de acordo com seus próprios interesses, propondo uma definição de direito e de justiça diferente daquela apresentada pelo direito oficial, criou-se uma prática social plenamente aceita e regrada por essas comunidades, o direito de sobrelevação ou direito de laje.

Para essas comunidades, o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção tem sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito. A laje, para o costume social praticado na favela, tem um importante papel nas atividades sociais e de lazer dos seus moradores. Uma vez que, normalmente, nas construções não existem áreas do solo destinadas ao lazer dos moradores, pois cada espaço do solo é aproveitado, a laje acaba desempenhando o papel de extensão da construção no que se refere às áreas de lazer e torna-se palco das reuniões sociais com as famílias e com os amigos nos finais de semana, do cultivo de plantas e dos mais diversos interesses dos moradores, sendo facultado a estes que vendam o direito sobre a laje, para que outra pessoa nela edifique sua moradia.

Da relação proprietária da construção com a sua superfície no sentido horizontal, nasce na laje, além da extensão desta para uso e comodidade do proprietário, a apropriação do direito de laje, decorrente das relações com a família, pois com o surgimento de um novo grupo familiar, o pai ou a mãe cede o direito de laje, para que o filho, ou filha, edifique nela sua moradia.

Analisando a questão das construções que possuem os moradores das favelas, em relação ao direito oficial, verifica-se que o seu direito sobre elas é um direito informal de superfície, pois o solo na grande maioria das situações pertence ao poder público, ou a outro particular, que muitas vezes nem eles próprios sabem quem é. O que realmente importa é a construção, portanto o direito que têm resume-se à construção. Assim compreendido, o direito de laje seria o direito sobre um outro direito (oficial ou não), sobre a superfície do solo que podem vender, permutar, doar, enfim, praticar com ele todos os atos de disposição.

3.4 Proteções do superficiário pela concessão do direito de superfície

O direito de superfície, embora guardando formalidades iguais às constantes em concepções passadas com relação a alguns aspectos técnicos, representa hoje uma perspectiva diversa: abrindo um horizonte de possibilidades, para que se possa promover a dignidade humana por meio do acesso à habitação, de forma que as peculiaridades técnicas do mesmo servem como garantia de efetivação do direito que os superficiários passam a ter sobre as construções propriamente, ou sobre o direito de edificá-las. Não se pode, portanto, deixar de enfrentá-las neste trabalho, pois essas peculiaridades técnicas justificam a importância do direito de superfície no processo de inclusão ao direito de moradia.

Com relação a esse aspecto, basta ver que o caráter de direito real oponível *erga omnes* e o direito de seqüela, que outrora eram a expressão do domínio absoluto do direito do proprietário e que lhe eram assegurados mesmo que este não fizesse nenhum uso do bem, possui, por esta nova perspectiva, a finalidade de garantir ao superficiário a segurança jurídica da posse (como se terá a oportunidade de demonstrar mais detidamente em momento adequado deste trabalho), garantindo-se que este não será forçosamente afastado de sua moradia, e se o for terá a possibilidade de recuperá-la, situação que lhe proporciona uma posse tranqüila, livre de injustiças ou arbitrariedades.

O direito de superfície, como um direito autônomo e temporário de fazer e manter construção ou plantação sobre solo alheio, envolve dois sujeitos de direitos: o concedente, que cede a superfície; e o superficiário, que adquire a superfície construída ou sem construção, para nela edificar.²⁸⁰ Esses dois sujeitos podem ser públicos ou privados, o que possibilita que os bens públicos também possam ser submetidos à concessão do direito de superfície, principalmente para a instrumentalização de políticas urbanas na construção ou melhoria das edificações existentes. Permite que os proprietários privados também possam dar cumprimento à função social de sua propriedade, conferindo, assim, ao superficiário, a posse e o domínio sobre a superfície, resultando para este o poder de disposição para alienação, oneração, ou sucessão do referido direito.²⁸¹

²⁸⁰ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p.14-16.

²⁸¹ Conforme o art. 1372: “O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. BRASIL, *Código Civil de 2002*, 2003.

Com base na proteção jurídica desse poder de disposição que tem o superficiário, este pode alienar a superfície, quando lhe seja conveniente, assim como também pode onerá-la, oferecendo-a como garantia hipotecária, para conseguir financiar a própria construção, possibilidade que aproxima uma grande parte da população pobre da inclusão habitacional segura, adequada e formal.

Compreende-se a essência do direito de superfície nesse novo cenário social, no qual se verifica que a finalidade para a qual a superfície pode ser cedida é aquela que diz respeito à produção de moradias ou de locais de trabalho adequados às necessidades humanas de segurança da posse, de salubridade, de proteção da dignidade, perspectivas que fizeram com que ele ressurgisse com características que não se confundem com as características de outros institutos do Direito Civil brasileiro, por não proporcionarem a estes a segurança jurídica de seu direito sobre a construção, como o que ocorre com a locação, com a enfiteuse, com o arrendamento, com o condomínio edilício; ou com a concessão de direito de uso, pois nesses negócios jurídicos a posse é exercida de forma limitada.

A locação e o arrendamento possuem um caráter meramente obrigacional. Tanto o arrendatário quanto o locatário jamais tornar-se-ão proprietários da coisa locada ou arrendada, portanto não atribuem aos mesmos a proteção jurídica que o direito de superfície atribui ao superficiário, que se torna proprietário da edificação ou da plantação sobre o solo. Como é de fácil verificação, é impossível que uma pessoa que possua renda mensal equivalente a um salário mínimo consiga prover as despesas com alimentação, saúde, transporte, e todas as demais despesas para a manutenção de sua família e, ainda, pagar pela locação de uma moradia adequada. Nesse aspecto, o arrendamento e a locação pressupõem sempre um pagamento como requisito necessário para a constituição do referido negócio_ enquanto que no direito de superfície este pagamento não é de sua essência_ possibilitando que a concessão da superfície seja feita de forma gratuita, especialmente quando o proprietário do solo for o poder público e o superficiário pessoa de baixa renda, que não tem possibilidades de adquirir moradia adequada.

Com relação ao usufruto, mesmo havendo a divisão do domínio entre o nu-proprietário e o usufrutuário, o usufruto não pode ser alienado, pois é instituído *intuitu personae*, nem admite transmissão sucessória, restringindo-se a vitaliciedade do usufrutuário. O direito de superfície, por outro lado, pode ser transmitido por ato entre vivos ou por sucessão. Isso permite que a concessão do direito de superfície, atribuída a uma pessoa, possa continuar garantindo moradia digna para sua família, mesmo após a morte do titular do direito, pois o

direito que tinha transfere-se aos seus herdeiros. Assim, na falta do superficiário, sua família ficará amparada pelo mesmo direito, respeitando-se a dignidade humana dos familiares que continuarão tendo assegurado o seu direito à moradia.

Com relação à servidão, esta exige a existência de prédios distintos, de forma que um seja o prédio dominante e o outro o prédio serviente, visto ser, este poder sobre o solo, totalmente diverso daquele decorrente da concessão do direito de superfície, pois a moradia formal pressupõe a possibilidade de que seu proprietário seja titular de um domínio capaz de aliená-la, substituí-la por outra que lhe possibilite melhores condições de vida, de prosperidade e de dignidade.

No direito de superfície não existe a obrigatoriedade de que a concessão seja onerosa, podendo, assim, o domínio sobre a construção ser concedido de forma gratuita,²⁸² e a partir da concessão, o superficiário, respeitado o direito de preferência do proprietário do solo, pode alienar livremente a superfície. Esse poder de disposição da construção faz parte da proteção jurídica do direito de superfície, uma vez que não se poderia vislumbrar liberdade no direito à propriedade superficiária e à moradia digna, se esta continuasse a depender da anuência e do poder dominial do proprietário do solo.

Apresenta ainda, o direito de superfície, uma proteção dominial muito mais completa do que aquela proporcionada pela propriedade em condomínio edilício, pois a principal característica do condomínio edilício é a condição de existência da propriedade plena e exclusiva da unidade autônoma, juntamente com a existência da propriedade em condomínio sobre as partes de uso comum²⁸³, sobre as quais corresponde sempre uma fração ideal na propriedade do solo. Pois, no direito de superfície, a propriedade sobre a construção é plena e exclusiva do superficiário, não havendo nenhum tipo de condomínio que se estabeleça entre o superficiário e o proprietário do solo. O domínio da construção se exerce de forma plena, conferindo ao titular deste direito toda a autonomia inerente ao direito de propriedade.

É, ainda, a concessão do direito de superfície um direito muito mais amplo e atribui ao superficiário um poder dominial sobre a construção muito maior do que aquele que é atribuído na concessão de direito de uso, visto que nesta não se transmite propriedade, apenas o uso.

²⁸² LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 61; TEIXEIRA, *O direito real de superfície*, 1993, p.62

²⁸³ Para explicar a essência do condomínio edilício e sua singularidade Caio Mario apresenta o seguinte exemplo: “Em símile exata, a química nos oferece o fenômeno da combinação, que se distingue da mistura, em que naquela os elementos se transmudam indissolúvelmente em um corpo novo, como é a liga de dois metais, por exemplo o aço, formado da liga de ferro e manganês, que não é nem ferro, nem manganês, e de que não se pode extrair mais nem o ferro nem o manganês, sob pena de deixar de ser aço.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10 e.d. Rio de Janeiro: forense, 1999, p. 92.

Trata-se de um direito real limitado que não pode ser constituído pela via testamentária e pressupõe sempre uma autorização legislativa para a sua implementação, visto ser essencialmente ato de direito público,²⁸⁴ mantendo, nesse caso, o concessionário submisso ao poder dominial do proprietário do solo e da construção, acessória deste, situação que lhe confere limitações quanto à segurança de sua posse, pois a concessão sempre estará sujeita à reversão.

O direito de superfície é um direito autônomo que não se confunde com nenhum outro instituto de direito real ou de direito pessoal. Nele, tanto os direitos do *dominus soli*, quanto os do superficiário são direitos típicos, razão pela qual não se pode tentar assimilá-lo a outros institutos. O *dominus soli* tem o direito de receber o pagamento pela concessão, quando esta for onerosa, e de adquirir a construção ou plantação no momento do término do direito de superfície e conseqüente retorno do princípio da acessão, se não for pactuado de forma diferente pelos contratantes. O superficiário, por sua vez, tem direito de utilizar a superfície concedida, nela edificando ou plantando, exigindo que todos os demais e que o estado se abstenham de perturbar o exercício do seu direito²⁸⁵, inclusive por meio das proteções possessórias.

No direito de superfície estão compreendidas duas relações jurídicas distintas: a primeira entre o superficiário e o proprietário do solo, na qual este renuncia, temporariamente, ao princípio da acessão, permitindo que outra pessoa edifique construção própria em seu terreno; a segunda entre o superficiário e a construção,²⁸⁶ na qual o superficiário tem o poder de domínio sobre a edificação, que não desaparece nem mesmo com a destruição desta, pois sempre poderá reconstruí-la, sem que o seu direito sobre a superfície do solo se extinga.

A relevância do direito de superfície frente aos demais instrumentos apresentados pelo Estatuto da Cidade na produção de moradias, como também no Código Civil em cumprimento do princípio da função social da propriedade, deve-se fundamentalmente a duas características específicas deste direito e que inexistem em outros instrumentos: a suspensão do princípio *superfície solo cedit* que permite a propriedade da construção ou da plantação separadamente da propriedade sobre o solo; e, o seu reconhecimento como direito real, peculiaridades estas que, mesmo tendo origem no direito romano, atribuem a ele uma perspectiva atual, pois usado para resolver questões da sociedade atual .

²⁸⁴ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 237

²⁸⁵ TEIXEIRA, *O direito real de superfície*, 1993, p. 70

²⁸⁶ GÓMEZ, *A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*, 2004, p. 70.

Nesse contexto de peculiaridades técnicas do direito de superfície no direito brasileiro verifica-se que ele se insere perfeitamente às necessidades decorrentes da nova perspectiva da propriedade, como meio que permite democratizar o acesso ao solo urbano, possibilitando que se trilhem caminhos rumo à efetivação do princípio de proteção e preservação da dignidade humana, criando condições concretas para proporcionar moradia adequada à população pobre. Representa, portanto, um instrumento de fundamental importância para a execução da política urbana, de acordo com o tratamento dado a ela pela legislação urbanística federal, na qual a dignidade da pessoa humana e a proteção e produção de moradias dignas são pressupostos do Estado Democrático de Direito.

3.4.1 A separação da propriedade sobre o solo da propriedade sobre a construção

O primeiro passo, para que se tente construir uma definição atual do direito de superfície, é compreendê-lo a partir de suas matrizes originárias. Esta construção se inicia pelo entendimento da acessão como forma de aquisição do domínio tanto no direito de superfície atual, quanto o era para os romanos.

Até Justiniano, as construções que se edificavam sobre o solo acediam a este, passando a pertencer ao proprietário do solo, pelo princípio do *superficies solo cedit*. Os romanos tinham uma regra também para as acessões de plantações, e não apenas de construções. Por essa regra, se a planta não possuísse raízes profundas, a pessoa que a havia plantado tornar-se-ia proprietária dela; se a planta possuísse raízes profundas, incorporava-se ao solo e o proprietário do solo passava a ser proprietário também desta, pois, a superfície é parte integrante do solo, tanto imediatamente abaixo, quanto imediatamente acima deste²⁸⁷.

O direito europeu, e por conseqüência o direito ocidental, herdou este princípio, mantido até hoje como regra geral das acessões que se fazem ao solo. Entretanto, em algumas situações específicas se criaram exceções a esta regra geral. No caso da concessão do direito de superfície para pessoa diferente do proprietário do solo, suspende-se temporariamente a

²⁸⁷ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*. 1997, p. 2-3

eficácia do princípio da acessão,²⁸⁸ e aquele que edificou, ou plantou, passa a ser o proprietário da edificação ou plantação, separadamente do solo no qual se assentam. Segundo Lira, a acessão é a união entre duas coisas, que embora possam ser reconhecidas separadamente, formam um conjunto indissolúvel, e a coisa acessória subordinada e dependente do todo segue seu destino jurídico.²⁸⁹

Pelo direito brasileiro codificado de 1916, a acessão se dava sempre em favor do proprietário do solo, e era considerada como forma de aquisição da propriedade imóvel, presumindo-se serem do proprietário do solo todas as construções ou plantações existentes neste.²⁹⁰

Forjado na idéia da propriedade absoluta e individualista o pensamento jurídico-legislativo brasileiro da época não conseguia admitir a suspensão da eficácia do princípio da *superfície solo cedit* por razões claras: a propriedade deveria ser plena e una (um imóvel = um proprietário pleno). Basta ver que para todas as situações jurídicas, nas quais houvesse a divisão da propriedade, sempre havia uma regra para facilitar o retorno à propriedade plena. Como o direito de superfície suspende este princípio, ele foi, justamente por esta razão, afastado pela codificação civil brasileira da 1916.

O princípio da *superfície solo cedit* se manteve como regra geral mesmo após a vigência do Código Civil brasileiro de 2002, mas admitindo que em determinada situação este princípio seja suspenso, como é o que acontece com a concessão do direito de superfície. Essa peculiaridade modifica substancialmente a concepção da propriedade como una e absoluta, e passam a existir dois direitos diferentes sobre ela. O direito do proprietário sobre o solo e sobre o acessório não mais é tido como absoluto, pois pode ser dividido.

Com esta divisão de direitos de propriedade diferentes se possibilita que cada um deles possua um valor de mercado diferenciado e reduzido, o que torna muito mais fácil o acesso à moradia adequada, uma vez que é possível que se adquira somente a construção, ou somente a superfície do solo para nela se edificar, sem que seja necessário adquirir o solo que continuará pertencendo a outrem.

Em virtude das grandes proporções do *déficit* habitacional no Brasil, essa alternativa aumenta consideravelmente a possibilidade de acesso à moradia digna e formal de uma grande

²⁸⁸ LIRA, LIRA, *Elementos de direito urbanístico*. 1997, p.9

²⁸⁹ LIRA, *O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície*.2002, p. 145.

²⁹⁰ Conforme o art. 545: “ Toda construção, ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove”. BRASIL, *Código civil de 1916*. 2003, p.416-565

parte da população pobre que se aglomera em cortiços, favelas, em condições precárias de habitação, salubridade e vida digna, pois, por um valor condizente com os poucos recursos financeiros de grande parte da população brasileira, situa-se a diferença entre possuir ou não possuir uma moradia digna.

3.4.2 A importância sócio-econômica do direito real do superficiário sobre a construção

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil brasileiro, recepcionou o direito de superfície e numerou-o entre os direitos reais, atribuindo assim a ele uma característica especial que o difere dos demais direitos reais limitados, bem como daqueles instrumentos apresentados pelo Estatuto da Cidade na implementação de políticas urbanas para concretização do direito à moradia digna.

Os direitos reais inserem-se no sistema de normas que dizem respeito às relações entre as pessoas, nas quais umas devem respeitar o direito que as outras têm sobre as coisas, mas não podem ser vistos de forma isolada, pois somente ganham sentido no todo e com ele se comunicam. Conforme Arone, explica este aspecto a teoria realista, que argumenta que o direito real envolve o poder direto do indivíduo sobre um bem sem intermediários; e em oposição a esta, a teoria personalista, na qual os titulares dos direitos reais possuem a faculdade de opor *erga omnes* seu direito sobre o bem perante a generalidade de outras pessoas.

Para que se possa entender este e outros aspectos dos direitos reais, é necessário que se estabeleça a distinção entre propriedade e domínio, pois apesar de muito serem confundidos, não são a mesma coisa. Para ele, a propriedade possui um conceito muito mais amplo do que o domínio, visto que ela pode ser exercida sobre uma coisa corpórea ou incorpórea, é a titularidade formal, é o poder de opor o dever universal de abstenção de todos os demais indivíduos e do próprio Estado. Esta titularidade é formalizada pelo registro imobiliário, no qual consta que é titular do direito de propriedade sobre determinado bem imóvel, certa e determinada pessoa. Pela formalização por meio do registro se publiciza perante todos os

indivíduos quem é o titular da relação proprietária. O proprietário é, assim, o credor de uma obrigação passiva universal: a de que todos devem respeitar o seu direito.

A propriedade instrumentaliza o domínio, faz nascer a obrigação de não ingerência dos demais sujeitos: os outros indivíduos e o próprio Estado. O domínio, por sua vez, é o complexo de direitos possíveis em determinado bem, exercido de forma absoluta²⁹¹, que pode ser do próprio proprietário ou de terceiros e que se materializa nas relações entre o titular e o bem.²⁹²

Sobre este aspecto, Monreal diz que o direito de propriedade se especifica pelo domínio que tem o proprietário sobre as coisas corpóreas que lhe pertencem. O domínio é, assim, uma espécie de direito real que consiste na forma mais completa do senhorio sobre uma coisa,²⁹³ pressupõe as faculdades de gozar e dispor da coisa sob seu domínio. O poder de gozo consiste na utilização e no aproveitamento direto do bem, obtendo dele todas as vantagens que possa proporcionar, desfrutando da coisa conforme seu destino. Para Monreal, o poder de disposição consiste na faculdade de realizar com a coisa um ato que leva a que o proprietário a perca. Há, assim, ato de disposição, quando o dono da coisa a aliena, ou quando a grava com algum ônus como a servidão ou a hipoteca.²⁹⁴

O direito real, portanto, é o direito sobre uma coisa que pode ser dividido em *ius in re própria* e em *ius in re aliena*, conforme o direito seja sobre a coisa própria ou sobre coisa de outrem. Este último possui um caráter limitado dos quais são exemplos as servidões, o uso, o usufruto, a habitação, a promessa de compra e venda, o penhor,²⁹⁵ pois falta aos titulares destes direitos um dos elementos do domínio: a disposição da coisa. Têm eles apenas o poder de gozo sobre a coisa. Podem dispor de seu direito sobre a coisa, mas não podem dispor da coisa em si alienando-a. Aqueles podem dispor da coisa de forma ilimitada, alienando-a,

²⁹¹ O exercício do direito de propriedade de forma absoluta não quer dizer que o proprietário possa utilizá-lo de forma arbitrária ou em descumprimento das funções sociais que este deve ter. Nesse sentido convém referir que os comentaristas do direito romano utilizavam as expressões *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* para designar o “domínio”. Porém, não é correto traduzir *abutendi* como abuso, que modernamente tem o sentido de mau uso, pois essa expressão designava para os antigos romanos o consumo de uma coisa e não o mau uso dela. MONREAL, *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis, 1979, p.36; e ainda Conforme ainda ao que refere Rodotá sobre o tema, a definição da propriedade como *ius utendi et abutendi*, que possuía comprovada inexistência do termo *abuti* com o sentido de abusar, vem sendo considerada como argumento para negar ao proprietário a possibilidade do exercício arbitrário dos poderes a ele atribuídos. RODOTÁ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, 1986, p. 75

²⁹² ARONNE, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, 1999, p.104/179.

²⁹³ MONREAL, op. cit., p. 12

²⁹⁴ Ibidem, p. 34-35.

²⁹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 e.d., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.17

onerando-a, como o que acontece no caso da propriedade plena, ou no caso da superfície, no qual a propriedade plena se exerce separadamente sobre o solo e sobre a construção.²⁹⁶

Em algumas situações específicas, a propriedade sobre uma coisa se divide em dois domínios completos, cada qual com poderes de gozo e com poderes de disposição: o domínio direto e o domínio útil,²⁹⁷ de forma que, o direito de superfície divide o domínio em domínio útil, do qual é titular o superficiário e domínio direto, do qual é titular o proprietário do solo. Nele o superficiário tem o poder de domínio sobre a coisa construída ou a construir, plantada ou a plantar, que não desaparece com a destruição da coisa, pois poderá reconstruí-la ou replantá-la sem que o seu direito sobre o solo se extinga.²⁹⁸

Nesse aspecto reside a importância do direito de superfície perante todos os demais institutos jurídicos para a produção de moradia, pois, sendo o direito de superfície reconhecido como direito real, o superficiário possui o domínio sobre a construção, podendo dispor desta, oferecendo-a em garantia de financiamentos, fato que vai lhe proporcionar a inclusão em vários programas sociais com financiamentos subsidiados para a aquisição de moradia ou de melhoria de condições desta.

Com fundamento na argumentação feita, pode-se dizer que o direito de superfície somente pode ter uma existência sob o ponto de vista de sua concepção atual: como instrumento de acesso à moradia formal, como objetivo do Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos humanos fundamentais, e de que sem moradia não se pode falar em proteção aos direitos humanos, sendo atribuído a ele a característica de direito real. Sem essa condição nenhum sentido tem a concessão desse direito, uma vez que o superficiário não teria sobre a coisa uma relação dominial completa, perdendo o interesse na concessão em razão da insegurança jurídico-social de possuir um direito sobre determinada superfície sem que possa transmitir esse direito aos seus sucessores, sem que possa aliená-lo, hipotecá-lo em garantia de financiamentos para construção, tornando limitado o direito, condenando o superficiário apenas ao uso, sem possibilidades de melhorias em suas condições de habitação, limitando suas relações negociais e sua ascensão econômica. Situação que não encontra mais respaldo

²⁹⁶ Sobre este aspecto Monreal refere que os limites do domínio não são uma redução das faculdades que ele concede que dizem respeito à coisa, seu objeto, mas sim o âmbito no qual o proprietário põe em exercício essas faculdades, e que garantem o domínio até mesmo na expropriação da coisa. Pois nela, a coisa de que se priva o proprietário é substituída por outra coisa equivalente do ponto de vista econômico, como é o caso da indenização. MONREAL, *El derecho de propiedad privada*. 1979, p.40-43

²⁹⁷ Para Grossi o domínio útil é uma criação muito importante, fruto do trabalho criativo dos operadores do direito comum clássico, que comprova a grande capacidade de invenção de uma teoria do direito sensível às práticas do dia-a-dia da sociedade. GROSSI, Paolo. *Il dominio e le cose*. Milão: Giuffrè, 1992, p. 247

²⁹⁸ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 54

nos princípios constitucionais de proteção e valorização da pessoa humana, como centro para onde deve convergir todo o ordenamento jurídico.

3.4.3 A formalização do direito de superfície

O respeito à dignidade humana e sua promoção se dará também pela possibilidade jurídica da titulação da concessão do direito de superfície, consignando-se a constituição formal do direito real, efetivamente, com acesso ao registro imobiliário oficial e, portanto, com atribuição de formalidade,²⁹⁹ garantindo ao superficiário a eficácia de seu direito *erga omnes*, agregando ao seu direito a proteção dos interditos possessórios e o direito de seqüela, assegurando-se que o sistema jurídico oficial lhe permite defender a posse sobre a moradia, para que viva em paz e em segurança de qualquer ingerência contra seu direito.

Possui o direito de superfície grande relevância, porque atribui ao proprietário a propriedade formal da construção: a titulação. Essa titulação, além de promover a segurança jurídica da posse que tem o superficiário sobre a construção, possui especial importância do ponto de vista social na valorização da dignidade humana, uma vez que, na experiência social, é a ela que o superficiário vai recorrer sempre que necessário para comprovar perante a sociedade que é ele o titular do direito sobre determinada construção, obtendo com isso o respeito dos demais membros da sociedade, por ter sido capaz de, em uma sociedade capitalista e excludente, ter adquirido ao longo de sua existência ao menos um lugar digno de sua propriedade.

A titulação é a prova do sucesso dos cidadãos perante os demais membros da sociedade, e, está diretamente relacionada com o reconhecimento da dignidade que lhe abre portas a financiamentos, contas correntes em instituições financeiras, créditos, oportunidades de emprego, de forma que o sucesso na aquisição da moradia irradia seus efeitos para todos os demais campos da vida em sociedade, e, com isso, a inclusão social. Contrariamente a isso, a falta de uma titulação, está associada ao fracasso, à impossibilidade de manter a vida própria e

²⁹⁹ Conforme o art. 1227: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos” BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003.p.271

da família com dignidade, e que também se irradia para todos os setores da vida social, num círculo vicioso de exclusão social e degradação da dignidade humana.

A formalização da titulação vai se dar da mesma maneira que acontece com outros direitos reais: por meio do contrato, com acesso ao sistema jurídico formal brasileiro, e devidamente constituído pelo seu registro, de forma que o superficiário vai adquirir o direito de superfície pelo contrato e impor o seu direito a exercê-lo até sua extinção, por meio da constituição deste no registro imobiliário.

O exercício do direito de superfície não afasta o direito de preferência que tem o *dominus soli* na aquisição da superfície, quando esta for alienada pelo superficiário, o que parece justo, pois aquele pode interessar-se em momento posterior em fazer uso do solo, respeitando o superficiário este direito, poderá livremente transmitir onerosa ou gratuitamente, hipotecar, enfim, praticar com o objeto do direito superficiário qualquer ato de disposição,³⁰⁰ não ficando limitado a uma aquisição perpétua como imposição, uma vez que a dignidade também pressupõe a liberdade de ir e vir e de contratar, e outras oportunidades podem surgir para que o superficiário melhore suas condições de vida e as condições de vida de sua família. A concessão da superfície implica na suspensão da regra da acessão até o momento que chegue ao final o motivo pelo qual foi concedido, ou o termo do prazo para o qual foi estabelecido: cessando o motivo da suspensão, a acessão retorna ao solo.³⁰¹

Extingue-se o direito de superfície por decurso do tempo, quando o contrato for por tempo determinado, ou quando indeterminado, pela implementação de termo final; pelo descumprimento das obrigações do superficiário relativamente ao pagamento dos tributos devidos, ou desvio da finalidade para a qual lhe foi concedido o direito de superfície; pelo não uso da superfície em prazo previamente determinado, ou pelo abandono da mesma; e ainda, pela confusão dos titulares, quando a mesma pessoa adquire o solo de uma pessoa e o direito de superfície de outra, ou por qualquer forma que se verifique a confusão dos direitos de proprietário do solo e superficiário na mesma pessoa.³⁰²

Nesse contexto, o poder público municipal, em cumprimento à obrigatoriedade imposta pela Constituição Federal de 1988 em promover e implementar políticas públicas que visem à valorização da pessoa humana e o respeito à dignidade, com base na autonomia que lhe foi outorgada pela própria Constituição Federal em disciplinar sobre o ordenamento nas cidades e

³⁰⁰ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p.75-77

³⁰¹ TEIXEIRA, *O direito real de superfície*, 1993, p. 54

³⁰² LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 80

com fundamento no plano diretor, pode conceder o direito real de superfície dos bens de sua propriedade para particulares, objetivando, com isso, que aqueles bens imóveis que não estejam atendendo a nenhuma função passem a ter uma destinação. Nesse caso, especialmente, que possam ser utilizados para resolver as questões de moradia.

A concessão do direito de superfície permitirá que particulares edifiquem suas casas em solo público e tenham a propriedade destas, adquirindo com isso a efetivação do direito constitucional à moradia, permitindo que o município _ como ente público, responsável pela concretização de políticas e implementação de instrumentos que garantam o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana, por meio do incentivo de acesso ao solo urbano _ participe do processo de concretização do direito à moradia por meio do direito de superfície, cumprindo-se assim um dos objetivos pelos quais o poder público deve primar, pois a proteção e a valorização da pessoa deve nortear todos os esforços políticos do poder público.

Em qualquer caso de concessão do direito de superfície tanto pelo poder público a respeito dos bens imóveis sob seu domínio, quanto dos bens imóveis sob o domínio dos particulares, esta será sempre um instrumento capaz de fazer cumprir a função social da propriedade territorial urbana, conforme princípio que integra a Constituição Federal de 1988, pois o solo urbano possui a função de proporcionar o pleno desenvolvimento das cidades no sentido de proporcionar bem-estar aos seus habitantes, especialmente no que diz respeito ao direito à moradia digna.

3.5 O novo direito de superfície como instrumento na produção de moradia e de inclusão social

Dentre as muitas funções sociais culturais, ambientais, étnicas, com finalidades habitacionais, comerciais, industriais, ambientais, que as propriedades territoriais urbanas podem ter, apresenta fundamental importância a que possui finalidade de moradia, e a utilização do direito de superfície como meio pelo qual se possa fazer cumprir as funções

sociais das propriedades territoriais urbanas, utilizando-se da superfície do solo urbano para a produção e melhoria habitacional e a promoção da dignidade humana.

A concessão gratuita ou onerosa do direito de superfície será sempre um meio pelo qual se fará cumprir as funções sociais das propriedades territoriais urbanas. Nesse sentido, já se posicionava a respeito do uso do direito de superfície na solução de questões sociais de habitação, Mário Klang, em 1980, dizendo que:

[...]Não resta dúvida de que a utilização em larga escala do sistema de construção de habitações populares em terrenos de particulares ou do Estado, só contribuiria para o barateamento da aquisição das moradias. O assalariado, o operário, o estudante, enfim, todos aqueles de renda média ou baixa, hoje praticamente desprovidos da segurança de uma casa, por tempo equivalente à vida média humana, teriam maiores chances de alcançar tal objetivo com a compra do direito de superfície de sua residência por preço mais compatível, amortizável em prestações anuais ou mensais.³⁰³

Entende Klang, de forma clara, que o instituto aproxima a propriedade territorial privada ou pública urbana, um pouco mais do seu principal objetivo, a divisão e a garantia da sobrevivência de todos com direito à moradia digna, e que somente desta forma pode ser cumprida a finalidade social da propriedade territorial urbana e a proteção e preservação da pessoa humana.

A possibilidade da concessão do solo público para fins habitacionais já existia muito antes da vigência da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da cidade ou do Código Civil de 2002, por meio daquilo que previa o Decreto 271/1967, muito embora não fosse usada como poderia ter sido. Para Benasse, não basta a existência da norma, é preciso que a sociedade dela se utilize. Refere quanto a isso que:

³⁰³KLANG, Márcio. *Direito de superfície*. Revista dos Tribunais, 541/300. São Paulo: RT, 1980.

[...]o art. 7º do decreto-Lei n.º271/67, já previu a concessão de uso do solo público e particular para fins sociais, e encontra-se em vigor, tratando da superfície, como dissemos anteriormente, e não se lhe aplicou a utilidade e alcance existente. Talvez porque não é somente com a lei que se promova justiça social, é necessário que dela se faça uso, de forma correta, para que atinja os fins para os quais fora editada.³⁰⁴

Não basta, portanto, que a Constituição Federal de 1988, bem como os tratados e convenções internacionais reconheçam e garantam a proteção da dignidade humana e do direito à moradia digna como direito inerente ao ser humano, como objetivo do Estado Democrático de Direito, nem que existam leis infraconstitucionais vigentes, impondo o cumprimento das funções sociais das propriedades territoriais urbanas. Necessário se faz que sejam viabilizadas políticas adequadas, para que essas garantias sejam efetivadas. A concessão da superfície da propriedade territorial urbana, tanto privada quanto pública, pode ser uma delas.

Qual a razão desse medo do instituto?³⁰⁵ questiona Lira, se ele apresenta inúmeras vantagens capazes de fazer com que se cumpra a função social da propriedade urbana, livrando o proprietário territorial privado de ter seu terreno expropriado, quando este não o deseja alienar definitivamente, nem edificar. É um instrumento oportunizador³⁰⁶ da produção de moradias e do cumprimento das funções sociais do solo urbano, e ainda, confere ao solo público uma destinação adequada à sua função.

Talvez, porque mesmo com toda a modernização legislativa com relação à matéria, e legislação não falta ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda impera o pensamento da propriedade absoluta e individualista, regulamentada pelo código civil de 1916, no qual a liberalidade de construir no território urbano era um direito subjetivo do proprietário do solo³⁰⁷, regra geral que foi mantida pelo código civil de 2002,³⁰⁸ provando que mesmo com todo o progresso legislativo, algumas normas ainda se mantêm fiéis às concepções clássicas do

³⁰⁴ BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 145.

³⁰⁵ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*. 1997, p. 147

³⁰⁶ A qualificação do direito de superfície como instrumento oportunizador foi usada por Janaína Rigo Santin e Homero Cruz Ribeiro quando referiram que este oportuniza aos proprietários protegerem os proprietários das sanções legais pelo descumprimento da função social da propriedade territorial urbana, oportunizando, ainda, que o superficiário adquira uma moradia sem que necessite adquirir o solo. SANTIN, Janaína Rigo; RIBEIRO, Homero Cruz. *Direito de superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade*. IN: RODRIGUES, Hugo Thamir (coordenador). In: Revista do Direito nº21, jan/jun. 2004. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p.79.

³⁰⁷ Conforme o art. 572: “ O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.” BRASIL. *Código civil de 1916*, 2003. p. 471.

³⁰⁸ Conforme o art. 1299: “ O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.” BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 282.

direito de propriedade absoluto que não condizem mais com a nova perspectiva social para o uso do solo urbano, a qual não admite mais uma atividade meramente especulativa deste.

A faculdade de usar ou não o solo urbano passa a revestir-se de interesse público, pois os proprietários do solo urbano são os protagonistas de todo o processo urbanístico e do sucesso da construção de uma cidade viável. Nesse sentido a “possibilidade de construir constitui a essência econômica da propriedade”.³⁰⁹ Cada metro quadrado do solo urbano tem uma finalidade que lhe é própria e que deve ser cumprida, para que se cumpra sua função social, e com isso a função social da cidade, que é a de proporcionar bem-estar aos seus habitantes.

No caso das cidades brasileiras, especialmente nos grandes centros, nos quais a população urbana já ultrapassou há muito tempo os limites do viável, é necessário que se direcionem políticas habitacionais que visem proporcionar a valorização da dignidade humana, por meio de implementação de políticas que obriguem o titular do direito de propriedade sobre o solo urbano fazer uso deste, ou permitir que outrem o faça. Não se pode mais aceitar a concepção clássica de que a edificação é mera faculdade do proprietário e de que este pode manter o solo urbano como mero objeto de exploração financeira, pois, se cada metro quadrado do solo urbano tem importância, para que se possa utilizá-lo na solução dos problemas habitacionais, todo o solo urbano deve ser devidamente ocupado.

Entretanto, não se pode, a pretexto de aproveitamento e exploração do solo urbano e das habitações disponíveis para habitação, permitir que se mantenham e proliferem uma outra forma de habitação muito presente na sociedade brasileira: os cortiços, que tanto quanto as favelas, submetem os seus moradores às mais diversas formas de degradação da dignidade.

Os cortiços nas grandes cidades brasileiras surgiram no final do século XIX, em virtude da migração de milhares de trabalhadores pobres que buscavam emprego nas indústrias, de negros libertos e de famílias de imigrantes, propiciando uma demanda muito grande por habitação. Como havia consideravelmente mais procura do que oferta de casas para locação, os proprietários destas providenciaram uma multiplicação habitacional, pela divisão e subdivisão das casas e sobrados, lançando no mercado mais imóveis para locação.

A subdivisão e a adaptação das construções existentes fizeram com que as pessoas se aglomerassem em cubículos insignificantes, famílias inteiras residindo em um único cômodo. Segundo Saule Júnior, estes possuíam metragens incompatíveis com o número de habitantes

³⁰⁹ LIRA, *Elementos de direito urbanístico*, 1997, p. 113

adequado à dignidade humana, por vezes, com grave risco à saúde e à vida humana, pois sem ventilação, com risco de incêndios pelo grande número de cozinhas instaladas, em condições precárias de higiene, com a fiação elétrica exposta com sobrecarga de utilização.³¹⁰

Os cortiços diferem das favelas por estarem normalmente localizados em zonas centrais das grandes cidades e assentados sobre a propriedade formal, diferentemente daquilo que acontece nas favelas, onde o assentamento se dá sobre um espaço territorial informal. As pessoas que neles são obrigadas a viver o fazem por dois motivos principais: são muito pobres, na grande maioria trabalhadores informais, e por esta razão não possuem condições para pagar pela locação de uma habitação em melhores condições, e menos ainda de adquirirem uma habitação adequada; estão normalmente localizados em zonas centrais das cidades, e esta localização permite a locomoção de seus moradores sem a necessidade de pagamento pelo transporte. De qualquer forma, são, tanto quanto as habitações das favelas, espaços desprovidos das mais elementares condições de habitabilidade, uma vez que evidenciam a falta de respeito e proteção à dignidade humana dos que vivem nesses espaços, confinados a alguns metros quadrados, sem iluminação adequada, com deficiências de habitação, de saneamento básico, de energia elétrica, enfim, de todas as formas de desrespeito à dignidade humana, contrariamente ao disposto pela Constituição Federal de 1988 a esse respeito.

Os cortiços, diferentemente do que ocorre com as favelas, não nascem apenas da informalidade da posse com relação ao solo, visto que em grande parte dos casos a propriedade do solo é formal. Surgem em relação ao uso dos imóveis para locação, nos quais o proprietário não divide e subdivide para melhor aproveitá-lo, mas para melhor proveito tirar dele, uma vez que poderá locá-lo para diversas pessoas, que acumulam-se em alguns cômodos, situação que confere uma degradação da dignidade humana, pois vive-se em condições precárias de habitação, higiene e privacidade.

Urge, portanto, que o poder público implemente e direcione as políticas públicas que visem produzir moradias adequadas às condições de capacidade aquisitiva da população. Nesse sentido, a concessão do direito de superfície passa a ser um forte instrumento na produção de novas moradias no solo desocupado e na ocupação adequada das moradias já existentes, uma vez que possibilita a comercialização delas separadamente do solo onde estão assentadas, e, portanto, com significativa redução de custos.

³¹⁰ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p.439

Para Saule Junior, a concessão do direito de superfície impossibilita que os imóveis urbanos fiquem sem utilização ao mesmo tempo que favorece a construção de habitação adequada para aquelas pessoas que não possuem recursos para adquiri-la,³¹¹ pois, conforme também refere Benasse, entre as várias modalidades nas quais pode ser admitido o direito de superfície, naquela em que é usado para fins habitacionais, visa solucionar a grande escassez de moradias para as pessoas de baixa renda.³¹²

Além de proporcionar moradia digna às pessoas que dela não dispõem, o direito de superfície assegura o cumprimento de outro requisito fundamental à proteção da dignidade humana nas questões relacionadas com o direito à moradia digna, que é a segurança jurídica da posse, como um dos elementos indispensáveis, tal qual a paz e a dignidade, no direito que todas as pessoas devem ter para um padrão de vida adequado, conforme o previsto pela Agenda Habitat.

3.5.1 Segurança jurídica da posse

Pelo sistema de aquisição oficial da propriedade imobiliária no direito brasileiro, seja originária ou derivada, esta se constitui com o registro do respectivo título no registro imobiliário, de forma que a propriedade formal somente existe com o seu reconhecimento pelo direito. Entretanto, em inúmeras situações e pelos mais diversos fatores, a aquisição do solo ocorre sem que se cumpram as exigências do sistema oficial, e esta, então, passa a ser considerada como propriedade informal.

O registro do título que atribui a propriedade formal³¹³ é justificado por ser a propriedade considerada um direito real, e como tal, na relação do proprietário com as demais pessoas, para ser oposta *erga omnes* deve ser publicizada. Essa publicidade é alcançada por meio dos vários princípios que informam o sistema registral imobiliário brasileiro que

³¹¹ SAULE JUNIOR, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*, 1997, p. 177

³¹² BENASSE, *Direito de superfície e o novo código civil brasileiro*, 2002, p.95

³¹³ Conforme o art. 1227 :” Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos”. BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 271.

conferem a cada imóvel uma espécie de mapeamento genético que fazem com que seja único, reconhecido e identificado pelo sistema de matrículas individuais, e atribuem às afirmações nela constantes, a presunção relativa de veracidade quanto a coisa em si e ao seu proprietário.

Infelizmente a realidade brasileira das grandes cidades está muito bem marcada por um quadro de desigualdade sócio-econômico e cultural que faz com que mesmo com todas as tentativas legislativas constitucionais e infra constitucionais ainda não se tenha conseguido atingir a proteção constitucional do direito à habitação digna e muito menos ainda à moradia digna e formal, com acesso ao sistema registral imobiliário brasileiro, construindo-se, segundo Fernandes, “um habitat precário, vulnerável e inseguro em favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais irregulares, loteamentos clandestinos, cortiços, casas de frente e fundo, bem como nas ocupações em áreas públicas”.³¹⁴

A quantidade de habitações produzidas pelos muitos projetos urbanizadores e de regularização fundiária ainda representam uma parcela muito pequena em relação às necessidades habitacionais do país. Dessa forma, o mercado imobiliário formal, tanto público quanto privado, não conseguiu atender à população de baixa renda. E o resultado deste fracasso foi a ampliação do processo de formação do fenômeno da informalidade nas favelas, cortiços, loteamentos irregulares e clandestinos, e ocupações de áreas de risco.³¹⁵

O cinturão de favelas que rodeiam as grandes cidades, impõe a essa população todos os perigos inerentes a uma vida subumana. Falta segurança, pois normalmente estão instalados em locais com risco de desmoronamentos e enchentes; falta saneamento básico; falta acesso; falta infra-estrutura e falta segurança jurídica da pouca posse que possuem, uma vez que a qualquer momento podem ser, forçosamente, obrigados a sair do local, quando o titular do direito de propriedade sobre o imóvel no qual estão assentados, requerer a reintegração de posse sobre a área ocupada.

Não basta que a posse exista, efetivamente, ela há de proporcionar, além da moradia digna, o direito de viver com a segurança de que não se vai ser obrigado a sair dela a qualquer momento de forma forçada, sem nenhuma compensação, fazendo com que a moradia assentada sobre determinado lugar, por ser considerada informal, seja simplesmente descartada.

³¹⁴ FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p. 310

³¹⁵ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Para além da regularização fundiário: Porto Alegre e o urbanismo social.*, 2006, p. 282

Para a efetiva segurança jurídica da posse, no direito oficial brasileiro, é necessário que exista uma formalidade a ser imposta aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Esta formalidade se constitui por um documento que determine quem é o titular deste direito, e que este documento tenha acesso ao sistema jurídico imobiliário brasileiro; que este título tenha acesso ao registro de imóveis, conferindo ao seu titular o poder formal de defender a sua posse. Conforme o que pensa Saule Júnior, “A dimensão jurídica da segurança da posse abrange o registro do título que reconhece o direito à moradia.”³¹⁶

As várias tentativas de regularização fundiária que não observaram esta circunstância não obtiveram sucesso, pois a informalidade não parou de crescer, trazendo com ela todas as conseqüências indesejáveis de um crescimento desordenado, o que demonstra ser necessária uma regularização fundiária sustentável, com a produção de novas moradias, linhas de crédito para financiamentos às pessoas de baixa renda, planejamento urbano com a ocupação dos vazios urbanos, com o reconhecimento do direito à moradia digna e à segurança da posse e, ainda, que conjugue a regularização urbanística e ambiental com a regularização jurídica, representada pela possibilidade do registro do título de propriedade, afastando com isso a informalidade.³¹⁷

A informalidade jurídica dos bens imóveis não é prerrogativa unicamente dos pobres que são carentes de informação, de recursos e do amparo estatal, não é somente aquela que diz respeito aos barracos construídos com muitos sacrifícios pelas pessoas de baixa renda nas encostas dos morros, nas várzeas, nos terrenos públicos ou particulares sem utilização, nas reservas verdes; mas atinge também a classe média e alta, quando edificam prédios de apartamentos ou mansões, por exemplo, à beira mar, em terreno da marinha,³¹⁸ em loteamentos luxuosos, mas não regularizados, em condomínios fechados, em qualquer situação, independentemente da classe social, na qual a aquisição seja feita sem que a ela corresponda um título respectivo e um registro imobiliário. Alguns até fazem questão de preservar a informalidade em razão de sonegação fiscal.

Entretanto, a informalidade que deve preocupar os atores sociais e o Estado é aquela que envolve a população pobre, e por tal razão merecedora da proteção estatal, pois estes, sim,

³¹⁶ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 347

³¹⁷ FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p. 318

³¹⁸ LIMA, Ary José de; CHICUTA, Kioitsi; JACOMINO, Sérgio. *Terreno de marinha: instituto jurídico tipicamente brasileiro*. IN: JACOMINO, Sérgio. Registro de Imóveis: Estudos de direito registral imobiliário: XVIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil foz do Iguaçu, 2001. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 30.

não têm outra perspectiva de sobrevivência, e para eles devem ser dirigidos os esforços no sentido de adequar o ordenamento jurídico na tentativa de solucionar ao menos em parte as conseqüências que a informalidade impõe.

O trabalho conjunto de vários órgãos estatais ou privados é necessário, para que se possa garantir esta segurança por meio da formulação de projetos, de leis novas e de alteração das leis já existentes para assegurar a formalidade jurídica dos instrumentos de política e organização urbana e pelos instrumentos apresentados pelo estatuto da cidade. Nesse sentido, conforme o que refere Jacomino, a ordem jurídico-registral no Brasil também precisa se adaptar aos novos contornos da propriedade.³¹⁹

O sistema registral brasileiro precisa se adaptar à nova realidade para permitir o acesso ao álbum imobiliário dos novos contornos criados pela sociedade para produção de moradias. E, isto significa em primeiro lugar a alteração da lei de parcelamento do solo urbano, a Lei 6.766, de 1979, que planejou cidades e ordenou diretrizes que acabaram por excluir a grande maioria da população brasileira do acesso à segurança jurídica da propriedade territorial. Situação que se pretende modificar com a aprovação do projeto de Lei nº 3057/2000 que contou com a participação de vários atores sociais na sua elaboração.

A união de representantes da Frente Nacional de Prefeitos, da Confederação Brasileira de Municípios, representantes da Casa Civil, do Ministério da Justiça, do Ministério do Planejamento, da Advocacia Geral da União, do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil-IRIB e da Associação Nacional dos Notários e Registradores- ANOREG, sensibilizados com o esforço feito pelos atores públicos e privados, como prefeituras, associações de bairro e pelos movimentos sociais, na tentativa de efetivar uma reforma urbana que proporcionasse, além do direito à moradia digna, a segurança jurídica da posse, organizou e fez parte de um grupo de trabalho e discussões sobre o tema, visto que a Lei 6766/79, de parcelamento do solo urbano, já não atende mais as necessidades do tipo de parcelamento do solo urbano necessário para promover a reforma urbana na sociedade atual.³²⁰

Destes estudos originou-se o projeto de Lei 3047/2000, que visa modificar a Lei 6766/79, que regulamenta o parcelamento do solo urbano e alguns dispositivos da Lei 6015/73, que dispõe sobre os registros públicos, o qual se encontra em tramitação no Congresso

³¹⁹ JACOMINO, Sérgio. *Por uma nova ordem jurídico-registral no Brasil.*, p. 293

³²⁰ FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p. 327

Nacional e, se aprovado, vai trazer várias condições de possibilidade, para que se diminua a informalidade.

As exigências e formalidades impostas pela Lei 6766/79 proporcionaram um crescente aumento nas irregularidades imobiliárias, motivadas basicamente por dois tipos de irregularidades: a técnica e a jurídica. A primeira acontece, quando o loteamento é feito, de fato, sem aprovação pelo poder público municipal, quando se obtém aprovação de um projeto e executa outro, ou quando é executado conforme o projeto, mas não se obedece o cronograma previsto para conclusão das obras.³²¹ A segunda, por sua vez, acontece quando o loteamento não tiver sido registrado e tiverem sido iniciadas as vendas dos lotes. Neste caso por não ser o loteador o proprietário da área loteada, por haver divergência entre o registro e o plano aprovado, ou, ainda, criminosamente quando o loteador não tenha e saiba que não terá a propriedade do solo, apresenta para venda como loteamento, não havendo, portanto, nenhuma possibilidade de regularização.

O poder público municipal, nestas situações assistiu passivamente a todo este processo sem impor a fiscalização que lhe cabia e permitiu que se formassem inúmeros loteamentos nos quais os adquirentes, na maioria pessoas pobres, não conseguem a titulação do seu terreno e, por conseqüência, ficam excluídos dos programas de financiamentos habitacionais.

As novas regras propostas pelo projeto visam uma flexibilização e uma compatibilização entre as questões de direito urbano e de direito ambiental, integrando processos de licenciamento ambiental e urbanístico e desburocratizando os licenciamentos e o registro de imóveis, simplificando exigências desnecessárias e visando estimular a produção de moradias para pessoas de baixa renda a um custo menor, com a produção de loteamentos com infra-estrutura básica, e traz também como instrumento desta proposta a concessão do direito de superfície.

Propõe ainda o projeto, uma redução de custos transacionais, com uma redução nas despesas com escritura pública e possibilidade de dispensa da escritura pública, quando o loteamento for promovido pelo poder público, redução na alíquota do Imposto de Transmissão de bens imóveis (ITBI), uma redução dos valores do registro imobiliário, e maior segurança jurídica da posse dos promitentes compradores de lotes, obrigando o loteador a registrar o

³²¹ SILVA, Gilberto Valente da. *As prefeituras municipais e a regularização dos loteamentos*. In: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, boletim nº 775, disponível em <http://www.irib.org.br/print/salas/>, Acesso em 01.nov.2006.

empreendimento para poder cobrar dos promitentes compradores qualquer mensalidade em atraso.

Além disso, o projeto visa uma adequação da Lei 6015/77, que dispõe sobre os registros públicos, alterando significativamente e simplificando as exigências formais para o registro de loteamentos, facilitando a inclusão e regularização de inúmeros loteamentos no sistema registral brasileiro, e em conseqüência, a aquisição formal da propriedade e a segurança jurídica da posse.

O direito de superfície como direito real, no sistema oficial do direito brasileiro, somente se constitui com o registro do respectivo título de transmissão do direito no registro imobiliário competente, conforme o que dispõe o Código Civil brasileiro de 2002,³²² fato que somente vai ser possível, se o solo estiver regularizado. Não havendo a regularidade formal do solo pelo registro do título de propriedade no registro imobiliário, não se pode, por conseqüência, formalizar o direito de superfície.

Disso se depreende que primeiramente é necessário que o solo seja formalmente de propriedade do concedente do direito de superfície. Superada esta questão, a concessão do direito de superfície, dentre todos os instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade, como a concessão do direito de uso, a outorga onerosa do direito de construir, por exemplo, é aquela que representa a melhor forma de garantir a segurança jurídica da posse, pois, mesmo que por tempo determinado o superficiário terá o domínio sobre a construção, e tendo-o como direito real, em qualquer circunstância irá impô-lo a todos os demais e ao próprio Estado, conquistando assim a promoção e a valorização da dignidade humana, com fundamento no princípio constitucional de garantia dessa como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

³²² Conforme o art. 1227: “ Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos(arts. 1245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.” BRASIL. *Código civil de 2002*, 2003. p. 271.

3.5.2 Algumas experiências

Transcorridos alguns anos desde a recepção do direito de superfície pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda são raras as experiências práticas nas quais se utilize efetivamente o referido direito real. Na verdade ainda impera a concepção clássica do direito de propriedade de forma plena. A idéia de uma propriedade que não seja plena, mas dividida em domínio direito e domínio útil ainda causa aspereza e afasta a possibilidade de ao menos se pensar na viabilidade do uso do direito de superfície para equacionar algumas questões relativas à falta de moradia.

Como exemplo de algumas experiências com a utilização do direito de superfície pode-se descrever aquelas que envolvem o poder público, nos casos em que este possua áreas territoriais sob o seu domínio que não estejam sendo utilizadas, ou utilizadas precariamente, para desenvolver projetos de produção de moradias, ou naqueles casos em que as áreas já estejam sendo ocupadas por particulares, e o poder público não tem como efetuar a venda ou não quer efetuar-la, nem é possível que os ocupantes busquem a aquisição *ad usucapionem*, por tratar-se de bem público.

Outra situação na qual se pode utilizar o direito de superfície é aquela na relação entre particulares, especialmente no território urbano. O proprietário do solo não tendo interesse em edificar e como forma de fazer com que o imóvel de sua propriedade cumpra com sua função social, por vontade própria ou por imposição legal, quando não tenha interesse em vender o solo, concede o direito de superfície, para que outro particular edifique no solo de sua propriedade por um determinado período de tempo, construindo o superficiário sua moradia, dando-se ao solo uma utilização, impedindo, assim que o poder público aplique ao proprietário do solo não utilizado as sanções previstas pelo plano diretor como o parcelamento ou a edificação compulsórios, o imposto progressivo no tempo ou a desapropriação com pagamento em títulos da dívida ativa.

Algumas experiências de direito público têm demonstrado exatamente aquilo que se previu a respeito da utilização do direito de superfície pelo poder público na produção de moradias, na regularização de ocupações em solo público e, ainda, na atribuição de uma função social ao solo público ou particular que não esteja sendo utilizado ou esteja sendo

subutilizado, e, ao mesmo tempo, proporcionando proteção e respeito à pessoa, ao criarem-se meios que possibilitem a ela morar dignamente.

Uma dessas experiências ocorreu no município de Pontão, região norte do estado do Rio Grande do Sul. O município de Pontão possui 3.491 habitantes³²³ e uma economia essencialmente agrícola. Na área urbana do município o poder público era titular de uma área de terras que havia sido loteada, originando mais de uma centena de novos terrenos, dos quais a maioria estava sendo ocupada por particulares que não tinham condições financeiras de adquirir os terrenos e igualmente não poderiam usucapi-los por serem públicos. O legislativo municipal aprovou a Lei complementar nº 006/02, de 02 de dezembro de 2002, em complemento à Lei nº 225, de 20 de outubro de 1999, Lei orgânica do município, e possibilitou ao poder executivo conceder o direito de superfície dos imóveis decorrentes do referido loteamento, sancionada pelo executivo e publicada em 02 de dezembro de 2002, atribuindo cidadania e possibilidade de concretização de moradia digna à inúmeras famílias.

Com fundamento na referida Lei e cumpridas algumas exigências como tempo de posse da área; não existência de outro imóvel e inexistência de dívidas perante o município,³²⁴ o executivo municipal por decretos individuais concedeu o direito de superfície de forma gratuita aos seus ocupantes, por prazo indeterminado e para fins de moradia. A transmissão do domínio foi formalizada por escrituras públicas individuais nas quais se obteve a exoneração do Imposto de Transmissão Causa *mortis* e Doações- ITCD, em virtude da imunidade prevista na legislação estadual para a transmissão do domínio. As escrituras públicas, em razão de não ser atribuído aos atos valor algum, visto que foram gratuitos, tiveram um custo reduzido, igual custo reduzido também se obteve no registro imobiliário, de forma que com o envolvimento de vários atores sociais, uma política urbana eficiente e um custo muito baixo, mais de uma centena de famílias tiveram assegurado seu direito à moradia digna, e, por conseqüência, a valorização e o reconhecimento da dignidade humana, com a segurança da posse por meio da titulação do direito de superfície sobre o terreno onde, até então, viviam informalmente,

³²³ Conforme IBGE, mapeamento por cidades de 01 de julho de 2006. Disponível em www.ibge.gov.br. Acesso em 12/mar./2007.

³²⁴ Conforme o art 7º: “ Aos ocupantes da área de propriedade do Município descrita no art. 6º desta lei, será concedido o Direito de Superfície, previsto nos artigos 21 a 24 da lei federal nº 10.257/01, que Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade) mediante o preenchimento, pelos mesmos, das seguintes condições: I – possuir como sua a área, a pelo menos cinco anos; II- declaração de não ser proprietário de qualquer imóvel urbano ou rural; III – não possuir dívidas pendentes perante o Poder Público Municipal.” MUNICÍPIO DE PONTÃO. *Lei complementar nº 006/02, de 02 de dezembro de 2002*. Publicada em 02/dez./2002.

sujeitos à todas as formas de exclusão social, e com isso a possibilidade de buscarem financiamentos para a construção de suas casas.

Outra experiência na qual foi utilizado o direito de superfície para solucionar questões habitacionais aconteceu no município de Alpestre, no extremo norte do estado do Rio Grande do Sul, com uma população de 7.826 habitantes³²⁵. Nesse caso, vários terrenos em um loteamento promovido pelo município há certo tempo, no qual, enquanto o município decidia a respeito dos critérios a serem utilizados na venda dos terrenos, muitas famílias foram ocupando os mesmos, mas de forma precária, visto que as vendas dos respectivos terrenos não haviam sido formalizadas. Como a população era de baixa renda não possuía condições financeiras para adquirir por compra os referidos terrenos.

Não possuindo o título de domínio sobre o solo, não conseguiam financiamentos para edificar suas casas e tinham que submeter-se àquilo que podiam construir com os poucos recursos próprios que tinham: barracos. O Município na elaboração da Lei nº 1223/2003, de 01 de dezembro de 2003, em regulamentação à Lei nº 51, a Lei orgânica Municipal, fixou alguns critérios como tempo mínimo de posse, regularidade do pagamento dos tributos municipais, inexistência de dívidas.³²⁶ Da mesma maneira que ocorreu no município de Pontão, as concessões também se deram por Decreto do Executivo municipal, identificando o beneficiário e o imóvel, cujas transmissões do domínio foram formalizadas por escrituras públicas, com isenção de imposto de transmissão, e em parceria com outros atores jurídicos tiveram custo de escritura pública e de registro imobiliário.

O município de Porto Alegre também regulamentou a possibilidade da concessão do direito de superfície nos imóveis de sua propriedade Conforme a Lei complementar nº 292/91 e o Decreto nº 14.292/2003, oferecendo à população de baixa renda duas possibilidades de

³²⁵ Conforme IBGE, mapeamento por cidades de 01 de julho de 2006. Disponível em www.ibge.gov.br. Acesso em : (12/mar./2007)

³²⁶ Conforme art. 1º : Visando promover a regularização fundiária, o interesse social e o interesse do Poder Público, com respaldo e de conformidade com as Leis 10.257/2001, 10.406/2002, 4.380/1964 alterada pela Lei 5.049/1966, fica o Município de Alpestre, autorizado a conceder, mediante escritura pública, o Direito de Superfície, beneficiando a todos os ocupantes, sem escritura, de áreas localizadas no perímetro urbano, pertencentes ao município, observados os critérios ou condições constantes desta Lei: I – A concessão será permitida por tempo indeterminado, de acordo com a legislação vigente, contanto que esteja localizado em zona urbana; II O superficiário deverá apresentar provas de estar ocupando a área há no mínimo cinco (5) anos; III – Para habilitar-se ao benefício o interessado, tendo apresentado as provas a que se refere o inciso anterior, deverá também comprovar que está em dia com o Imposto Predial e Territorial Urbano e taxas correlatas, ou quaisquer outras taxas, relativas à(s) área(s) em questão; IV – O superficiário requerente ao direito de Superfície não poderá ter dívida ativa de nenhuma espécie com o erário público municipal para habilitar-se a este Direito.” MUNICIPIO DE ALPESTRE. *Lei nº 1223, de 01 de dezembro de 2003*. Publicada em 01/dez./2003.

receber uma moradia já edificada: por meio da concessão real de uso, ou do direito real de superfície do solo público para edificar suas moradias³²⁷.

Pelos exemplos citados, diferentemente daquilo que acontece na concessão do direito real de uso, instrumento também utilizado pelos municípios na produção de moradias, no qual não há aquisição da propriedade, mas apenas a concessão, para que o particular use o solo ou a edificação que continuará sendo pública, na concessão do direito de superfície em face da existência de uma negação provisória do princípio da acessão³²⁸, o solo continuará sendo público, mas a moradia passa ao domínio pleno do superficiário. E, nesse aspecto reside a grande importância do direito de superfície como instrumento de transformação social relativamente aos problemas de moradia, pois, por ele se reconhece o domínio sobre a construção.

Confirma-se por esse argumento que o direito de superfície é, sem dúvida, um dos mais importantes instrumentos públicos na produção de moradias para as pessoas de baixa renda, podendo ser implementado em qualquer município, desde as grandes metrópoles até os pequenos municípios, pois é ilusória a interpretação de que somente as grandes cidades têm poucos recursos habitacionais³²⁹. As pequenas cidades também os têm. Nas pequenas cidades a economia é geralmente centrada na produção agrícola, não existem indústrias, o comércio é familiar e a prestação de serviços é reduzida, com isso não existem empregos, não existe renda, o resultado é pobreza e condições habitacionais precárias.

Com a titulação imobiliária possibilitada pela concessão do direito de superfície sobre um terreno, os superficiários passam a ter acesso a muitos programas de financiamentos para construção com pagamento a longo prazo e com juros reduzidos, para que possam edificar suas casas ou reformar as já construídas, de forma que estas lhes proporcionem uma moradia adequada, com material de construção perene, protegida do calor, do frio da umidade, de tamanho adequado ao número de pessoas que nela habitam, enfim, que permita que estes tenham uma vida digna, para que somente assim possa-se dizer que o princípio constitucional da valorização e proteção da pessoa e da dignidade humana estão sendo concretizados.

³²⁷ SOMENSI, Simone. *O direito de superfície como instrumento de regularização fundiária*. IN; NERY, Cristiane da Costa; SULZBACH, César Emilio; BOHRER, Clarissa Cortes Fernandes. *Congresso de direito urbano-ambiental: 5 anos do estatuto da cidade, desafios e perspectivas*. Porto alegre: Corag, 2006, p. 292

³²⁸ SOMENSI, *O direito de superfície como instrumento de regularização fundiária*, 2006, p. 293

³²⁹ Conforme pesquisa do IBGE, segundo Fernandes as favelas estão presentes em 80% das cidades que tem entre 100 e 500 mil habitantes, em 45% das cidades que tem entre 20 e 100 mil habitantes e em 36% das cidades que possuem menos de 20mil habitantes. FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p.311.

3.5.3 Inclusão social

A titulação tem uma importância fundamental para os sujeitos do direito à moradia, uma vez que dela dependem a segurança jurídica da posse e a possibilidade da vida com dignidade, pois do contrário estão esses sempre na iminência de serem forçadamente retirados do lugar que ocupam e expostos aos mais diversos perigos contra a vida. Ela também direciona conflitos domésticos nos casos de separação conjugal, de sucessão hereditária, evita conflitos a respeito de divisas com vizinhos, e, principalmente abre a possibilidade de acesso a formas de crédito,³³⁰ a financiamentos que possibilitam a construção da moradia, ou a reforma desta, para que se torne uma moradia digna, e que por outro lado, sem uma titulação, a posse apenas não possibilita tais vantagens ao possuidor.³³¹

A regularização fundiária e conseqüente inclusão social é um processo complexo que envolve muitas outras questões que vão muito além da regularização jurídica dos lotes, e que devem ser conciliadas com esta, como objetivos de uma política de apoio a regularização fundiária sustentável. Neste sentido, os principais objetivos desta devem ter como meta o princípio constitucional de reconhecimento, proteção e promoção da dignidade humana, promovendo e reconhecendo os novos direitos propostos pela atual ordem jurídico-urbanística, fundada nos preceitos do Estado Democrático de Direito, para um processo amplo de inclusão, tendo como prioridade buscar soluções coletivas aos problemas coletivos; removendo os obstáculos que impedem a regularização fundiária, na perspectiva fundiária, registral, urbanística, ambiental, administrativa; fomentando o reconhecimento dos títulos representativos dos novos direitos acima mencionados pelos agentes financeiros.³³²

Para que estes objetivos sejam atingidos é necessária uma integração entre as questões jurídicas, por meio de um diálogo entre os atores do direito, visando o reconhecimento dos

³³⁰ FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p. 360

³³¹ Sem a documentação da regularização do terreno a ser adquirido ou prova da propriedade do lote sobre o qual se deseja edificar nem se examina a possibilidade de aprovação do crédito, pois um dos requisitos para que isso aconteça e estar entre a documentação apresentada a prova dominial, conforme a relação da documentação informada pela própria Caixa Econômica Federal, agente financeiro mais importante na promoção de financiamento para aquisição de moradia. Conforme : “Agora que você tem a Carta de Crédito, providencie a documentação referente ao terreno que você deseja adquirir ou do seu imóvel para que sejam procedidas as avaliações do imóvel e de risco da operação.” Disponível em www.caixaeconomicafederale.gov.br/habitacao. Acesso em (27/fev./2007)

³³² FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p.320

novos direitos que foram reconhecidos e consolidados pela Constituição Federal e regulamentados pelo Estatuto da Cidade e pelo Código Civil de 2002, viabilizando o respectivo registro imobiliário, e com isso a segurança jurídica da posse. Nesse aspecto já estão sendo discutidas e articuladas negociações, visando reduzir os custos dos registros imobiliários em algumas circunstâncias especiais³³³.

Igualmente é necessário que se viabilizem as questões financeiras com apoio financeiro e captação de recursos em parceiras público-privadas; as questões urbanísticas, com o auxílio e assistência técnica a custos mais baixos; e as questões administrativo/institucionais, com a construção de uma discussão para regularização fundiária e elaboração de planos diretores.³³⁴

Neste cenário de transformações, advindas da Constituição Federal de 1988, o direito de superfície se insere como um dos novos instrumentos de inclusão social propostos pelo Estatuto da Cidade, cujo regramento foi ratificado e ampliado pelo Código Civil de 2002, e as experiências com a sua utilização devem ser difundidas, pois mesmo com títulos aquisitivos registrados nas mãos, algumas vezes estes títulos ainda são vistos e discriminados. Alguns bancos e outras instituições financeiras ainda têm a idéia de que são formas inferiores de propriedade.³³⁵

Convém referir também que além das áreas pertencentes aos municípios também devem ser objeto de utilização e estão sujeitos às normas de regularização fundiária todos os bens de domínio dos estados-membros e da União, bem como de suas autarquias e institutos que não estão sendo utilizados, pois o princípio do cumprimento da função social da propriedade urbana também se aplica às propriedades públicas.³³⁶ Não se pode admitir que o cumprimento da função social seja imposto à propriedade privada, enquanto a propriedade pública a está descumprindo e dando origem a, por vezes, imensos vazios urbanos construídos ou não, sem qualquer utilização.

Como o problema habitacional, consideradas as questões de falta de moradia e de informalidade, possui as dimensões do país, as ações do poder público não serão suficientes

³³³ Com relação a este assunto em várias cidades em parcerias estabelecidas entre poder público, agentes financeiros e registros de imóveis se viabilizou o que se convencionou chamar de “mutirão da casa própria”, no qual as políticas fundiárias estabelecidas e financiadas para a aquisição de moradias obtiveram sua formalização garantida pela redução dos custos registrares, visto que em alguns casos este era o óbice para que se proporcionasse o direito efetivo da segurança jurídica da posse.

³³⁴ FERNANDES, *Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável*, 2006, p.321-323

³³⁵ *Ibidem*, p.341

³³⁶ *Ibidem*, p.349

para solucioná-lo. Portanto, será necessária a produção de lotes urbanizados e regulares também pela iniciativa privada.

Nesse aspecto os bens particulares também desempenham um papel fundamental, pois esses são grande maioria na constituição territorial dos municípios. Diante da nova ordem urbanística das cidades, os proprietários privados não podem mais ficar à margem dos caminhos que levam à concretização de um direito à cidade, conforme prescrevem os preceitos do Estado Democrático de Direito. Conforme o que menciona Collado, as novas concepções do direito de propriedade são formuladas com base na utilização individual e social dos bens, e devem estruturar e regulamentar interesse público e interesse privado.³³⁷

A regularização da posse é uma forma muito importante de inclusão social, entretanto, não basta apenas a titulação e a formalidade, para que se efetive esta inclusão, pois ela depende ainda da infra-estrutura local.³³⁸ Um planejamento urbano adequado com infra-estrutura básica de sistema viário, de transportes e de serviços existentes pode evitar que, a título de regularização fundiária feita sem critérios, se criem verdadeiros guetos urbanos³³⁹ que causam mais exclusão do que inclusão. A inclusão social abrange, portanto, a integração entre a titulação formal e segura da posse, com todo o ambiente a sua volta, com o direito de ver a cidade e fazer parte dela por meio do acesso ao transporte, às oportunidades de emprego e lazer, à educação, a serviços de saúde, e o direito à moradia sadia, segura, protegida e de fácil acesso.

A concessão do direito de superfície dos imóveis urbanos públicos ou privados não é a solução para todos os problemas habitacionais e sociais, mas faz parte da construção de um caminho que pode levar à redução das desigualdades e, por consequência, a um futuro mais digno e mais humano da vida nas cidades. Por meio dele podem se operar algumas das transformações apontadas e prometidas pela Constituição Federal de 1988 para a construção de

³³⁷ COLLADO, Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento e régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979, p.157-159

³³⁸ SAULE JUNIOR, *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, 2004, p. 346

³³⁹ Aguiar usa a expressão "guetos urbanos" para explicar a traumática experiência de regularização de duas áreas na região central do município de Porto Alegre, o núcleo Planetário e o núcleo Lupicínio Rodrigues, nos quais foram implantados conjuntos habitacionais, que apesar de estarem localizados em uma área central possuem uma arquitetura na qual predominam ruas estreitas e em forma de labirintos, becos e praças rodeadas de muros, num conjunto de equívocos urbanísticos, acidental ou intencionalmente, contrastando com a arquitetura de ruas longas e largas em sua volta e que, na verdade, continuam excluindo seus moradores, quando deveriam integrar e incluir esta população à cidade em sua volta. AGUIAR, Douglas Vieira. *Guetos urbanos*. Regularização fundiária. Boletim eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil- IRIB nº 754. São Paulo, 29/07/2003. Disponível em <http://www.irib.org.br?print/salas/boletime1754c.asp>. Acesso em (01/nov./2006)

um Estado Democrático de Direito, no qual se possa efetivar a promoção da dignidade humana pela possibilidade de acesso à moradia adequada.

CONCLUSÃO

Sem dúvida, desde o início deste trabalho desafios e obstáculos foram enfrentados, pois se propôs buscar no ordenamento jurídico uma modalidade capaz de apresentar condições de possibilidade, para promover o racional aproveitamento do solo urbano, bem como possibilitar o acesso à moradia adequada em cumprimento aos princípios constitucionais da função social da propriedade e da proteção da dignidade humana. E assim, tijolo por tijolo como se faz de fato na construção de habitações, tentou-se construir uma argumentação capaz de comprovar que é urgentemente necessário que se construam caminhos sociais e jurídicos que levem à possibilidade de efetivação do direito à moradia digna, adequada, de forma concreta.

Apontou-se como um desses caminhos a concessão da superfície sobre o solo urbano, para que nela se possa construir de fato e de direito a moradia, com salubridade, infraestrutura, acesso ao trabalho e com segurança jurídica da posse. Verificando-se que a concessão do direito de superfície sobre a propriedade urbana é uma alternativa para atingir esse objetivo, e que mesmo sendo um direito com origem secular, é trazido para a modernidade como direito novo, na tentativa de utilizá-lo como possibilidade de auxílio no enfrentamento da problemática social relacionada à falta de moradia.

Muitas foram as dificuldades, a começar pela complexidade do tema, pois, embora se desejasse estudar as questões envolvendo a utilização do direito de superfície, como instrumento capaz de promover a produção de moradias e, ao mesmo tempo, fazer cumprir as funções sociais da propriedade territorial urbana, foram necessárias construções de conceitos extremamente complexos como de dignidade humana, de função social da propriedade, de moradia digna, de moradia adequada, uma vez que esses conceitos são construídos e reconstruídos de acordo com uma série de fatores sociais, espaciais, temporais, culturais e econômicos, não existindo, assim, um único conceito a respeito destas noções que seja

completamente adequado para explicá-las sob seus variados aspectos, pois este sempre dependerá de um contexto específico.

Outra dificuldade encontrada diz respeito à bibliografia pesquisada, uma vez que, mesmo que o direito de superfície tenha conexão com toda uma tradição romana, no caso do direito brasileiro, ele se insere como possibilidade de transformação social, para que se viabilize a concretização dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, trazidos pela Constituição Federal de 1988, representados pelo reconhecimento e valorização da pessoa humana e dos interesses da coletividade. Nesse aspecto, a produção bibliográfica nacional está limitada a importantes, entretanto, raras obras que tratam do tema com esta perspectiva. O direito estrangeiro, por sua vez, quando não traz uma conexão mais forte com a tradição do direito romano, está voltado para outras sociedades com características diferentes daquelas encontradas na realidade das cidades brasileiras, não condizendo, portanto, com estas. Por esta razão, o texto foi construído a partir das proposições a respeito da dignidade humana, da função social da propriedade, do direito à moradia como novo direito, e do direito de superfície sob sua perspectiva social dentro das peculiaridades próprias da sociedade brasileira na atualidade.

Por questões de compreensão não se pôde negar um enfrentamento da tradição romana, bem como de toda uma conotação técnica a respeito da definição, da utilização, da formalização e da significação do direito de superfície em comparação e distinção de outros direitos relativos à propriedade territorial. E, se, por vezes, intencionalmente prolongou-se em conceituações técnicas, ou repetiu-se a exposição de conceitos e definições, foi unicamente com a intenção de torná-los mais claros.

De tudo quanto se analisou, extraíram-se algumas considerações importantes, iniciando-se pela de que a dignidade é inerente ao ser humano, e se faz presente no mesmo, quando o homem se encontra em equilíbrio, satisfeito, com suas necessidades supridas, ao passo que a falta de dignidade se faz presente toda vez que se afasta o homem desta satisfação, e que esta situação raramente acontece por vontade própria, mas na maioria das vezes pela imposição de um poder econômico, político, cultural, que o obriga a sobreviver despido de dignidade.

Como não se faz possível conceituar a dignidade humana de forma absoluta, pois é permeada de subjetividades causais, temporais, culturais, históricas, a garantia do respeito que lhe é inerente e a verificação de sua proteção torna-se de difícil verificação, pois em razão desta abstração o próprio Estado se abstém do dever de protegê-la. Entretanto, apesar de não se

poder construir uma definição da dignidade humana que se considere definitiva, sabe-se muito bem que nas condições de pobreza, fome, sofrimento e exclusão, nas quais (sobre)vivem milhares de brasileiros não existe respeito à dignidade humana, como muito bem se pode observar no quadro de pobreza e abandono presente nas periferias das grandes cidades brasileiras, constatando-se que, apesar de todas as normas de proteção à dignidade humana, nacional e internacionalmente elaboradas e de toda a luta da sociedade e dos movimentos sociais, a não-efetivação da proteção assegurada se prolonga indefinidamente.

É necessário que se compreenda que nesse processo não se pode desviar o atendimento preferencial das necessidades vitais, como a moradia, o alimento, a saúde, a dignidade, já que o solo, que por sua natureza deveria ser fonte de abrigo e alimento, foi transformado em uma mercadoria que apenas poucos podem adquirir. Nesse aspecto, o cumprimento da função social da propriedade passa a integrar o conteúdo dos direitos humanos que garantem a dignidade da pessoa humana na conquista da cidadania para a efetivação dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Assim, a dignidade humana nas questões de moradia, e o reconhecimento do direito à moradia digna, não devem ser somente reconhecidos, mas efetivados.

Para essa efetivação, percebe-se que existem caminhos a trilhar. Nestes, torna-se necessário que as cidades sejam ordenadas para o aproveitamento do solo urbano de modo racional, de forma que é imprescindível que as propriedades territoriais urbanas atendam às suas funções sociais específicas, sendo necessário, para tanto, que as cidades se organizem, primando por uma gestão democrática do direito à cidade que somente vai ser possível pela participação popular ordenada e garantida por um plano diretor adequado a cada realidade, que conjugue todas as funções sociais da cidade, proporcionando um meio ambiente sadio e condições de vida digna à população, assegurando acesso à moradia digna, regularização fundiária e urbanização das áreas ocupadas por população de baixa renda. E, ainda, que se promova o desenvolvimento sustentável, para que as cidades se organizem de forma a alcançarem a igualdade, a justiça social e a participação popular nas tomadas de decisões que dizem respeito à proteção da vida e da dignidade humana.

Nesse aspecto, o plano diretor é de especial importância, pois dispõe de instrumentos para fazer cumprir as funções sociais das propriedades territoriais urbanas e promover o desenvolvimento sustentável, necessários para a aplicação de uma política urbana que priorize o direito à moradia digna, como, por exemplo, o direito de preempção, o direito de superfície, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, a transferência

do direito de construir e consórcio imobiliário, evidenciando que a dignidade humana, assegurada pelo acesso à moradia adequada, deve pautar as ações do poder público no sentido de promover todas as interferências necessárias para esse fim, bem como as ações dos particulares na promoção e utilização de seu espaço territorial adequadamente aos interesses da sociedade.

Disso se entende que o cumprimento das funções sociais do solo urbano é o único meio para que se possa atender à demanda habitacional do Brasil, especialmente das pessoas pobres, pois possibilita que o espaço urbano, limitado fisicamente, seja inteiramente aproveitado, e, nesse aproveitamento, sejam utilizados todos os meios legais para a moradia formal.

Constata-se, ainda, que as transformações sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988, reconhecendo o direito à moradia como direito inerente à dignidade humana, foi o resultado da luta social travada por vários atores sociais, especialmente pelos movimentos sociais, como, por exemplo, o movimento dos sem-teto. Para a efetivação desse direito, esses movimentos foram de fundamental importância na busca pela concretização do direito à moradia, por meio de ações que não se restringiram a desabafos e reivindicações apenas, e que se identificaram pela tomada da posse daqueles bens públicos ou privados que, segundo critérios objetivos, verificados por eles próprios, não cumpriam com sua função social de proporcionar moradia, nem com qualquer outra função social específica, passando a fazer uso destes bens como forma de exigir o cumprimento de seu direito a ter moradia digna.

Dessa forma, o reconhecimento formal da possibilidade de concessão do direito de superfície com a perspectiva social de promover e produzir moradias adequadas e dignas, não foi uma espécie de presente do poder legislador, mas antes de tudo uma conquista dos movimentos sociais em razão de suas lutas e tomadas de decisões ante a inércia do poder público, em promover por conta própria ações concretas que visassem a reforma urbana com a efetivação do direito à moradia e conseqüente resgate da dignidade humana, obrigando-o, assim, a desenvolver a partir desta imposição o ordenamento das cidades nas suas mais variadas formas de promover a regularização fundiária.

A regularização fundiária, por sua vez, e a conseqüente inclusão social, porém, é um processo complexo que envolve muitas outras questões que vão muito além da proteção jurídica da posse e da regularização de lotes, e que devem ser conciliadas com estas. Nesse sentido, os principais objetivos desta devem ter como meta o princípio constitucional de reconhecimento, proteção e promoção da dignidade humana, promovendo e reconhecendo os direitos propostos pela nova ordem jurídico-urbanística, fundada nos preceitos do Estado

Democrático de Direito para um processo amplo de inclusão. E, ainda, que por meio de soluções coletivas se afastem os obstáculos que impedem a regularização, nas perspectivas fundiária, registral, urbanística, ambiental e administrativa.

Para que estes objetivos sejam atingidos é necessária a integração entre as questões jurídicas, visando o reconhecimento dos novos direitos consolidados pela Constituição Federal e regulamentados pelo Estatuto da Cidade e pelo Código civil de 2002, como, por exemplo, o direito de superfície, o qual, por suas características e peculiaridades, possui condições de proporcionar moradia digna, com a produção de novas moradias ou melhoria das já existentes, e, ao mesmo tempo, atribuir aos cidadãos não apenas a moradia material, de fundamental importância para a manutenção da vida e da dignidade humana, mas também a moradia formal, atribuindo a estes a formalidade necessária à segurança da posse e a um amplo espaço de inclusão social.

O direito de superfície é um dos caminhos, para que se possa promover a dignidade humana, assegurando o direito Constitucional à moradia adequada por meio da inclusão em planos e projetos financeiros para aquisição da moradia formal, estando inserido em um cenário de transformações, advindas da Constituição Federal de 1988 no qual se apresenta como um dos novos instrumentos de inclusão propostos pelo Estatuto da Cidade, cujo regramento foi ratificado e ampliado pelo Código civil de 2002, e cujas experiências com a sua respectiva utilização devem ser difundidas e valorizadas.

A regularização da posse, proporcionada pela implementação do direito de superfície, é uma forma muito importante de inclusão social, mas não é suficiente por si só, para que se efetive plenamente esta inclusão, pois ainda se faz necessária a existência de infra-estrutura local, com planejamento urbano adequado e infra-estrutura básica de transportes e de serviços, abrangendo, portanto, a integração entre a titulação formal e segura da posse, com todo o ambiente à sua volta, com o direito de ver a cidade e fazer parte dela por meio do acesso ao transporte, às oportunidades de emprego e lazer, à educação, a serviços de saúde, e ao direito à moradia sadia, segura, protegida e de fácil acesso.

A concessão do direito de superfície dos imóveis urbanos públicos ou privados não é a solução para todos os problemas habitacionais e sociais, mas faz parte da construção de um caminho que pode levar à redução das desigualdades e, por consequência, a um futuro mais digno e mais humano da vida nas cidades. Por meio dele podem se operar algumas das transformações apontadas e prometidas pela Constituição Federal de 1988 para a construção de

um Estado Democrático de Direito, no qual se possa efetivar a promoção da dignidade humana pela possibilidade de acesso à moradia adequada.

Pelo estudo se confirmou que não existe outra finalidade para o solo urbano diversa daquela de apresentar uma utilização capaz de atender aos interesses da coletividade e de que essa utilização acontece na grande maioria das vezes na sua superfície, a qual deve ser utilizada. Assim, o que sempre se exterioriza é a superfície, a construção existente sobre o solo, mesmo que solo e construção sejam de propriedade da mesma pessoa.

Além das questões propostas, outras se fizeram presentes durante a elaboração do trabalho e que merecem um estudo futuro de forma aprofundada. Uma delas diz respeito ao reconhecimento de um direito não oficial existente nas favelas brasileiras, vigente juntamente ou em conflito com o direito oficial e capaz de criar novos direitos, como, por exemplo, o direito de laje ou de sobrelevação, que possibilita a constituição de uma superfície sobre outra já existente, e que serve como comóvente exemplo de que a necessidade é apta em criar figuras que operem transformações sociais, e de que no coração das favelas, como refere o ditado popular: sempre tem lugar para mais um.

Outra questão que merece a dedicação de um estudo é a chocante constatação da miséria e degradação humana presente nas favelas brasileiras, cuja imagem se revela pela visão de um emaranhado sem nexos de construções sem cor, ou planejamento no qual se identificam apenas os tijolos; cujo solo, já exíguo, nem se vê; cujo céu é cortado por uma infinidade de cabos de energia elétrica que se entrelaçam e se lançam em todas as direções; cujos varais existentes em diversos níveis expõem ao sol, roupas surradas de homens, mulheres e crianças, noticiando que naquele lugar existe vida; cujas ruelas estreitas, curvilíneas e cheias de aclives dão passagem em um mesmo instante às tubulações de água, ao esgoto exposto, aos animais e às pessoas, num retrato de degradação humana; e de que segundo previsões decorrentes do processo de urbanismo como fenômeno global, este contexto vai abrigar oitenta por cento da população das cidades até o ano 2020, cujos efeitos sociais, ambientais e jurídicos, e suas respectivas ponderações precisam ser avaliados nas suas diversas dimensões.

Por fim, nas considerações finais e parciais deste estudo, eis que muitas questões não se fizeram possível verificar, pode-se dizer que tal como o poema *Construção*, de Chico Buarque de Holanda, citado na epígrafe deste trabalho, no qual em cada nova estrofe propositadamente o autor constrói e reconstrói o texto, mudando de lugar os substantivos e adjetivos, e com isso todo o sentido de cada uma delas; assim também acontece com o direito como fenômeno social que deve ser construído e reconstruído toda vez que se alteram as necessidades sociais e se

promovem novos direitos, de forma que a cidadania é uma construção, a dignidade humana é uma construção, a função social da propriedade é uma construção; e o direito de superfície um dos meios que podem proporcionar a construção (no sentido de edificação) da moradia digna e adequada.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21(1992). Disponível em (<http://www.mma.gov.br/index>). Acesso em (10/junh.2007).

AGUIAR, Douglas Vieira. *Guetos urbanos*. Regularização fundiária. Boletim eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil- IRIB nº 754. São Paulo, 29/07/2003. Disponível em <http://www.irib.org.br?print/salas/boletimel754c.asp>. Acesso em (01/nov./2006)

ALBERONI, Francesco. *Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida*. Tradução de Y. A. Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, (Tradutor: Luís Afonso Heck), Porto Alegre: UFRGS, 1999, v.16, p. 203-214.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da regularização fundiária: Porto Alegre e o urbanismo social. In:ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 281-291.

ALFONSIN, Jacques. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.41-79.

_____. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Da revolução*. São Paulo: Editora Ática, 1988.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.(Coleção a obra prima de cada autor).

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Titularidades e apropriação no novo código civil brasileiro: breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 215-250.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexos sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.107-134.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo Código Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002.

BERÉ, Cláudia Maria. *Aspecto inovadores do estatuto da cidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície à luz do estatuto da cidade*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL, *Constituição Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de junho de 1934*. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituições). Acesso em (14/abr./2007).

BRASIL, *Constituição Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição46.htm). Acesso em (09/jun./2007).

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição46.htm). Acesso em (09/jun./2007).

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. 8.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei Federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de introdução ao Código Civil. In: BRASIL, *Código Civil Brasileiro, Constituição Federal, legislação complementar, súmulas e índices*. 8.ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, *Lei Federal nº 4.504 de 30 de novembro de 1964: Estatuto da terra*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em: 06.jun.2006.

BRASIL. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos arts. 182 e 183 da constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. In: BRASIL, *Código Civil Brasileiro, Constituição Federal, legislação complementar, súmulas e índices*. 8.ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Lei Federal nº 10.306, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil brasileiro. In: BRASIL, *Código Civil brasileiro, Constituição Federal, legislação complementar, súmulas e índices*. 8.ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Guia do Estatuto da Cidade. In: *Ministério das Cidades*, disponível em www.cidades.gov.br. Acesso em : (19/abril/2006).

BULFONI, Aw. G. B.. *Il diritto di superficie*. Milano: Editrice, 1908

CASTRO, Sonia Rabelo. Tombamento e proteção aos bens culturais. In: PESSOA, Álvaro. *Direito do urbanismo uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros técnicos e científicos, 1981.

CITELLI, Adilson. *Linguagem e persuasão*. 16 e. São Paulo: Ática, 2005.

COLLADO, Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento e régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1992.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL(1968) Disponível em (<http://dhnet.org.br/direitos>),. Acesso em 10/junh./2007).

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO DA MULHER(1979) Disponível em <http://www.dhnet.org.be/direitos>). Acesso em (10/junh./2007).

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989). Disponível em (<http://www.mma.gov.br/index>). Acesso em (10/junh./2007).

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVIS, Mike. *Planeta favela*. Tradução de Beatriz Medina, São Paulo: Boitempo, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM(1948). Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm. Acesso em (10/jun./2007).

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE OS ASSENTAMENTOS HUMANOS.(1996)
Disponível em (<http://www.unicrio.org.br?ONUtextos.php>). Acesso em (10/jun./2007).

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os pensadores).

EPICURO. *Pensamentos*. Tradução de Johannes Mewaldt. São Paulo: Martin Claret, 2002.(Coleção A obra prima de cada autor)

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____ *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

FEITOSA, Leilyanne B. *Solo criado e direito de superfície*. Disponível em <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol03/11SoloCriadoDireitoDeSuperficie>. Acesso em: 13.set.2005.

FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (org.). *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 309-363.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FREITAS, José Carlos de. Ordem urbanística e acesso à terra. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (org.). *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 267-279.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Disponível em www.forumsocialmundial.org.br/memoria. Acesso em (20. jan. 2007

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

GOMES, Flavio dos Santos. Sonhando com a terra, construindo a cidadania. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi(Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005. p; 447-468.

GOMES, Mércio Pereira. O caminho brasileiro para a cidadania indígena. In: PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (Org.) *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005, p.419-447.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. A disciplina do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 5, vol. 20, out. a dez. de 2004. p. 65 a 110.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 397-423

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GROSSI, Paolo. *Il dominio e le cose*. Milão: Giuffrè, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 4 ed. São Paulo: Nova cultural, 1988.(Coleção Os Pensadores).

HOLANDA, Chico Buarque de. *Construção*. Disponível em (<http://chicobuarque.uol.com.br/construcao/index.html>). Acesso em (13/maio/2007).

JACOMINO, Sérgio. Por uma nova ordem jurídico-registral no Brasil. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (org.). *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 293-307.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra-prima de Cada Autor).

_____. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004.(Coleção A Obra-prima de Cada Autor).

KLANG, Márcio. Direito de superfície. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 541/300. nov./1980.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. 3 ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

_____. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos* Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade? In: *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Florianópolis: Síntese, 2000. nº 3, jan/fev. p. 73-83.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Tradução de Luigi Del Re. 3 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

LIMA, Ary José de ; CHICUTA, Kioitsi; JACOMINO, Sérgio. Terreno de marinha: instituto jurídico tipicamente brasileiro. In: JACOMINO, Sérgio(Coord.). *Registro de Imóveis: Estudos de direito registral imobiliário: XVIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil foz do Iguaçu, 2001*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 29-81.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *O direito de superfície como instrumento de planificação urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. SEMINARIOS EMERJ- DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL, parte II, julho/2002 a abril/2003. Anais: *O novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície*. Número Especial, 2004. p. 145-156.

_____. Direito de superfície: aquisição de espaço aéreo sobrejacente a prédio contíguo. Atendimento do afastamento lateral exigido pela legislação municipal, relativamente ao dito prédio contíguo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Cristóvão: Padma, ano 3, vol.11, jul./set., 2002. p.193-203

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 33-131. (Coleção Os Pensadores).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAZZILLO, Sérgio. Proteção jurídica do meio ambiente. In: PESSOA, Álvaro. *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros técnicos e científicos, 1981. p.189-199.

MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Temis, 1979

MORAES, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleanora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8 ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2003.

MORSELO, Marco Fábio. Direito civil constitucional e o direito de propriedade no Brasil e no direito comparado. *Revista da Pós-graduação da faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Síntese, n. 20, 2000. Vol.2: coleção acadêmica de direito.p. 93-125.

MUNICÍPIO DE ALPESTRE. Lei complementar nº 1223, de 01 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a concessão do direito de superfície. *Poder legislativo*. Publicada em 01/dez./2003.

MUNICÍPIO DE PONTÃO. Lei complementar nº 006/02, de 02 de dezembro de 2002. Regulamenta a concessão do direito de superfície e dá outras providências. *Poder legislativo*. Publicada em 02/dez./2002

NIETZSCHE, Friederich. *A gaia ciência*. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Martin Claret, 2004.(Coleção a Obra Prima de cada autor)

OLIVIER, José Maria Boquera. *Derecho urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio.(coord.). *Direito à moradia e segurança jurídica da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.17-39.

_____.Direito de superfície. In: OSÓRIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 173-187.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em (www.aid.gov.br/legislação/vol.1.htm). Acesso em (10/jun./2007).

PAIVA, João Pedro Lamana. *Breves comentários ao Estatuto da Cidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PAOLI, Maria Célia. Movimentos sociais: cidadania e espaço público. *Revista Humanidades*. Brasília: Edunb, n°4, vol.8., 1992. p.498-500.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10 e.d. Rio de Janeiro: Forense, 1999,

PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Crstina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

PESSOA, Álvaro. *Direito do urbanismo uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,1998.

PHILIPPSEN. Bruno. *Terror semântico*. 2005. 30f. Trabalho de conclusão de disciplina (Graduação em Letras), Faculdade de Letras, Universidade de Passo Fundo.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>. Acesso em (15/abril/2006)

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004

RIBEIRO, Wagner Costa. Em busca da qualidade de vida. In: PISKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005.p 399- 417.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Tradução de Luis Diez-Picazo. Madrid: civitas, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discursos sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família e direitos reais*, v. 2. Tradução de Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTIN, Janaína Rigo; RIBEIRO, Homero Cruz. Direito de superfície: instrumento para efetivar a função social da propriedade à luz do Estatuto da Cidade. In: RODRIGUES, Hugo Thamir (coord.). **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul; Edunisc, nº21, jan/jun. 2004. p.71-79.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura jurídica*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura>. Acesso em (22/dez./2006)

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang . *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: AJURIS, ano 25, n. 73, julho. 1998. p. 210-235.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

_____. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Do sofrimento do mundo*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção a Obra-prima de cada autor).

SILVA, Gilberto Valente. *As prefeituras municipais e a regularização dos loteamentos*. São Paulo : [s.n.], 1981. 14p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da , John Locke, 1632-1704. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coordenador). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 541-545.

SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

SOMENSI, Simone. O direito de superfície como instrumento re regularização fundiária. In: NERY, Cristiane da Costa; SULZBACH, César Emilio; BOHRER, Clarissa Cortes Fernandes (Coord.). *Congresso de direito urbano-ambiental: 5 anos do Estatuto da Cidade, desafios e perspectivas*. Porto Alegre: Corag, 2006, p 290-302.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O direito achado na rua: concepção e prática. *Revista Humanidades*. Brasília: Edunb, n. 4, vol. 8, 1992. p 494- 497.

_____. Um direito achado na rua: o direito de morar. *Curso de extensão universitária à distância: introdução crítica ao direito*. Brasília: Universidade de Brasília. V1., 4.ed., 1993. p. 34 (Série o direito achado na rua).

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3 ed. Ijuí: Unijuí, 2001

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. *E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do direito*. Disponível em (<http://www.leniostreck.com.br>). Acesso em 21.06.2005.

SZPILMANN, Wladyslaw. *O pianista*. Tradução de Tomasz Barcinski. São Paulo: Record, 2003.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERRA, Marcelo. *O registro imobiliário no Estatuto da Cidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VIAL, Sandra Regina Martín. *Propriedade da terra: análise sóciojurídica*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VILLEY, Michel. *Estúdios en torno a la nocion de derechon subjetivo*. Chile: Valparaíso, 1976

WALDMANN, Maurício. Natureza e sociedade como espaço de cidadania. In: PISKI, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi. *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005, p. 545-557.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. MEZZAROBBA, Orides; ROVER, Aires Jose; DAL RI JUNIOR, Arno e MONTEIRO, Claudia Servilha (Coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.