

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

**OS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DA LEI
URBANÍSTICA 10.257/01 E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL
COMO DEFESA DO DIREITO HUMANO À MORADIA**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

LUIZ GUSTAVO DOS REIS TEMÓTEO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

**OS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DA LEI
URBANÍSTICA 10.257/01 E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL
COMO DEFESA DO DIREITO HUMANO À MORADIA**

Monografia apresentada ao curso de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo como pré-requisito da obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: João Paulo Pessôa

SÃO PAULO - SP
2016

LUIZ GUSTAVO DOS REIS TEMÓTEO

OS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DA LEI
URBANÍSTICA 10.257/01 E A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL
COMO DEFESA DO DIREITO HUMANO À MORADIA

São Paulo, 15 de abril de 2016

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Coordenador do Curso de Direito Constitucional

BANCA EXAMINADORA

João Paulo Pessoa

RESUMO

O trabalho representa, essencialmente, um plano de defesa prática do direito à moradia no Brasil, o qual abrange desde ter uma residência na qual será exercida a habitação do cidadão, até a infraestrutura da cidade, a defesa jurídica da posse, e etc., e outros desmembramentos.

O direito à moradia é defensável pela via nacional. Existem competências legislativas sobre a moradia atribuídas a todos os Entes Federativos e prerrogativas do desamparado sobre a propriedade particular.

A forma de amparo, no Brasil, são os “Instrumentos de Regularização Fundiária”, sendo que a maior parte deles (e também os mais eficazes) está contida na Lei federal 10.257 de 2001, chamada “Estatuto da Cidade”, Lei de cunho urbanístico, a qual, revolucionária, trouxe instrumentos antigos e novos como a usucapião especial urbana, a concessão para fins de moradia, o plano diretor, a desapropriação, etc..

A tese ora lida versará então sobre a regularização fundiária através dos mecanismos específicos da Lei urbanística acima citada como forma de defesa do direito à moradia.

Também será analisado o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como requisito para a propositura de ação de competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como a forma de defesa internacional, caso os recursos nacionais não sejam suficientes para resolver a demanda.

ABSTRACT

This work intends to show a defense plan for those who want to have a house with urban structure, juridical defense, easy culture, possible sport, near ways of transport, works around, and others things to have nice conditions of life.

The spoken plan will be explained in your national face first, only with the especial law called "Urban Law". Others mechanisms won't be studied.

The law of the city is a revolutionary law in Brazil and it's trying, since 2001, to make stuff fairer when the subject is getting the "Right of Living in a Healthy Place" having in your text old and new instruments to stand up for urban rights.

This work also wants to show that, besides the ONU's universal system of justice, the tribunal of Aya, in Holland, there's another Court for those who want to fight: The American Commission and Court for Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. DIREITO À MORADIA.....	08
1.1 EVOLUÇÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO À MORADIA.....	09
1.2 BASE POSITIVA DO DIREITO À MORADIA.....	11
1.3 CONCEITOS DE MORADIA, HABITAÇÃO E RESIDÊNCIA.....	13
1.4 A CONCRETUDE DO DIREITO À MORADIA.....	15
1.5 A VIOLAÇÃO AO DIREITO À MORADIA.....	16
2. DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.....	20
2.1 DA IDENTIFICAÇÃO DOS FINS DO DIREITO URBANÍSTICO COM OS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.....	21
2.2 EVOLUÇÃO TELEOLÓGICA DO INSTITUTO JURÍDICO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E SUA MELHORA INSTRUMENTAL.....	22
2.3 O DIREITO URBANÍSTICO, A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO À MORADIA.....	25
2.4 O DIREITO URBANÍSTICO E O ESTATUTO DA CIDADE.....	28
3. DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.....	30
3.1 O DIREITO À MORADIA E O ESTATUTO DA CIDADE.....	32
3.2 DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DO ESTATUTO DA CIDADE.....	32
3.2.1 DA USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO.....	33
3.2.2 DA CONCESSAO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA INDIVIDUAL.....	37
3.2.3 DO PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS.....	38
3.2.4 DO IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO.....	38
3.2.5 DA DESAPROPRIAÇÃO.....	39
3.2.6 DO DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	40
3.2.7 DA PREEMPÇÃO.....	40
3.2.8 DA OUTORGÁ ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR.....	41
3.2.9 DAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS.....	42
3.2.10 DA TRANSFERENCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR.....	43
3.2.11 DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANCA.....	43
3.2.12 DO PLANO DIRETOR.....	44
3.3 CONCLUSÃO PARCIAL.....	45
4. DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL.....	46
4.1 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	47
CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	51

INTRODUÇÃO

O direito à moradia no Brasil atualmente é uma questão ampla e multiplamente conflituosa, pois, em seu bojo, dentre muitas outras questões, há o secular direito à propriedade, do tempo de Locke. Contudo, teoricamente, não é mais mister termos grandes debates uma vez que a propriedade já está submetida à sua função social. A questão-problema é a prática e as possibilidades jurídicas de defesa da moradia.

No primeiro capítulo do trabalho, expõe-se a grandeza do direito humano à moradia, o qual é exprimido no campo abstrato como direito inerente à condição humana, numa expressão jusnaturalista, e é também expressado no campo da sua prática que não é econômica em qualidades para ser classificada satisfatória (a necessidade de haver-se conjugado à residência o transporte, os acesso à cultura, instituições gerais, inclusive de saúde, etc.) sendo um direito base da dignidade da pessoa humana.

Analisa-se a relação da residência física com a cidade que a cerca, a necessidade de baixar os índices contemporâneos tão desestimulantes, com pessoas em condições urbanas tão sub-humanas, passando longe da classificação de “Cidades Sustentáveis”.

No segundo capítulo da tese ora lida, por sua vez, diz respeito à regularização fundiária como o melhor caminho de luta no âmbito nacional contra a violação do direito à moradia. Explana-se a identificação com os fins da regularização fundiária com os da política urbana, podendo-se, então aplicar a política urbana como busca da regularização fundiária.

A política urbana é traduzida, essencialmente, pelo direito urbanístico, e o Estatuto da Cidade, divisor de águas na política da urbe, depois de esperar por dez anos de tramitação passa a existir como a Lei federal 10.257/01, dotada de instrumentos de regularização fundiária urbana para consumação da condição digna de ser um habitante de um lugar. Veio como defensor jurídico da questão urbana, e tem capítulo próprio de estudo nesta tese.

No último capítulo, calcado no direito constitucional pátrio e internacional, explora-se o tema da normatização, da investigação e jurisdição internacional como possíveis instrumentos de resistência ao não cumprimento do direito à moradia, no caso dos instrumentos nacionais não serem suficientes, dando-se destaque às atividades da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e sua legitimidade para propositura de ação perante a Corte Interamericana de direitos Humanos.

1. O DIREITO À MORADIA

Em uma ótica civil-constitucional, o direito à moradia é um bem jurídico da personalidade, componente do princípio, ou postulado, da dignidade da pessoa humana (Entrevista)¹ é um direito social exposto, fixo e defensável.

O direito de morar é irrenunciável e indissociável da vontade da pessoa natural. Permite a fixação do Ser Humano em lugar determinado conjugado ao atendimento os interesses da vida cotidiana. (SOUZA, 2012).

Sem a verificação da moradia digna é impossível ao cidadão gozar do máximo de qualidade que a vida pode atingir. Trata-se de algo basilar, único e necessário à pessoa. A moradia é um lugar de amparo para si próprio e familiares, no qual se resguarda a intimidade e se pratica o básico da vida, um lugar de sobrevivência.

O direito à moradia goza de mesmas características de outros bens da personalidade, como a honra, a incolumidade física, a intimidade, etc., sendo, como dito acima, irrenunciável, bem como “*erga omnes*”, imprescritível, de relativa disponibilidade (apenas em seu aspecto de direito à habitação) e protegido preventiva e repressivamente.

O direito à moradia tem grande repercussão no ordenamento jurídico: Existe uma distribuição de competências entre os Entes Federados sobre a moradia e seus elementos na Constituição (1988).

Cita-se os artigos 21, XX; 22, II; 23, IX; 24, I; 30, VIII; e 30, I do Diploma Maior (1988). Os referidos trechos da Carta Magna (1988) falam sobre a União dar diretrizes para a habitação, legislar privativamente sobre desapropriação; sobre esta ter de promover programas de confecção de habitações e melhorias de saneamento básico e condições habitacionais, ao lado dos Municípios, Estados e Distrito Federal. (CONSTITUIÇÃO, 1988, Da Organização do Estado)². Outrossim, a Federação poderá editar normas de direito urbanístico; os Estados Membros poderão fazer atividade urbanístico-regulamentadora, ditas políticas habitacionais; e aos Municípios, caberá a ordenação territorial, pelo planejamento e fiscalização de uso, bem como o parcelamento e ocupação do solo urbano, além do plano diretor e do interesse local, uma competência residual.

Para estudo de que tipo de norma é o direito à moradia, pode-se dizer que se trata de um direito de eficácia plena de aplicação imediata.

¹ Entrevista concedida por Sergio Iglesias Nunes Souza, ao Carta Forense, Brasil em jan. 2012.

² CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Da Organização do Estado.

Tendo em vista a antiga classificação de Afonso da Silva (1990 apud SAULE, 1999, p.92)³ o direito à moradia tratar-se-ia de uma norma programática, a qual expressava um mero escopo, não sendo fim em si mesmo. Contudo, essa versão fora abandonada, o que não significa que se excluiu do estudo das normas a noção de normas que são criadas para viabilizar a prática de outras, etc., mas não se vê mais o direito que se pretende concretizar como um fim, distante, mas como um direito pra agora. Para melhor compreensão, leem-se palavras de J. J. Gomes Canotilho:

Pode-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que 'impõe a uma atividade' e 'dirigem' materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.⁴

Para Nelson Saule Júnior (1999a, p.96): “[...] o direito à moradia tem eficácia plena e tem aplicação imediata gerando a obrigação ao Estado Brasileiro de tornar sua efetivação plena de forma progressiva [...]”. Logo, o direito à moradia mesmo percorrendo um caminho programático é uma norma de eficácia plena e aplicação imediata por se tratar de um direito humano, presente expressamente na Constituição da República (1988), nos Tratados e Convenções internacionais e na idéia geral do ordenamento.

Para melhor entendimento das formas de defesa de tal instituto jurídico-natural, analisa-se as dimensões dos direitos no mundo e também o que é reconhecido no Brasil como fundamental e humano.

1.1 EVOLUÇÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO À MORADIA

É costumeiro citar gerações ou dimensões dos direitos do homem e dos direitos e garantias fundamentais, os quais são diferenciados por Canotilho (1993 apud BOTALLO, 2005, p.177)⁵ no sentido de que aqueles existem para todos os povos em todos os tempos sendo algo advindo da natureza humana, num caráter jusnaturalista-universalista, enquanto os direitos fundamentais seriam os que têm guarida jurídica, limitados no espaço e no tempo; um direito advindo de uma ordem jurídica concreta específica.

Note-se, que a expressão “direito humano” trata-se de algo pré-jurídico⁶, algo de fundo ético-filosófico, e os “direitos fundamentais” são os que são elencados positivamente,

³ José, 1990 apud.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Almedina Coimbra, 4ª. Edição, 1989, p. 132.

⁵ José Joaquim Gomes, 1993 apud.

⁶ BOTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. 2ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005, p.177.

exclusivamente jurídicos, restringindo-se ao direito constitucional, em suma. No primeiro caso, não é necessária nenhuma atividade humana para a sua existência, o que não acontece no segundo, já que a sua positivação vem do Poder Constituinte Originário ou Derivado.

A primeira geração dos direitos do homem é oriunda da *Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão (1789)*, aprovada na França, e fundamentada na existência de direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis do homem. Observa-se a individualidade dessa geração, pois cada homem tem os seus direitos.⁷

A Declaração dos Direitos do Homem permeou a Constituição norte-americana, a qual, base para muitas Federações, disseminou os direitos supramencionados em todas as Constituições democráticas.

A segunda geração, porém, é referente aos chamados direitos sociais, superando o individualismo latente da primeira geração. Impõe-se ao Estado o dever de agir no sentido de propiciar a grupos sociais a tutela e proteção dos direitos. No Brasil, a Constituição de 1934, muito embora de vida curta, veio abrigar os direitos de segunda geração.⁸

A terceira geração é marcada pelos direitos difusos e coletivos, advindos grandemente do direito internacional. São exemplos desses o meio ambiente, a comunicação, o desenvolvimento, a paz, e o patrimônio comum da humanidade, ou “os cinco direitos da fraternidade” para Bonavides (1991 apud BOTALLO, 2005, p.178)⁹.

Conforme se verá, o direito à moradia é também direito difuso e coletivo na medida que para se ter uma moradia digna, mister é que se tenha aspectos de direito difuso e coletivo agregados à habitação, como meio ambiente saudável, como transporte público, tornando o direito à moradia direito também de terceira geração.

A quarta geração refere-se à tecnologia, no sentido da genética e da informática, e também aos direitos das minorias, entendendo-se o convívio democrático, o pluralismo em todas as esferas da vida social e o acesso à informação.

Nessa geração, entretanto, não se inclui o direito à moradia, uma vez que se encaixaria em ser um dos aspectos do direito das minorias, se tornando algo específico, e não geral e irrestrito, referente a todos.

A título de exemplificação dos direitos constitucionais e oriundos dos movimentos nacionais e do direito internacional, a Associação dos Juízes pela Democracia

⁷ Id, 2005, p.178.

⁸ Ibid, 2005, p.178.

⁹ Paulo, 1991 apud.

(AJD) publicou um quadro (Informação Online)¹⁰: Direito à vida, à integridade pessoal, à proibição da escravidão, à proteção da família e da criança, às garantias judiciais, à igualdade perante a lei, ao acesso ao judiciário, à liberdade pessoal, à liberdade de consciência e de crença, à liberdade de pensamento e expressão, ao direito de resposta, à liberdade de reunião, direito de petição, à liberdade de associação, aos direitos políticos, direito à honra e dignidade pessoal, à liberdade de locomoção, à inviolabilidade de domicílio, à inviolabilidade de correspondência e comunicações, à proteção da maternidade de infância, à liberdade de trabalho e direitos sociais em geral, direito à seguridade social, à saúde, **direito à moradia**, à educação, ao ambiente saudável e direitos dos Índios.

Neste trabalho, porém, interessa estudar apenas o direito à moradia, o qual é exaustivamente declarado em documentos de extrema importância.

O direito à moradia é um direito de primeira, segunda e terceira geração, intimamente relacionado com a qualidade de vida do cidadão e sua dignidade. Trata-se, pois de um direito “*erga omnes*”, um direito humano, sendo inviolável e constitucionalmente protegido.

A seguir, é analisada a positivação do direito à moradia no Brasil, esta feita pelo direito interno ou pela absorção de tratados e convenções internacionais.

1.2 BASE POSITIVA DO DIREITO À MORADIA

Positivamente, o direito à moradia encontra-se fortemente amparado. Aparece prescrito na Constituição da República (1988) após a Emenda Constitucional 26 de 14 de fevereiro de 2000¹¹, como um direito social.¹² Esse tem também previsão convencional em alguns documentos notáveis.

Na Constituição da República (1988), está positivado no art. 6º, e honrosamente referido no artigo 7º, IV, ambos *in verbis*:

Art. 6º São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...] **(Grifo Nosso)** Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo [...] capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e as de sua família com **moradia** [...]. **(Grifo nosso)** (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 6 *caput*, art. 7, IV).

Há menção sobre os direitos sociais no Pacto de San Jose da Costa Rica (1969):

¹⁰ Quadro sinóptico publicado pela Associação dos Juizes pela Democracia, no sitio online, Brasil, março, 2016.

¹¹ EMENDA Constitucional. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. nº 26, Diário Oficial, Brasília, DF, Planalto, fev. 2000.

¹² Cf. CONSTITUIÇÃO, Emenda Constitucional 26; 1988, 2000.

Art. 26º - Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade **dos direitos que decorrem das normas** econômicas, **sociais** e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (DECRETO da presidência nº 678, 1992, art.26º)¹³. **(Grifo nosso)**

O direito à moradia é atualmente reconhecido no ordenamento pátrio como um direito social. Na Convenção Interamericana de Direitos Humanos fala-se dos direitos que decorrem das normas sociais, contemplando-se então o direito à moradia.

Ainda sim, encontramos o direito à moradia no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966):

Art. 11, paragrafo 1º: Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (DECRETO da presidência, 1992, art. 11)¹⁴. **(Grifo nosso)**

No trecho ora transcrito, faz-se menção à “moradia adequada”, já expressando o conceito de moradia na sua totalidade, ou seja, não basta ter uma habitação, mas sim tudo o que torna desta casa uma moradia adequada, como segurança, acesso à cultura, etc.,

Ainda se encontra a referência à habitação, parte do conceito de “direito à moradia”, na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 25º, Parágrafo 1º.: 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 dos Direitos do Homem, 1948, art. 25 §1.)¹⁵. **(Grifo nosso)**

Sem esquecermos a presença do direito à moradia no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento em 1986, na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre os Direitos da Criança, na

¹³ DECRETO da presidência. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Nº 678. Diário Oficial, Brasília, DF, nov. 1992.

¹⁴ DECRETO da presidência. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação, nº. 591, Diário Oficial, Brasília, DF, art. 11, §1., jul. 1992.

¹⁵ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem. Assembléia Geral das Nações Unidas. Paris. Art. 25, §1, dez. 1948.

Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver e no Estatuto de Pessoas com Deficiência, esse último recebido como norma constitucional após procedimento próprio. (LIBÓRIO, 2004).

Para terminar a análise do subtema, cumpre ressaltar que o artigo sexto da Carta Maior (1988) só veio trazer o direito à moradia expressamente com a Emenda à Constituição 26 (2000), entretanto a contemplação do direito à moradia no Diploma já existia implicitamente.

A promoção e a proteção do direito à moradia vinha na Constituição (1988) em seus ditos sobre os princípios essenciais, direitos e garantias fundamentais, da organização do Estado e no capítulo da política urbana.¹⁶

A Constituição da República (1988) trouxe o capítulo da política urbana, o inciso IV do artigo 7º, disposição sobre salário e a preocupação quanto ao atendimento das necessidades vitais (elencando-se “moradia” como vital), e distribuições de competências acerca de temas que envolvem o direito à moradia como, por exemplo, o já citado inciso IX do artigo 23, o qual institui competências comuns aos Entes, impondo ao Estado o dever de “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 23). É impossível falar que mesmo antes da emenda o direito à moradia não era vivo.

Ademais, o parágrafo segundo do artigo quinto da Carta Magna (1988) teria, sozinho, o condão de integrar o direito à moradia ao ordenamento (SAULE, 1999a, p. 92), considerando o Brasil signatário de Tratados e Convenções que carregam o direito à moradia.

Contudo, a positivação, demonstrada em um primeiro momento (SAULE, 1999a, p.87), passa a ser expressa no artigo sexto da Constituição, como já estudado.

Nota-se, no entanto, que há uma certa diferença, no sentido de nomenclatura e conceito, de tratativa do tema “direito à moradia”, pois em alguns documentos fala-se em “direito à habitação”, em outros, “alojamento” ou “morada”. No próximo capítulo, será explicado como tudo que se relaciona com a morada de um indivíduo faz parte do direito à moradia, e não apenas “haver um domicílio de alguém”.

1.3 CONCEITOS DE MORADIA, HABITAÇÃO E RESIDÊNCIA

É interessante ao trabalho, porém, diferenciar do conceito de “moradia” os de residência e habitação. Para Sergio Iglesias Nunes de Souza: “[...] (direito à moradia) distingue-se do direito de habitação. Este incide sobre um bem imóvel como instrumentalização do direito à moradia. Pode ser gratuito ou oneroso, com caráter de direito real ou de direito pessoal. A

¹⁶ JÚNIOR, Nelson Saule. **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, p.72, 1999a.

importância prática da distinção é que a perda ou suspensão do direito de habitação deve se dar observado a tutela jurídica da moradia [...]”.¹⁷.

Com palavras de sabedoria expressou-se a essência de que o direito à moradia é mais profundo do que o direito à habitação. Quis dizer que o primeiro é mais abrangente do que a simples idéia de “ter uma casa onde morar”, pois um direito é instrumento do outro.(SOUZA, 2012).

O prazo digno de desocupação no caso do despejo é exemplo da relação entre o conceito de moradia e habitação. Pode-se perder o direito a habitar um determinado lugar, porém nunca se perde o direito de morar: perdido o direito de habitar pelo despejo, a pessoa não ficará na rua de pronto, mas terá algum tempo para providenciar uma nova habitação, preservando-se a dignidade de morar conforme Souza (2012).

A afinidade entre direito de habitar e residência é que esta seria a casa física, o domicílio prático da pessoa, lugar este onde é exercido o devido direito de habitar, o qual é direcionado à eventual concretude do direito à moradia, este último atendido plenamente quando for atendida a regularização fundiária urbanística, conforme dispor-se-á.

Encontra-se no dicionário que domicílio é “[...] habitação fixa [...] (jur) Lugar onde alguém reside com ânimo de permanecer”¹⁸, ou seja, trata-se de algo material, um lugar, onde existirá um ânimo (imaterial) de permanecer, de residir no sentido lato da palavra, de, enfim, habitar.

No mesmo diapasão, o conceito de “residência” também possui o mesmo sentido que domicílio ou morada, no dicionário (FERREIRA, 1988, p.566):S. f. [...] 2. Casa ou lugar onde se reside ou habita; domicílio. 3. V. casa [...]”.

Faz-se necessário, todavia, expressar que “residência” no sentido de ser o substantivo abstrato do verbo “residir” iguala-se a habitar, enquanto residência como substantivo próprio, é o que significa casa.

A moradia é o direito em si e existe, teoricamente, independente de objeto físico (SOUZA, 2012, p.45), podendo ser considerado, inclusive, um bem extrapatrimonial. Contudo, para haver moradia plena na prática, imprescindíveis são muitos itens dentre os quais, habitação é contemplada; para haver habitação, preciso é a possibilidade de exercer

¹⁷ Cf. Entrevista, Carta Forense, jan. 2012

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Dicionário, 1ª. Edição, p.229, 1988

ânimo de sedentarismo, de instalação e permanência; para haver uma residência; basta ter o aparato físico puro.

Entendendo-se essas diferenças, se torna possível dizer que o direito à moradia em si é indisponível, porém seu elemento de “direito à habitação”. Tem-se por certo que a disposição do direito à habitação não quer dizer que a moradia seja renunciável ou disponível, mas no seu elemento disposição, existe uma margem de disposição e renúncia

Para melhor entendimento, uma analogia didática é feita lembrando que o direito à moradia tem as mesmas prerrogativas de outros direitos da personalidade: É possível dispor da imagem, mas não por tempo indeterminado, de forma ilimitada, e esse direito, sendo um direito da pessoa, espelha igual procedimento com a moradia no tocante ao direito à habitação.

Entretanto, interessa a esse trabalho saber quais são os requisitos para cumprir o direito à moradia.

1.4 A CONCRETUDE DO DIREITO À MORADIA

Importante comentar que o pleno exercício do direito à moradia é ligado à intervenção do Poder Público e à realização de políticas públicas, tendo natureza prestacional, lembrando-se, adequadamente, que o direito à moradia é também um direito de segunda geração, dos direitos sociais, imputando-se ao Estado o dever de agir. E, ainda, não tem como prover moradia sem transporte, lazer, cultura, e etc..

O termo “política pública”, usado acima, já dá a noção do direito à moradia ser algo amplo. Em suas lições, Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004), fala do direito à moradia “*e seus prolongamentos*”, expressando-o como um direito abrangente. Para o devido atendimento ao direito em questão, mister é observar uma noção geral, uma sociedade saudável.

Isso importa dizer que se não houver transporte público, se não existir saneamento básico, se não se encontrar uma instituição de saúde próxima, etc., não haverá consumação do direito à moradia. Trata-se de um direito humano, percebendo-se dentro de tal direito a possibilidade de realização da família, de autoestima e de cidadania, bem como a evolução do inter-relacionamentos dos cidadãos.

A regularização fundiária é o procedimento que visa cumprir o direito à moradia, instalando um indivíduo em uma residência com ânimo permanente, dando suporte aos aspectos meramente jurídico-oficiais da ocupação da terra e do solo e prover todo o sistema de serviços públicos, infraestrutura, enfim, benefícios que a cidade ao redor da

residência deve ofertar para que se cumpra o devido direito à moradia, conforme o capítulo a seguir. (Seminário, 2013, p.4).

Porém, nos tempos hodiernos o direito à moradia encontra algumas dificuldades para ser consumado; encontram-se violações ao direito à moradia, as quais precisam ser sanadas pelo processo de regularização fundiária.

1.5 A VIOLAÇÃO AO DIREITO À MORADIA

Há muitos transtornos na ausência de regularização fundiária urbana: O difícil acesso de ambulâncias, viaturas policiais, ônibus, coleta de lixo; a erosão do solo, alagamentos, assoreamento dos rios, lagos e mares; a falta de instalação de infra estrutura; etc.. Tudo isso constitui violações ao direito à moradia.

A afirmativa de Nelson Saule Junior (1999a) comenta a violação: “[...] *Je estima(-se) que pelo menos um bilhão de pessoas (no mundo) não tem acesso a uma **habitação sadia e segura.***” (Grifo nosso). Note-se que o estudioso da lei refere-se à uma habitação “*sadia e segura*”, remetendo ao assunto da amplitude do direito à moradia.

Porém seguindo, a falta de regularização fundiária, é, portanto, a própria violação ao direito à moradia, a qual está em alta nos registros atuais da humanidade. No Brasil não é difícil acharmos condições não humanas de vida. (CENSO, 2010, passim).

Áreas ilegais, como loteamentos clandestinos, irregulares, favelas, cortiços e ocupações de áreas públicas de uso comum, por exemplo, não gozam de regularização fundiária e constituem violação ao direito à moradia.¹⁹ Existem três tipos básicos de ocupações ilegais, sob o ponto de vista do ocupante: Pela tentativa de ter seu próprio imóvel, construídos dentro das suas possibilidades, como favelas e loteamentos; pela necessidade de ter um teto para abrigo, como na invasão de prédios, na formação de cortiços; e a ocupação a fim de estar em algum lugar, como embaixo de pontes ou viadutos.

Pelo ponto de vista administrativo, há loteamentos, denominados “clandestinos” (Informação Online)²⁰, os quais são os que não têm autorização administrativa dos órgãos competentes das esferas municipais, estaduais ou federais. Há também os irregulares, que podem ser registrados ou não. Esses últimos podem ser irregulares pelas questões de presença de documentos, porém ausência de vias públicas, áreas verdes e institucionais, infra estrutura; pela construção de forma irregular; etc..

¹⁹ DI SARNO, Daniela de Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

²⁰ Informação obtida em site da COHAB da prefeitura de São Paulo em março 2016.

Oportunamente, para corroborar a existência do não cumprimento do direito à moradia, cita-se: “Com relação a esses tipos precários de moradia, os cortiços são os mais antigos. No caso do estado de São Paulo, desde o século XIX o Poder Público se preocupou com eles, por serem considerados insalubres e perigosos.”.²¹

Comentou-se, ainda, sobre a falta de instrumentos para a execução dos direitos sociais, mais uma vez, dentre os quais a moradia está inclusa. No Primeiro Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, Fernando Abujamra Aith fala sobre a dificuldade da efetivação dos direitos sociais, *in verbis*:

Os direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado. (AITH, Fernando Abujamra. 1999. Tese apresentada em Simpósio)²²

O tema da violação do direito à moradia com a falta de regularização fundiária é amplamente debatido. Comenta com propriedade Nolasco (1999), acerca do latente descumprimento do direito à moradia, transcreve-se:

Se em seu estado natural o homem, na imensidão do orbe, encontrava um ponto para estabelecer-se e a abundância de material para a sua edificação. O incremento da população e a carência de espaços livres foram comprimindo a potencialidade de exercício de moradia, até a sua gradual e drástica redução, senão extinção para os mais desfavorecidos (os moradores debaixo das pontes, das ruas, das praças e das calçadas), como ocorre diariamente nos grandes aglomerados humanos. (NOLASCO, 2008 apud Camila Buzinaro Santos, 2013, artigo Online)²³.

A falta de espaço vem tornando o direito à moradia cada vez mais distante da sua plena efetivação. Pessoas desfavorecidas, muitas vezes, não tem sombra desse direito, obrigando-se a morarem de baixo de pontes, em meio a avenidas, em praças, em áreas cobertas de prédios públicos e privados, calçadas ou em qualquer canto que seja minimamente possível fechar os olhos por um tempo.

Merece comentário os casos em que o Estado, além de não prover meios eficazes para que os cidadãos tenham moradia, ainda tira instalações precárias com violência

²¹ DI SARNO, Daniela de campos Libório, 2014, p. 18.

²² **O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**, tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?", realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, em dezembro de 1999.

²³ Loreci Gottschalk, 2008 apud.

desnecessária: O caso da expulsão de mendigos do patrimônio tombado que é o prédio da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O caso aconteceu no dia 09 de Dezembro de 2012, e foi noticiado por jornais de alto alcance como “O Estadão”. (Notícia)²⁴.

O professor de direito da Universidade de São Paulo deixa clara sua posição com relação à existência de um modelo estatal e uma sociedade que, teoricamente, deve amparar o direito social à moradia com instalações dignas de um Ser Humano, e não algo precário, frágil, e pior, suscetível de expulsão violenta por parte do mesmo Estado omissivo:

Assim, foi uma irracionalidade contrária aos projetos da construção de uma sociedade formada à luz do Direito Social a atitude de se utilizar a força do Estado para retirar das bordas de um prédio público, no qual se situa uma Faculdade de Direito, pessoas que foram aliadas das políticas públicas desse mesmo Estado e que encontraram naquele local uma forma precária de moradia, fazendo-o, inclusive, como ato político para transmitir a mensagem da sua existência. (Notícia, 2012)²⁵.

E ainda vai mais longe ao lembrar do dever de agir do Estado:

Retirar os moradores do local, sem a formulação de um projeto mais amplo de compreensão e de superação das causas da exclusão, efetuando-se, por conseguinte, apenas um deslocamento de pessoas, trata-se de uma negativa do Estado em assumir sua responsabilidade perante o problema. (Notícia, 2012)²⁶.

Na mesma idéia geral, cabe comentário de Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004, p.20), o qual se refere aos que tentam ter alguma habitação, como favelas, ocupações, etc., e não são contemplados por infraestrutura justamente por estarem fora da lei. A justificativa estatal para a questão é que se ele banhar os lugares com a infraestrutura consolidar-se-á a situação ilegal.

Um paradoxo insolúvel: o “*Well-fare State*” opta por deixar o indivíduo à própria sorte com base na “ilegalidade” da situação, como se já não fosse ilegal o indivíduo não ter a silhueta do direito à moradia.

Atualmente, para muitas pessoas, descumprido está o direito à moradia, porém não é perda de tempo estudar a opção e os recursos usados para possível combate da situação de violação ao direito à moradia. A opção de busca é através do procedimento da regularização fundiária, a qual vem parcialmente trabalhada dentro do direito urbanístico.

O direito urbanístico contém normas, recursos legais, que têm como escopo a regularização fundiária lato sensu, a regularização da terra na qual se vive.

²⁴ Notícia elaborada pelo Jornal “O Estadão”, em São Paulo, em setembro de 2012.

²⁵ Id, 2012, p. 1

²⁶ Notícia, p. 1, 2016

O direito urbanístico abriga instrumentos de regularização fundiária. E dentre todas as leis urbanísticas, a mais abrangente e, portanto, a que mais se destaca, é o chamado Estatuto da Cidade (2001).

O capítulo a seguir detalhará a questão do direito urbanístico e da regularização fundiária, expressando a segunda não só como mero objetivo do direito urbanístico, mas como processo de cultivo à moradia honrada.

Juridicamente, a regularização fundiária vem disposta pelo ramo do direito urbanístico, entretanto, no sentido ético-filosófico da expressão, a regularização verifica-se o cumprimento do direito à moradia.

1. O DIREITO À MORADIA

2. DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

A pesquisa, no geral, assimila a regularização fundiária como um processo próprio ou como finalidade da política urbana. Pode-se dizer que no primeiro sentido trata-se de algo realizador do direito à moradia, em um conceito mais abrangente, um sentido geral; enquanto o segundo conceito seria uma parte de outra coisa, a saber, parte da política urbana, reduzida a uma questão formal, de porte de documentos. (LEI federal 10.257, 2001, passim)¹.

A regularização fundiária, conforme estudo citado abaixo, se estriba em oito pilares a fim de fazer digno o direito à moradia: A defesa jurídica da posse com a regularização jurídica; o custo acessível da residência; a possibilidade de acesso à onde se mora; adequação sociocultural; o meio ambiente natural e artificial saudáveis; a infraestrutura; os serviços públicos; localização conveniente à vida cotidiana; e desenvolvimento da habitabilidade. (Seminário)².

Aplicar-se-á o conceito mais abrangente de regularização fundiária, nos termos do seminário (2012) barriga verde.

Entendendo-se, ainda, a regularização fundiária como um procedimento, pode-se dizer que a “Regularização Fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei [...]”³.

Implica dizer que a regularização fundiária é uma junção de interesses jurídico, físico e social para legalizar a possibilidade de moradia. Isso já traduz a abrangência do objetivo do conceito. A regularização fundiária na prática consiste numa ação do Estado a fim de legalizar a permanência de pessoas residentes em áreas de forma ilegal, conforme informativo da Administração (Informação Online)⁴. A regularização fundiária tem três fases: A primeira, na qual a questão da legalização da posse é assegurada de forma plena; a segunda, sobre a melhoria do ambiente da cidade, cumprindo-se a sustentabilidade urbanística; e a terceira, em cujo bojo existe o resgate ético, implementando-se a cidadania de todos, especialmente dos antes excluídos.

¹ LEI federal. O Estatuto da Cidade. nº. 10.257. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, passim, jul., 2001.

² Seminário realizado por Beatriz Kauduinski Cardoso, no 3º. Seminário de Habitação, Florianópolis, em out. 2013.

³ AFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à Cidade**, p.163, São Paulo: Max Limonad, 1999.

⁴ Informação fornecida pela prefeitura de São Paulo, no site da Cohab, 2016.

A melhoria da urbe como um todo e o existir da cidadania evidencia a relação íntima entre o conceito de regularização fundiária e a regularização possibilitada pelo direito urbanístico.

2.1 DA IDENTIFICAÇÃO DOS FINS DO DIREITO URBANÍSTICO COM OS DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Numa análise sistemática, o fim do direito urbanístico atual é a realização da boa política urbana, a qual aparece expressa na Constituição da República (1988). Verifica-se no Diploma Constitucional (1988), no artigo 182, *caput*, o seguinte: “ A política de desenvolvimento urbano [...] tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 182).

Segundo definição contida no art. 2 do Estatuto da Cidade (2001): “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana [...]”.

Logo, são as funções da cidade e da propriedade que fazem o cumprimento da política urbana, garantindo-se o bem estar dos habitantes. Trata-se, então, de um conceito de habitação conjugado ao bem estar. Ora, foi exaustivamente comprovado que a relação do conceito de habitar somado ao bom funcionamento da cidade em suas funções, a saber, habitar, trabalhar, ter lazer e transporte, conforme estudo de Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004), expressa satisfação do direito à moradia, torna-se visível a correspondência dos fins da regularização fundiária lato senso e do direito urbanístico.

O artigo 2º. da Lei 10.257/01 dispõe que as funções da cidade e da propriedade urbana tem como diretrizes a obtenção da terra urbana, a residência e habitação, ao saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, lazer, serviços públicos, trabalho, participação popular nos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, na cooperação entre os governos para a urbanização, distribuição espacial e das atividades econômicas para corrigir distorções do crescimento urbano e ordem do uso do solo.

Todas as metas acima citadas são comuns ao direito urbanístico e à regularização fundiária na sua maior compreensão e não como mera regularização jurídica como, conforme demonstrado logicamente no que segue.

Por lógica simples constata-se, numa descrição cotejada entre os objetivos da regularização fundiária e os escopos da política urbana, essência do direito urbanístico, a identificação de finalidades: A existência de meio ambiente natural e artificial saudáveis importa haver ordem da utilização do solo, a correção do mau crescimento urbano, a distribuição

espacial, a existência de infraestrutura urbana, o saneamento ambiental; a habitabilidade abarca a obtenção da terra, existência de residência e possibilidade de habitação, o trabalho e a distribuição de atividades econômicas, o lazer, o opinar em planejamentos urbanos em geral; os serviços públicos e a regularidade documental são singularmente citados em ambos os casos. (Seminário)⁵.

Logo, o fim maior do direito urbanístico é o cumprimento do direito à moradia compreendendo-se a habitabilidade e o bom funcionamento da cidade como um todo, o mesmo, no geral, que obtém-se pela regularização urbana.

2.2 EVOLUÇÃO TELEOLÓGICA DO INSTITUTO JURÍDICO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E SUA MELHORA INSTRUMENTAL

Observa-se a funcionalização do direito como a primeira raiz do efetivo início de regularização urbana. É impossível, pois, não relacionar o conteúdo de “função social da propriedade” com o de “regularização fundiária”, por exemplo.

A regularização fundiária cumprida implica cumprimento da devida política urbana, como demonstrado. Tal política, pela própria Constituição (1988), no seu artigo 182, tem por objetivo o cumprimento das funções da cidade e da propriedade urbana.

O processo já muitas vezes comentado acima começou a acontecer depois que direitos passaram a funcionalizar, instrumentalizar, outros.

Tal importa dizer que existem direitos em função de outras coisas, não sendo absolutos. O direito, tipicamente, está em função do ser humano, da sociedade. Cada instituto do direito deve ser visto sob esta visão, sendo a causa de muito se falar em função social, bem como funções preventiva, repressiva ou econômica.

Os códigos antigos observavam preceitos sobre a estrutura do direito, eram estruturais, observando sujeito, objeto e forma. Eram de cunho individualista, diferente dos atuais. Atualmente, tem-se a visão além das simples pessoas, coisas ou procedimentos, observa-se também a utilidade, e, principalmente, a utilidade pública e coletiva dos institutos jurídicos.

Nas palavras de Francisco Amaral (2016, Direito Civil Introdução) “Funcionalização significa que a análise que o jurista fará de cada instituto deverá partir sem dúvida, da estrutura, que continua sendo importante, mas também levará em conta a função

⁵ Cf. Seminário, LEI federal 10.257; 2013, 2001.

que o instituto exerce para o bem do ser humano, o papel que um princípio ou uma regra desempenha no interior de um sistema ou de uma estrutura.”, uma idéia coletiva.

A funcionalização do direito importa dizer, então, que o direito individual serve o coletivo, estando consonante, deveras, com a idéia de morar em coletividade, numa cidade bem urbanizada, com excelência em suas funções.

O subjugo do direito à propriedade à moradia é notório através do atual direito urbanístico, na figura, por exemplo, dos instrumentos da Lei 10.257 (2001). Aparece a bruma teórica a dita função social da propriedade, pressuposto da regularização fundiária ampla e do direito urbanístico vigente.

A propriedade deve atender aos interesses do seu proprietário, e também o interesse comum, proporcionando bem para a sociedade.

A Constituição cidadã (1988) trouxe o direito à propriedade como um direito fundamental, ao lado do direito à moradia, estando aquele previsto no Inciso XXII do artigo 5º, inviolável, essencial. Porém não foi necessário o sopesar de direitos para colocar a moradia acima do direito à propriedade uma vez que o inciso XXIII do artigo quinto diz que “*a propriedade atenderá a sua função social*”⁶. O direito à propriedade implica, então, o uso, o gozo, a disposição e o reivindicar pelo proprietário, mas igualmente o atendimento a obrigações perante a coletividade, visando-se o bem estar geral.

Constata-se que ao passar dos anos e com a evolução do conceito de função social, a noção de direito absoluto de propriedade de Locke foi sendo modificada. No passado, a propriedade era algo estritamente individual, de liberdade absoluta do proprietário para fazer o que tivesse por bem, um poder ilimitado na fruição, uso e abuso de seu bem, sem considerar em nada o interesse coletivo.

No entanto, com a evolução da instituta, o proprietário, então, deixou de ter seu direito como perpétuo e irrestrito, tendo de relacionar o mesmo com o direito da sociedade, tornando a relação com o bem uma idéia social, não mais exclusivamente particular.

O proprietário passa a ter de usar seu bem sem desrespeitar o direito alheio, a base da ideia da função social da propriedade. A propriedade deixa de ser um conceito civil para ser um conceito urbano e social. A função social passa a fazer parte do próprio conceito de propriedade.⁷

⁶ CONSTITUIÇÃO. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. art. 5, XXIII.

⁷ Cf. FERNANDES, Edésio. **Direito à Cidade**. p. 132/134, 1999.

Leciona Gonçalves (2006, apud Edésio Fernandes. 1999, p. 206)⁸ sobre o teor do conceito de propriedade:

[...] o conceito de propriedade, embora não *aberto*, há de ser necessariamente dinâmico. Deve-se reconhecer, nesse passo, que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um imenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.

A Constituição Federal de 1934 trouxe um novo conceito de propriedade, no artigo 113, o qual expressava que a Propriedade não poderia ser usada “contra” o Poder Público. Um avanço teórico. O espírito da função social presente na Constituição supra permaneceu nas de 37 e 46. A de 67 também referiu-se ao tema apesar da Emenda à Constituição de 1969.

Sem falar das funções da cidade. A cidade assume o papel de bem urbanificada⁹ quando suas funções são plenamente atendidas. A função social, por fim se torna o norte da regularização fundiária.

E, ainda, conforme melhor se estudará no descrever dos instrumentos de regularização fundiária, no próximo capítulo, existiram tentativas práticas de regularização fundiária, porém mister foi uma evolução dos institutos, resumidamente.

Houve uma evolução prática oriunda, logicamente, da evolução finalística.

O início do regime da atual priorização dos direitos sociais como a moradia foi com os movimentos sociais, especialmente o pela reforma urbana, com a inclusão do capítulo “Da Política Urbana” na Carta (1988).

Multiplicou-se, então, o conteúdo normativo infraconstitucional, especialmente as Leis orgânicas e planos diretores, os quais incorporam ferramentas de ação pelo Estado no sentido de construção do direito fundamental à moradia, ou melhor, na sua melhor tentativa.

Em 1999, por exemplo, podia-se falar sobre cinco instrumentos gerais para se proceder à regularização fundiária: As Zonas ou Áreas Especiais de Interesse Social – ZEIS, as quais tinham por objeto os assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente caracterizados por irregularidades na ocupação do solo urbano, possibilitando a flexibilização dos parâmetros urbanísticos quanto ao uso, ocupação e parcelamento do solo, a partir do reconhecimento das tipicidades locais, para facilitação da regularização fundiária do

⁸ Carlos Roberto, 2006, apud.

⁹ LIBÓRIO, op. Cit., passim.

assentamento; a usucapião urbana, que tendo por objeto a posse de terras privadas, era uma das únicas formas de aquisição de propriedade, com a posse contínua de 5 anos, para morar, em área não superior a 250m²; a concessão do direito real de uso, em cujo bojo falou-se sobre a posse de uma terra pública, tratando-se de um contrato feito entre o morador de terrenos do Município e o próprio Ente para utilização como moradia, por tempo determinado; a Lei Federal n.º 6.766/79 e Leis municipais de regularização de loteamentos, destinadas à análise de loteamentos irregulares ou clandestinos, para regularização do loteamento e posterior titulação dos lotes, assumidos pelo Município, sem prejuízo de ação regressiva contra o loteador; e o plano diretor constitucional, cumpridor teórico da função social da propriedade urbana.¹⁰

Mas antes de falar dos instrumentos de regularização fundiária, explica-se o seu contexto, os planos de direito urbanístico com suas atividades, idéias e conceitos.

2.3 O DIREITO URBANÍSTICO, A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E O DIREITO À MORADIA

No presente trabalho, houve a demonstração lógica do alinhamento dos objetivos do direito urbanístico atual e da regularização fundiária urbana compreendida em seu sentido amplo. Logo, falar da concretização da regularização fundiária urbana através dos instrumentos de direito urbanísticos é totalmente aceitável. O que se busca nesse item do capítulo é a assertiva lógica de que, atualmente, o direito urbanístico cumpre a regularização fundiária, uma toada de aproximação do devido direito de morar.

O direito urbanístico, na doutrina, tem conceitos próprios para a sua compreensão. Para Afonso da Silva (1991 apud LIBÓRIO, 2004, p. 62)¹¹, atualmente, urbanismo é ciência que tem por finalidade a organização de espaços habitáveis, expressando a idéia de expansão ordenada de cidade. Em seu turno, a urbanificação é o processo voluntário de correção da urbanização desordenada e nociva.¹²

¹⁰ Cf. AFONSIN, CONSTITUIÇÃO; 1999, 1988; p.164.

¹¹ José, 2004, apud.

¹² Comenta-se, porém, que no início do direito urbanístico, nascido como resposta à evolução da complexidade oriunda da formação dos núcleos urbanos, um início historicamente recente e superficial, no século XIX, havia ligação com a arquitetura estética e não funcional tão somente. Neste momento, ocorria a separação clara da regularização urbana, compreendida dentro dos conceitos de urbanificação ou urbanização, com a fundiária. O rápido crescimento das cidades fez o direito urbanístico desenvolver-se, tornando-se tema de diferentes assuntos, sendo considerado uma ciência multidisciplinar (LIBÓRIO, op. Cit., p. 62) muito aproveitando ao tema da regularização fundiária e, conseqüentemente, ao direito à moradia. De uma mera questão estética não funcional, o direito urbanístico passou a expressar organização e planejamento, objetivando o bem estar coletivo, alinhando-se com o objetivo da regularização fundiária, a qual tem por fim a realização do direito à moradia. Então, para terminar essa nota explicativa a qual visa deixar claro que a regularização fundiária e o direito urbanístico já foram dois conceitos jurídicos totalmente diferentes entre si, e se relacionam apenas nos dias atuais, pois antes eram assuntos antagônicas, até, por assim dizer.

O direito urbanístico atual nasce no limiar do século XXI, para superar os efeitos danosos de “décadas de omissão”¹³ sobre o bem estar coletivo no sentido de residir em uma cidade sustentável.

Até a promulgação da Carta Magna (1988), não havia distribuição de competências em matéria urbanística.¹⁴

Hoje, existe um direito urbanístico que busca cumprir o direito à moradia e nesse sentido; é a própria regularização fundiária em curso.

A doutrina atual acerca do direito urbanístico entende as atividades urbanísticas como o centro do direito à cidade, o qual observa o geral, todas as funções da cidade trabalhando conjuntamente, ainda que existam separações didáticas das atividades urbanísticas para a devida habitabilidade, ou seja, habitação e a cidade saudável, coletiva, integrada.¹⁵

Nas lições de Meirelles (1993 apud LIBÓRIO, 2004, p.61)¹⁶ “as medidas urbanísticas não produzirão seus benéficos efeitos enquanto não se generalizar a sua atuação [...] Não se compreende urbanismo isolado [...]”. O conceito de urbanismo mescla-se com o de direito urbanístico, ambos pela boa realização urbanística, cumprindo-se a questão de cidadania, rumo ao direito à moradia.

Dentro do direito urbanístico, é preciso pensar tudo como um plano: Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004, p. 62) observa, porém, a realização urbanística como não compreensível exclusivamente no tempo, já que sempre para a execução de medidas urbanísticas, tratando-se do coletivo, geral, requer um plano, sendo melhor a compreensão da atividade urbanística como uma sequência.

O plano urbanístico é uma ferramenta básica de atuação, no conceito geral. Requer prévio levantamento de dados sobre adequações, possibilidades, repercussões; trás segurança para o particular e responsabilidade ao Poder Público.

O artigo 174 *caput* do Estatuto Constitucional (1988) diz da necessidade de planejamento na ação estatal e, sistematizando esse planejamento com o princípio da legalidade, previsto no inciso II, artigo 5º da Carta Magna (1988) e com o *caput* do artigo 37 do

¹³ JÚNIOR, Nelson Saule. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p.15, 1997b.

¹⁴ Id, 1997b, p.15.

¹⁵ LIBÓRIO, op. Cit. passim.

¹⁶ Hely Lopes, 1993 apud.

mesmo Diploma, nos permite entender que o plano deve ser formalmente estabelecido, como lei, para ser imperativo perante todos.¹⁷.

A Carta Democrática (1988) põe o plano diretor, uma Lei orgânica do Município, como o básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, entretanto, não há óbice para que os Entes Federativos, a Administração Pública em geral, elaborem outros planos para se realize adequadamente o desenvolvimento urbano, cumprindo-se a regularidade fundiária, não se violando o direito à moradia.

A análise do conteúdo do plano diretor acontecerá em momento oportuno durante o presente estudo.

A nível federal, exemplificando, temos o plano nacional de ordenação territorial e desenvolvimento econômico e social, o plano regional de ordenação territorial e desenvolvimento econômico e social, conforme a Carta Magna: “Art. 21. Compete à União: [...] IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 21, IX).

Também existe no Diploma Constitucional a competência do estado para o plano regional em seu artigo 25, §3º, ora *in verbis*: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] §3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”¹⁸

Pode-se falar, ainda, a nível federal, sobre o plano setorial de desenvolvimento urbano, mais específico ainda, baseado nos incisos XX e XXI do artigo 21 da CR (1988), sobre o plano geral de ordenamento territorial no setor estadual e no plano local, baseado no artigo 30, IV do Diploma Constitucional (LIBÓRIO, 2004) Todas essas disposições tem o cunho de direito urbanístico, ligando-se, assim, à regularização fundiária e ao direito à moradia.

Atualmente, o direito urbanístico abarca os conceitos de planos urbanísticos, urbanismo, urbanificação, urbanização, e todos os conceitos ligados ao bom funcionamento da cidade. Representa direito destinado ao cumprimento do direito à moradia. Na obra de nome “Direito à Cidade”, diz o coordenador do trabalho:

Esse estudo tem o objetivo de defender o direito à moradia como um direito humano, como parte dos direitos fundamentais reconhecidos no direito brasileiro, o que significa a obrigação e responsabilidade do Estado Brasileiro de proteger e assegurar o direito à moradia. Esse entendimento é

¹⁷ LIBÓRIO, 1996, 2004

¹⁸ CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 25, §3º

fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, e na própria Constituição Brasileira.¹⁹

O direito urbanístico se trata de um direito público, na antiga dicotomia, que impõe ao Estado o planejamento, a execução e a fiscalização de obras que visem à ordenação de espaços habitáveis. É produto de transformações sociais dos últimos tempos, dizendo respeito ao instrumental, na execução do bem social e no domínio privado, a fim de ordem da realidade diante do interesse coletivo.

Se expressa por um direito impessoal que tem grande parte das suas manifestações pelo Poder Executivo, tendo parte também nos Poderes Legislativo e Judiciário, como no caso da elaboração do plano diretor e na solução de conflitos, como na subvalorização no caso de desapropriações.

Inicialmente, no século XIX, tinha conceito estritamente estético, sendo seguido de aspectos de saúde, estudando-se a presença de esgotos, exemplificando, e chegando na forma atual.

Pela tese ora lida, defende-se a moradia pela regularização fundiária lato senso presente no fim maior do direito urbanístico. O direito urbanístico serve ao direito humano e fundamental à moradia, e trouxe a Lei 10.257/01 (2001), o Estatuto da Cidade, como seu instrumento mais forte e abrangente, o qual viabilizou muito a regularização fundiária, pelo demonstrado de que uma vez cumprido o direito urbanístico, cumpre-se a regularização fundiária, realizando-se o direito à moradia.

2.4 O DIREITO URBANÍSTICO E O ESTATUTO DA CIDADE

De acordo com o artigo 2º do Pacto de Direitos Civis e Políticos²⁰, os Estados comprometeram-se à adoção de medidas tanto por si quanto por cooperação internacional para a consumação dos direitos ali versados, estando a moradia inclusa. Dentre tais medidas, para Nelson Saule Junior (1999a), encontram-se as medidas “legislativas”.

O Estatuto da Cidade, Lei urbanística que é, foi um atender por parte do Estado da necessidade de boa urbanização. O direito urbanístico concebeu uma Lei valiosa para a defesa explorada neste trabalho.

A chegada da Lei 10.257/01, alterada pela lei 11.977/09, unificou a política urbana, a regularização fundiária [em seu sentido lato] no valor da função social da cidade e da propriedade, para cumprir o direito à moradia.

¹⁹ JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, p.87, 1999a.

²⁰ DECRETO da Presidencia. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. no. 592. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico jul. 1992.

O Estatuto (2001) foi a Lei federal esperada pelos artigos 182 e 183 da Constituição da República (1988), vindo cumprir uma lacuna importante no atendimento à regularização fundiária.²¹.

Todavia, critica Daniela de Campos Libório Di Sarno:

O Estatuto da Cidade contempla o sistema de **planos urbanísticos** dispostos explicitamente na Constituição Federal [...] deixando passar uma excelente oportunidade para estabelecer uma dinâmica e uma hierarquia de planos urbanísticos que viabilizam boa parte dos **instrumentos urbanísticos** ali existentes. (LIBÓRIO, 2004, p. 68) **(Grifo nosso)**

O Estatuto foi uma ótima conquista para a regularização urbana, porém poderia ter sido melhor acabado, contudo isso é tema para outra tese.

O direito urbanístico atual, o qual se preocupa com valor social da moradia trouxe, para a devida regularização fundiária alguns instrumentos contidos em diversas leis, porém o Estatuto da Cidade contém os mais eficazes instrumentos de regularização fundiária urbana contra a violação do direito à moradia.

²¹ Cf. ESTATUTO da Cidade, CONSTITUIÇÃO; 2001, 1988

1. O DIREITO À MORADIA

2. DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.

3. DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Lembra-se que a moradia é direito de segunda geração, obrigando-se o Estado a adotar medidas com o fim de garanti-la, tornando-a algo concreto, com defesa de posse, titularidade formal, infraestrutura na região e etc., nos termos das cartas de direito vigentes pelo mundo todo.

O art. 4º, II, do Diploma Constitucional (1988), reza que a República Federativa do Brasil deve defender, fomentar e criar normas jurídicas que impliquem maior acesso à moradia, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e do desenvolvimento.

Existe, então, o dever prestacional e, nos termos da segunda dimensão de direitos e do sentido geral do ordenamento, o Estado deve prover incentivo e proteção do direito à moradia.

Frisa-se, porém, que esse dever é compreendido agora, entretanto ele vem de antes do Estado Social. Desde aquela época se atentou o Estado em criar instrumentos de regularização fundiária como o da ineficaz Lei da Terra¹. Também criou a Lei de Parcelamento Urbano², a qual deu autonomia para os Municípios no sentido de proverem o regular funcionamento de loteamentos, desmembramentos não autorizados, ou feitos de maneira diversa com a ordem da Administração, evitando prejuízo ao padrão urbano.

Criou a Lei 10.931/2004³, a qual ampliou a possibilidade de financiamento habitacional no Brasil. Todavia, como ponto negativo da Lei, temos nos artigos 46 ao 52, normas problemáticas para o sistema financeiro imobiliário ao proibir qualquer estipulação contratual por equivalência salarial do mutuário, inclusive no contrato de adesão, conquista antiga, na vigência do Sistema Financeiro da Habitação – SFH (Lei 4.380/64)⁴. Acontece, com a Lei, a livre contratação de critérios de reajustes de oferta pelas instituições financeiras.

Aumentou-se a possibilidade de financiamento, porém tornou-se mais sensível ainda o comprador perante a instituição financeira. A solvência dos mutuários torna-se menos provável com o passar dos anos, principalmente no que tange ao saldo devedor. O pagamento

¹ LEI imperial. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. no. 601. Brasil: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em set. 1850.

² LEI Federal. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. no. 6766. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. dez. 1979.

³ LEI Federal. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. no. 10.931. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. ago. 2004.

⁴ LEI Federal. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. no. 4380. Brasília, DF: H. Castelo Branco. set. 1964.

se vê ameaçado com critérios que abarcam taxas de juros desequilibradas, tabela Price (Entrevista)⁵, fator de reajuste por índices atrelados à poupança frente aos reajustes salariais insignificantes já destinados ao sustento familiar. (SOUZA, 2012).

A referida lei trata também de dar mais segurança às instituições financeiras: A processual. Para discutir o contrato judicialmente, os valores controversos devem ser depositados para garantir o juízo considerando que o imóvel é dado em garantia da dívida pela hipoteca (SOUZA, 2012). É perfeita afronta aos princípios básicos do Código Civil (2002)⁶, inclusive a própria função social dos contratos.

A cláusula comissória é contemplada em contratos de alienação fiduciária em garantia, porém como exceção, nos termos do artigo 1.428 do Estatuto Civil (2002), no tema dos direitos reais de garantia. Todavia, é tida por regra geral na Lei 10.931 (2004), contrariando o espírito do Diploma Civil (2002).

Por fim, a Lei 10.931 (2004) proíbe a venda do imóvel, contrariando o artigo 1.475 do CC/02. Tal Lei é norma especial com prejuízo à parte mais fraca, o próprio mutuário.

Outra norma que gera muitos comentários no âmbito da regularização fundiária é a Lei 12.424/11⁷, a qual institui o programa “Minha casa , minha vida” – PMCMV, a imóveis urbanos e rurais. Trata-se de contrato de financiamento habitacional como plano de acesso à moradia.

Segundo Souza (2012), o programa é relativo a pessoas cuja renda não seja maior que R\$ 4.650,00, funciona, basicamente, obtendo-se recursos através da União por subvenção econômica através do BNDES; pelo Fundo de Arrendamento Residencial – FAR; e Fundo de Desenvolvimento Social – FDS para a promoção da produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou ainda a requalificação de imóveis urbanos.

A finalidade normativa da Lei é louvável. Entretanto, no que tange à forma de restituição do mútuo, prejudica-se o mutuário já que o critério é igual ao da Lei 10.931 (2004). A Lei do PMCMV, de conteúdo liberal, repete a anterior ao não determinar o formato dos reajustes das prestações e saldo devedor, deixando, novamente, às instituições financeiras a fixação, conforme o que lhe houver por bem.

⁵ Entrevista concedida por Sergio Iglesias Nunes Souza, ao Carta Forense, Brasil em jan. 2012.

⁶ LEI Federal. Institui o Código Civil. no. 10406. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jan. 2002.

⁷ LEI Federal. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. no. 12424. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jun. 2011.

As Leis acima tratam de normas que trazem alguma instrumentalização ao direito de moradia através da facilitação de aquisição e de regularização fundiária direta, porém compromete-se a capacidade de solvência do mutuário.

Em suma, existe um certo histórico de instrumentos de regularização fundiária, existindo sistemas, programas e Leis, todavia, dentre todas as medidas tomadas, citadas ou não neste trabalho, sem dúvida nenhuma, a mais eficaz é o Estatuto da Cidade⁸, se destacando ferozmente por trazer em seu teor instrumentos de vulto para a realização urbanística, fundiária e, por conseguinte, realização do direito à moradia.

3.1 O DIREITO À MORADIA E O ESTATUTO DA CIDADE

Historicamente, as áreas ilegais tiveram uma expansão acelerada nas décadas de 70 e 80: O colapso do sistema de crédito habitacional com consequente extinção do BNH em 86 e a piora da crise econômica obrigou grande parte da população a seguir instalando-se em áreas periféricas, ilegais, sem infraestrutura e sem dignidade formando os chamados “bairros espontâneos”.⁹

Na ausência de novas políticas públicas, a posse direta sem compra nem título aumentou, e a exclusão e o descaso foram sementes do renascimento da questão urbana no bojo de movimentos sociais e de reivindicação por infraestruturas e regularização fundiária, o que, logo refletiu no Constituinte Originário de 88.

O Brasil, inserido neste contexto de fazer com que as propriedades cumpram a sua função social, na luta pela regularização urbana, com consequente cumprimento do direito à moradia elaborou Leis, mas só logrou êxito teórico com a criação do Estatuto da Cidade (2001), que trouxe uma série de instrumentos jurídicos para serem utilizados na gestão das cidades.

A irregularidade urbana, que ao longo do tempo foi tratada como problema individual, passa a ser enfrentada como política pública de forma mais eficaz, e passa a ser mais tutelada pelo Estado, em face da enorme intensidade que atingiu a irregularidade fundiária no Brasil.

3.2 DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DO ESTATUTO DA CIDADE

⁸ LEI federal. O Estatuto da Cidade. no. 10.257. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jul. 2001.

⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente Artificial. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 138, 2010.

Com essa Lei, passa a vigor a ordem de o território se adaptar ao homem (em suas necessidades, dentre as quais se prioriza o direito à moradia em sua completude), e não mais adaptar o homem ao território.¹⁰.

Depois de dez anos de trâmite, o também formalmente chamado “Estatuto da Cidade” veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição da República (1988)¹¹. Essa Lei federal encontrou muita resistência maldosa, como expressa Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004), “Na verdade, todos esses anos não foram gastos em calorosos e profícuos debates entre a Casa Legislativa e a sociedade. Boa parte deles foi consumida dentro de gavetas dos gabinetes parlamentares.”.

Isso se deu por essa Lei tratar de política urbana o que envolve um conteúdo bastante influente sobre o preço de propriedades imóveis urbanas, enfrentando o teoricamente subjugado, mas praticamente poderoso, direito à propriedade, como visto anteriormente.

O Estatuto da Cidade (2001) faz alusão a uma Cidade Sustentável¹² e saudável colocando na mesma panela as políticas públicas, a iniciativa privada, a participação popular, essa última como a chamada “gestão democrática da cidade”.

O referido Estatuto (2001) dispôs de instrumentos já existentes dentro do direito urbanístico, porém também trouxe novas ferramentas. O artigo 4º. da Lei trás a idéia de que os três primeiros incisos tratam de planejamento e plano; o inciso IV, de instituto tributários e financeiros; o V, institutos jurídicos e políticos; o VI, observa a previsão do uso do Estudo Prévio de Impacto ambiental e de vizinhança. (Estatuto da Cidade, 2001 apud LIBÓRIO, 2004, p. 60)¹³.

Criam-se, por esta Lei (2001), também estímulos ao empreendimento particular para a contraprestação ao interesse coletivo difuso, seja financeiro, como o ITPU progressivo, seja urbanístico como a outorga onerosa do direito de construir e a usucapião especial.

O Estatuto da Cidade (2001) é Lei que fala de assuntos muito fundamentais. Nas lições de Daniela de Campos Libório Di Sarno (2004, p. 60), lista-se o “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer”, ou seja, nos termos do que já foi estudado, a fórmula para dar provimento ao direito de morar.

Ver-se-á adiante os instrumentos em espécie trazidos pelo Estatuto da Cidade (2001).

3.2.1 DA USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO

¹⁰ DI SARNO, Daniela de Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri, São Paulo: Manole, p. 130, 2004.

¹¹ Cf. CONSTITUIÇÃO, ESTATUTO da Cidade; 1988, 2001.

¹² LEI federal 10.257, op. Cit, passim.

¹³ Estatuto da Cidade, 2001, apud.

Para Daniela Campos Libório Di Sarno (2004, p. 61), a usucapião “trás possibilidades para a regularização fundiária de situações precárias (jurídica, social e economicamente) [...]”. Se trata de instrumento que pode ser observado como um excelente modelo de regularização fundiária atualmente.

A Usucapião, em 1999, era considerada o único instrumento realmente hábil para regularização fundiária¹⁴. Diz-se que a “usucapião [...] é um instrumento de regularização fundiária destinado a assegurar o direito à moradia desses segmentos sociais” (SAULE, 1999a, p.87).

A saber, os segmentos supracitados são as favelas, loteamentos clandestinos e irregulares nos bairros periféricos, conjuntos habitacionais abandonados, habitações coletivas, na chamada cidade clandestina ou informal, etc..

Era e é um dos instrumentos mais eficazes na punição do proprietário de áreas vazias e ociosas, as quais descumprem a função social da propriedade.¹⁵.

Esta vive do artigo 9º. ao 14 do Estatuto da Cidade (LEI federal, 2001, art. 9º. Ao 14). Ora transcreve-se o mencionado artigo 9º e os parágrafos de interesse:

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.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. (LEI federal, 2001, art. 9º § 1º. 2º. e 3º.)

Pode ser chamada de um dos instrumentos mais significativos de regularização fundiária, ordenação urbanística e ambiental, previstos no Estatuto da Cidade (2001). Tal instituto também é previsto na Constituição da República (1988), no artigo 183, tem por escopo principal assegurar o domínio de áreas urbanas preponderantemente das pessoas que habitam os “estabelecimentos irregulares”.

Ambientalmente, visa à transformação dos “bairros espontâneos”, para que esses integrem a cidade, tanto imediatamente, nos termos do artigo 183 do Diploma Democrático (1988), quanto mediatamente, nos dizeres do artigo 225 do mesmo Diploma.

¹⁴ JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, p. 87, 1999a

¹⁵ Id, 1999, p.88

A legitimidade da propositura da ação é dos possuidores os quais, agindo como proprietário, desfrutam do imóvel em área urbana segundo as regras da lei 10.257 (2001), em imóvel não maior do que 250 metros quadrados, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição judicial, utilizando o espaço com fins de habitação e domicílio próprio e da família, sem ser proprietário de outro imóvel.

A ação servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. São duas as modalidades desse instituto: a individual e a metaindividual. (FIORILLO, 2010, p. 138).

A individual tem como legitimado ativo o homem ou a mulher possuidor (a), em área não maior de 250 metros quadrados, para fins de moradia sua ou de sua família, por 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição, podendo gozar dos benefícios da justiça gratuita e da assistência judiciária, inclusive perante o cartório de registro de imóveis (ESTATUTO da Cidade, 2001, art.12, I §2), através da declaração de pobreza nos termos do inciso LXXIV do art. 5º, da Constituição (1988). A tutela antecipada é a geral, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

O legitimado passivo é, em regra, o particular proprietário, já que terrenos públicos não podem ser alvo de usucapião (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 191 § único), respeitados os direitos de ampla defesa e contraditório.

Mister é dizer que todas as ações, petições ou possessórias ficam sobrestadas na pendência da ação de usucapião especial urbana proposta relativa ao imóvel usucapiendo.

A ação de usucapião ambiental metaindividual vem com guarida no artigo décimo do Estatuto da Cidade (2001), a saber:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 10º.).

Os legitimados ativos são tanto os possuidores em estado de comosse (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 12, II), como uma associação de moradores da comunidade regularmente constituída (ESTATUTO da Cidade, 2001, art.12, III), na figura de um substituto processual, nos termos do art. 5º, XVII a XXI da Carta Magna (1988) e do sistema civil.

Tratando-se de uma usucapião especial coletiva de imóvel urbano (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 10, §2), o reconhecimento jurídico dar-se-á por sentença a qual poderá ser registrada por cada possuidor em cartório.

Os termos legais são claros, expressando a necessidade do imóvel ser maior do que 250 metros quadrados, ocupado por pessoas de baixa renda, para moradia e por cinco

anos sem interrupção e sem contestação judicial. Porém temos um requisito importante: Não ser possível identificar os terrenos ocupados por cada um, traduzindo um caráter de veras metaindividual, pois os direitos pretendidos por mais de uma pessoa tem origem comum, sendo assim entendido como um direito individual homogêneo¹⁶.

Oportunamente, comenta-se que existe a possibilidade de somatória de tempos de posse, do antecessor com o atual, se ambas tiverem sido ininterruptas e contínuas. Um avanço para a conquista da moradia digna.

Note-se que, embora a Lei crie um condomínio especial indivisível, o juiz atribuirá fração ideal de terreno a cada possuidor (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 10, §3), podendo, contudo, existir acordo escrito entre os condôminos para a determinação de frações ideais diferenciadas entre si.

A usucapião especial coletiva trás consigo a possibilidade de liminar, pois se trata de uma ação de conteúdo metaindividual (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 4, §1) referentes ao meio ambiente artificial.

O legitimado passivo é, de forma geral, o proprietário do imóvel particular, tendo a mesma defesa que tem o legitimado passivo da ação de usucapião ambiental individual.

O rito processual é o sumário, (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 14) para ambas as ações e a sentença servirá de título para registro.

Importante salientar que o Ministério Público participa da ação de usucapião especial urbana obrigatoriamente (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 12, §1) e também tem legitimidade ativa para propositura da ação de usucapião especial urbana ambiental metaindividual.

A usucapião especial urbana pode ser invocada como matéria de defesa (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 13). E por se tratarem de usucapião urbana, não há necessidade de georreferenciamento, serviço caro.

Sem deixar de mencionar o avanço atual pela possibilidade, respeitadas as normas pertinentes, de usucapião poder ser feita extrajudicialmente, via cartório.

Através da usucapião, o Ser Humano passa a ter documento que valida sua titularidade, podendo defender seus direitos na melhor forma possível sob o ponto de vista de vários aspectos, conferindo-se um avanço na regularização fundiária, rumo a cumprir o pleno direito à moradia.

¹⁶ Cf. FIORILLO, 2012, p.141; LEI 8078, 1990, art. 181 §ú, III; LEI 10.257, 2001, art. 53.

3.2.2 DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA INDIVIDUAL

A seção referente ao título supracitado foi inteiramente vetada pelo então presidente com a justificativa de proteger os imóveis públicos afetados ao uso comum, por exemplo, praças, ruas, áreas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas.

Existe então um problema interessante de refletir: A grande maioria de terrenos ocupados por seres humanos em busca de moradia são em imóveis públicos. Esses habitantes dos bairros denominados irregulares ou favelas, em terrenos públicos, constituem um fato expressamente proibido na Constituição Brasileira (CONSTITUIÇÃO, 1988, §3 do art. 191). Os bens ambientais não podem estar suscetíveis sequer de posse ou propriedade quanto menos sofrerem os efeitos de algum direito patrimonial como a usucapião, modo originário de aquisição de propriedade.

A ocupação de imóveis público, todavia, é fato na realidade brasileira.

No entanto, a Medida Provisória 2.220 de 2001¹⁷ veio estabelecer que os possuidores de terras públicas até fim de junho de 2001 teriam direito adquirido sobre a concessão de uso de área pública, o que jamais se confundiria com usucapião. Pessoas e famílias na posse de áreas urbanas pública não adquirem domínio, porém, atendendo a requisitos próprios, obterão a concessão de uso para fins de moradia.

A medida do terreno também é importante nesse caso: não maior do que 250 metros quadrados. A posse por cinco anos ininterruptos sem oposição vem da mesma forma que ocorre na usucapião já versada.

Teria até, a referida medida provisória, o condão de transmissão causa mortis da concessão de uso de área pública (MEDIDA Provisória 2220, 2001, §3º do art. 1). Também trazendo o instituto da concessão de uso especial metaindividual, fortemente destinado à efetividade no plano do meio ambiente artificial, quando não possível a identificação precisa nos terrenos, como já comentado mais acima.

Ainda, pela medida ora estudada, uma pessoa que se encontra alojada em um prédio público pode receber do Estado o temporário poder de fato referente a outro lugar que não o que está sendo possuidor na realidade. Nos termos da Medida Provisória da Presidência (2001), dispõe-se:

¹⁷ MEDIDA Provisória. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. no. 2220. Diário Oficial da União, Brasília, DF, dez. 2000. Seção 1, p. 29.615.

O imóvel seria permutado no caso de ser parte de projeto de urbanização, local de interesse da defesa nacional, de uso comum do povo, preservado ambientalmente, ecossistema natural protegido, destinado a construção de represas e obras congêneres, situado em via de comunicação. (MEDIDA Provisória 2.220, 2001, art. 5)

Tal medida veio complementar o que fora vetado no Estatuto da Cidade (2001).

3.2.3 DO PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS

O artigo 5º do Estatuto da Cidade (2001) é referente a territórios que não cumprem sua função social, ao solo urbano não edificado, ao solo urbano subutilizado nos termos do respectivo plano diretor ou legislação pertinente.

Daí vem a necessidade de uso dos instrumentos do parcelamento, da edificação ou utilização compulsórios, pois se permanecerem ociosos, desrespeitam o direito alheio de moradia, visto que essa terra seria utilizada por alguém que não tem moradia.

Tais institutos jurídicos devem ter lei orgânica específica de iniciativa privativa do prefeito que versará sobre área já mencionada no plano diretor da cidade, fixando-se prazo para cumprimento da obrigação que se constituir compulsoriamente.

Sabe-se que o não cumprimento das disposições que afetarem os proprietários pode gerar o acontecimento do IPTU progressivo no tempo, e em um outro momento, a legitimação passiva para a desapropriação.

3.2.4 DO IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO

Trata-se de obrigação pecuniária decorrente do Estatuto da Cidade (2001) e da Constituição (CONSTITUIÇÃO, 1988, art. 182, § 4.º, II). É instituto tributário e financeiro que trás em seu bojo a execução da função social. Fala-se que “[...] O tributo criado tem como finalidade, como consequência do raciocínio antes apontado, ser destinado à viabilização real das funções sociais [...]”¹⁸

Descumprindo-se condições, etapas ou prazos legais, proceder-se-á a aplicação da majoração temporal tributária sobre o IPTU pelo prazo de 5 anos consecutivos.

Nas palavras de Carrazza (1996, apud, FIORILLO, 2010, p.132)¹⁹ a “progressividade no tempo do IPTU é um mecanismo que a Constituição colocou à disposição

¹⁸ FIORILLO, 2010, p.131.

¹⁹ Elizabeth, 1996, apud.

dos Municípios, para que imponham aos munícipes a observância de regras urbanísticas, contidas nas leis locais. Tem caráter nitidamente sancionatório”.

Das palavras acima mencionadas, pode-se concluir que o instituto tem caráter sancionatório a fim de encaminhar o particular para a utilidade pública, para o atendimento da função social do bem, o que também é regularização fundiária, o principal instrumento de cumprimento do direito à moradia.

Porém, mister é salientar que o cunho sancionatório não existe em razão de um ato ilícito, mas sim do mau uso, de acordo com a lei local, que se faz da propriedade urbana. (FIORILLO, 2010).

Cabe o comentário de que a alíquota de tal aumento será fixado em lei específica que versar sobre a área especificada no plano diretor, nos termos do Estatuto da Cidade (2001).

3.2.5 DA DESAPROPRIAÇÃO

Passados 5 anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha tomado as devidas medidas acerca da obrigação que lhe foi imposta (parcelamento, edificação ou utilização compulsórios), poderá o Município promover a desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública previamente aprovados pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, sucessivas e idênticas, assegurada indenização bem como os juros legais (CONSTITUIÇÃO, 1998, art. 182, §4.º, III).

Tomar um imóvel do particular para atender o interesse público é algo muito interessante sob o ponto de vista dos direitos sociais, dentre os quais a moradia se inclui. É uma matriz constitucional voltado a atender a tutela do meio ambiente artificial e da habitação coletiva.

Trata-se de um instrumento sancionatório também, bem como seus requisitos, sendo chamado de “desapropriação-sanção”²⁰. O que, para Fiorillo (2010), importa dizer que o proprietário “que não agir em conformidade com as exigências fundamentais de ordenação da cidade estabelecidas pelo Estatuto da Cidade (2001) estará sujeito à desapropriação de sua propriedade.”.

Ainda referindo-se ao Recurso Extraordinário acima aludido, é bom salientar que a desapropriação é instituto jurídico oriundo não só do Estatuto da Cidade (2001), mas do poder outorgado direto pelo Poder Constituinte Originário à Municipalidade, sendo até superável a questão da cidade ter ou não plano diretor.

²⁰ RECURSO Extraordinário 161552/SP, 1997

Note-se também, oportunamente, que a questão do pagamento ser feito em títulos da dívida pública pode ser visto como inconstitucional²¹ visto que nenhuma lei derroga a Constituição, a qual prevê o pagamento de justa indenização previa e em dinheiro.

Uma vez retirado o bem da mão do particular, o Poder Público deve seguir a legalidade do artigo 2.º do Estatuto da Cidade (2001), e, sobre eventual terceiro, não será afastada a imposição do correto aproveitamento do imóvel nos termos do estatuto e da função social da propriedade. Ou seja, o comprador, o sub-rogado, etc., deve seguir tanto as disposições já existentes sobre o bem, bem como novas imposições oriundas da Lei ou da Administração.

3.2.6 DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

No entendimento de Diniz (1998 apud FIORILLO, 2010, p.147)²² o direito de superfície é “direito real relativo à concessão onerosa ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, do uso da superfície de terrenos públicos ou particulares, para fins de urbanização, (...), ou outra utilização de interesse social. É direito real pelo qual o proprietário concede a outrem (...) o direito de construir ou plantar em seu terreno, mediante escritura pública devidamente escrita no registro imobiliário.”.

A utilização é referente ao solo, subsolo ou, ainda, espaço aéreo, sendo um instrumento jurídico-político de política urbana do Estatuto da Cidade (2001), transferindo-se o direito de construir sem abranger, no entanto, o direito de propriedade.

Existe menção expressa para a obediência da legislação urbanística e ressalta que o superficiário responde pelos encargos e tributos que caem sobre a propriedade, salvo disposições contratuais em contrário, o qual também versará sobre a transferência a terceiros, fixando de forma especial a hereditariedade do direito à superfície.

Permite-se, com esse instrumento, a adequação da propriedade urbana aos princípios da função social, do meio ambiente artificial, da regularização urbanística, da regularização fundiária, cumprindo-se também, se esse for o desejo, o direito à moradia.

Vale dizer que a superfície dada em razão da construção de moradia que for usada para fins comerciais é extinta de pleno direito, pois fugiu da sua razão inicial.

3.2.7 DA PREEMPÇÃO

Para melhor entendimento, cita-se o artigo 25 e 26 da Estatuto da Cidade (2001):

²¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. Lei 10.257/2001. Lei do Meio Ambiente Artificial. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 135, 2010.

²² Maria Helena, 1998, apud.

Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. [...]

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; [...] (LEI federal 10.257, 2001, art. 25 e 26).

Logo, a preempção é uma preferência do Poder Público sobre o privado na hora da alienação onerosa de um bem entre pessoas comuns também para a regularização fundiária e em razão de projetos habitacionais de interesse nacional.

A preempção requer Lei específica de iniciativa privativa do prefeito e tal norma delimitará áreas que haverá a preempção durante até cinco anos, sendo renovável o tempo.

Entende-se o presente instrumento como um gerenciamento (FIORILLO, 2010, p. 150) o qual tem como fim dar ao imóvel uma destinação funcional, nos termos da função social da propriedade e da cidade.

Tal instituto fixa o dever do particular alienante de dar ciência ao Poder Público, por uma notificação, nos termos do artigo 27 caput e §1.º da Lei 10.257 (2001), de sua intenção de venda, ou seja, de transferência onerosa da titularidade do bem, para que o Município manifeste seu interesse em compra-lo ou não.

As condições de oferta feitas ao Poder Público, vinculam o particular que aliena frente ao Município e a terceiros que comprem o bem.

Notória é a utilidade de tal instrumento para a defesa do direito à moradia, uma vez que é um caminho ao Estado para proceder a construção de habitações em obediência à regularização fundiária.

3.2.8 DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

A lei específica da outorga onerosa do direito de construir (Art. 30) é de competência privativa do prefeito.

Fala-se aqui de importante instrumento de regularização fundiária urbanística por se tratar de um artifício forte para a adequação do meio ambiente artificial às funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Por esse instituto jurídico, propicia-se à Municipalidade a arrecadação de quantia em dinheiro, a fim de dar efetividade aos diferentes fins da preempção, dos quais se destaca a regularização fundiária e a construção de habitações. (FIORILLO, 2010, p.152).

Pela força do disposto para tal ferramenta, amplia-se o direito de construir, o qual poderá ser exercido de forma a estar acima do coeficiente de aproveitamento básico vigente, coeficiente tal descrito no parágrafo primeiro do artigo 28 (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 28, §1.).

Também permite a alteração do uso do solo, com contraprestação do beneficiário sempre, a qual, sendo arrecadatória, permitirá ao Município a adoção de planos para dar provimento à regularização fundiária e habitação, no recorte desejado.

Portanto, trata-se de um financiamento de fins sociais pela ordem econômica capitalista. Pratica-se, então, o direito à moradia.

3.2.9 DAS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

Particulares, moradores, usuário permanentes e investidores privados pela melhoria social e as transformações urbanísticas participam.

Possibilitam a modificação de informações do parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como mudança das normas de edificação e também podem facultar a regularização de construções, reformas, ampliações em desacordo com a legislação vigente. Trata do uso e ocupação diferentes do comum.

As operações urbanas consorciadas, previstas no art. 31 da Lei em questão, requer lei específica baseada no plano diretor a fim de delimitação de suas áreas de alcance.

Para Raquel Rolnik (2001, apud FIORILLO, 2010, p. 155-156)²³ “são definições específicas para uma certa área da cidade que se quer transformar, que preveem o uso e uma ocupação distintos das regras gerais que incidem sobre a cidade e que podem ser implantadas com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores privados. O estatuto da Cidade admite a possibilidade de que essas operações ocorram, entretanto, exige que em cada lei municipal que aprovar uma operação como esta deva ser incluído obrigatoriamente o programa e projetos básicos para a área, o programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação e o estudo de impacto de vizinhança. Com essas medidas se procura evitar que as operações sejam somente “liberações” de índices construtivos para atender a interesses particulares, ou simplesmente operações de valorização imobiliária que impliquem exclusão de atividades e moradores de menor renda.”.

É instrumento que confere coesa divisão dos benefícios do desenvolvimento das cidades, da distribuição no espaço da população e de atividades econômicas municipais, evitando e corrigindo as distorções do crescimento urbano. (FIORILLO, 2010, p.156).

Há muitos requisitos na Lei, como instituição de programas, estudo de impacto de vizinhança, etc..

Salienta-se o requisito da necessidade de “contrapartida exigida dos proprietários”: A aferição de recursos oriundos da operação urbana consorciada deverão aplicados na própria operação.

²³ JORNAL do Brasil, 15 jul. 2001, p.8 apud.

Na leitura da lei, nota-se que envolve o controle do Poder Público municipal, o qual promoverá o crescimento social, interessante para a consumação do direito à moradia.

3.2.10 DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Lei municipal feita nos termos do plano diretor pode autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer o direito de construir previsto no plano diretor, ou em lei urbanística dele decorrente, em lugar diverso ou alienar tal direito mediante escritura pública.

Oportunamente, cita-se que poderá haver tal transferência “quando referido imóvel for considerado necessário para fins de servir a programas de **regularização fundiária, urbanização** de áreas ocupadas por população de baixa renda e **habitação de interesse social.**” (**Grifo nosso**) (ESTATUTO da Cidade, 2001, art. 35, III).

Apresenta-se, assim, a finalidade chave para a nossa busca.

Nas palavras de Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2010), “a transferência gratuita ou onerosa está direcionada aos valores alicerçados no piso vital mínimo [...] razão de ser constitucional da Lei 10.257 (2001)”.

Salienta-se que, logicamente, a transferência nunca poderá ir contra o Estatuto da Cidade (2001).

3.2.11 DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

A Lei municipal que determina questões de empreendimentos públicos e privados em área urbana deve conter o “EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança” como requisito de autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Município.(FIORILLO, 2010, p. 159).

O estudo observa de forma expressa a qualidade de vida da população residente nas imediações, citando temas como (1) o adensamento populacional; (2) equipamentos urbanos e comunitários; (3) uso e ocupação do solo; (4) valorização imobiliária; (5) geração de tráfego e demanda por transporte público; (6) ventilação e iluminação; e (7) paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. (LEI federal 10.257, 2001, art. 37 e incisos).

É instrumento de grande alcance na atuação do urbanismo, da regularização fundiária e do cumprimento do direito à moradia.

Para Fiorillo (2010), o alvo do EIV é a compatibilização da ordem econômica do capitalismo em face de valores fundamentais ligados residentes no país, também tendo natureza jurídica constitucional.

A Constituição (1988) prescreve, porém que (1) que o município é incumbido de exigir o EIV no caso de instalação de obra ou de início de atividade com potencial para degradação urbana; (2) o EIV é sempre anterior à instalação da obra; e (3) será ato público.

Tal instituto tem essência preventiva, contemplando tanto a parte negativa quanto a positiva do empreendimento ou atividade que tem como fim expresso a tutela da qualidade de vida da população residente na área e sua proximidade, seja bairros irregulares ou regulares.

3.2.12 DO PLANO DIRETOR

O Plano Diretor nasce diretamente da vontade do Constituinte de 1988, quando essa faz menção expressa ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

Antes da existência do Estatuto da Cidade, o Função Social e o Plano Diretor já haviam sido examinados e vivificados por Lei Municipal que, instituindo o Plano Diretor, não esperou a referida lei Federal.²⁴

Trata-se de Lei orgânica a qual o Estatuto da Cidade (2001) dispõe como obrigatória para Municípios de acordo com a vontade do Legislador. É um instituto tido positivamente como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana abarcando, logicamente, a moradia, visto que não faz sentido uma cidade sem habitantes. O plano diretor é um instrumento poderoso para a ordem fundiária e urbanística.

Nos termos da Lei, o Poder Legislativo deverá promover audiências públicas, debates com interessados, agindo com transparência e honestidade, na hora de elaborar tal plano. Tais temáticas também devem ser promovidas factualmente pelo Poder Executivo na hora da fiscalização.

O Estatuto da Cidade (2001) ao prever o plano diretor é claro na necessidade de revisão da Lei de dez em dez anos e também menciona o fato do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do Erário observarem o plano diretor.

Lei de grande força, o plano diretor é Lei obrigatória em Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes; é também obrigatório em Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas e aglomerações urbanas; indispensável às áreas de interesse de atividades de grande impacto ambiental; cogente à áreas de interesse turístico e, finalmente, necessário em cidades que se tenha por bem desapropriar um particular, contendo os poderes da Administração Pública.

Ainda, em casos de mais 500 mil habitantes na cidade, a cidade também deverá criar o plano diretor de transporte.

²⁴ JÚNIOR, Nelson Saule – Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 10, 1997b.

O plano diretor tem de, no mínimo, delimitar as áreas urbanas onde aplicar-se-á o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórias considerando demanda para utilização.

Na ausência do plano diretor para tal cidade, resta a elaboração de planos urbanísticos (indicativos, imperativos e a forma mista)²⁵ Nelson Saule Junior (1999a) reforça que “[...] (os favelados) têm de ter de alguma forma de direito de acesso [...] à moradia – de maneira a serem devidamente integrados na estrutura e na sociedade urbanas – e de que o poder público local é (...) responsável pela sua garantia.

3.3 CONCLUSÃO PARCIAL

É, por fim, abundante o número de instrumentos de regularização fundiária contidos no Estatuto da Cidade. Todos com o fim de garantir o cumprimento da moradia, do direito à cidade e demais desdobramentos do direito à moradia.

Os três poderes se envolvem nessas questões, viscerais que são. A República se movimenta.

Todavia, há constante fracasso na realização do direito à moradia, com esgotamentos de vias para recorrer dentro da nação. É nesta hora que é cabível a residual, subsidiária jurisdição internacional.

²⁵ DI SARNO, Daniela de Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri, São Paulo: Manole, p. 66, 2004. , para que seja a função social cumprida apesar desta lacuna constitucional, tudo caminhando para o existir do direito à moradia.

1. O DIREITO À MORADIA

2. DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA.

3. DOS INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

4. DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

É sabido que o indivíduo é, atualmente, um sujeito de direito internacional, podendo postular suas demandas em juízo transnacional.¹ Os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos² (DECRETO Presidencial nº. 582, 1 e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³, ambos fundados na Declaração Universal dos Direitos do Humanos (1948), do qual o direito à moradia faz parte, conferiram capacidade processual ao indivíduo.

Nas palavras de Nelson Saule Junior (1999a) “[...] os indivíduos, os cidadãos dos Estados Nacionais se transformaram em sujeitos de direito internacional, adquirindo capacidade processual para a efetiva proteção e implementação de seus direitos junto aos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos [...]” (SAULE, 1999a, p. 65).

O que se fala é de escala internacional global, como o previsto pela Comissão de Direitos Humanos e o Conselho Econômico Social (ECOSOC).

Ainda, esses mesmos mecanismos de jurisdição internacional também existem quando se fala na esfera internacional regional, como o previsto pelo sistema americano, com base na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica.⁴

O sujeito de direito apenas no Estado o qual é cidadão passa a ser um sujeito de direitos universais, uma legitimidade no direito internacional. A Universalidade decorre do acontecimento de todos os países e nações terem um padrão de direitos fundamentais e liberdades fundamentais. Cada Constituição, antes, poderia seguir um caminho, diferenciando-se entre si. Todavia, agora, aos signatários, existe um padrão.

Saiu-se da simples proclamação de direitos para a efetividade frente qualquer ameaça, mesmo que essa ameaça seja um Estado. (SAULE, 1999a).

Entende-se por fulcral a possibilidade de postulação em nível internacional, ainda que subsidiariamente, ou de forma residual. É um passo essencial na aplicação dos instrumentos de proteção e realização dos direitos humanos.

¹ JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, p. 65, 1999a.

² DECRETO Presidencial. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasil, nº. 582, jul. 1992.

³ DECRETO da presidência. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação, nº. 591, Diário Oficial, Brasília, DF, art. 11, §1., jul. 1992.

⁴ DECRETO da presidência. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Nº 678. Diário Oficial, Brasília, DF, nov. 1992.

Outrossim, destinando a proteção da sistemática internacional ao direito à moradia, Nelson Saule Junior diz:

Com base [...] no conjunto de normas previstas no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, em especial a Declaração Universal dos direitos Humanos, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estão presentes os fundamentos do reconhecimento do Direito à Moradia como um Direito Humano [...]. (SAULE, 1999a, p. 66).

As Convenções e Tratados de direitos humanos tem uma sistemática dentro do direito interno, sendo competência exclusiva do Congresso Nacional o assunto. Sabe-se da graduação de hierarquia no recebimento da norma de direito internacional. Estes mesmos documentos protegem direitos da pessoa humana e não interesses dos Estados: não se fala de compromissos com Estados, mas sim com pessoas, Seres Humanos.

De forma similar, a jurisdição internacional também encontra certa ligação com as possibilidades nacionais: é residual, o que vale dizer que a mesma só poderá ser provocada caso os recursos do Estado já se tenham acabado ou, de maneira geral, não possam ser usados.

No caso deste trabalho, visa-se o estudo da figura da Comissão interamericana de Direitos Humanos como legítima para a propositura de ação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, um mecanismo original e útil.

4.1 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A referida comissão foi criada em 1959. A estrutura que tem é regida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já mencionada, assinada em 69, vigendo a partir de 78. O Estatuto (1979) e o Regulamento (1987) que detalham suas atividades. (Informação Online)⁵.

Representa o primeiro organismo efetivo de proteção aos direitos humanos. É composta de sete membros eleitos pela Assembléia Geral para mandatos de 4 anos, permitida apenas uma reeleição. Trata-se de sete representantes dos 35 países signatários da OEA (Organização dos Estados Americanos), o que implica dizer que os 7 membros não representam só seus países, mas a todos os signatários. (Informação Online, 2016, p.1).

Duas vezes ao ano, os eleitos se reúnem na sede da Comissão. (Informação Online, 2016, p.1).

⁵ Informação elaborada pela OEA, colhida em sítio eletrônico, em Brasil, abr. 2016.

Sediada em Washington D.C, representa os 35 países signatários da OEA e apura as denúncias feitas no território destes mesmos países. Os direitos protegidos são os elencados na convenção que a rege bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶.

Frise-se aqui que ser signatário é submeter-se ao cumprimento dos dispostos pela Comissão, porém a eficácia é contida nos termos da vontade do país soberano. Sendo a possível cogência das decisões da corte uma tema para uma tese de doutoramento.

Após a denúncia da vítima, ou de alguém presente na hora da violação, ou, ainda, de alguém que tomou conhecimento da infração ao direito, a Comissão ao investigar pode fazer recomendações aos Estados ou propor ação contra os mesmos, representando a vítima perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (Informação Online, 2016, p.1).

Qualquer pessoa, em representação pessoal ou de terceiros, pode peticionar à Comissão tendo esgotado os recursos legais, sem êxito, que tiver em seu Estado, e não havendo litispendência internacional. O prazo decadencial da demanda é de 6 meses do esgotamento de recursos da jurisdição nacional.

A carta deve ser enviada à: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, 1889 F Street, N. W, Washington, D.C. 20006 – Estados Unidos da América; ou por fax pelo número (202) 458-3992. (Informação Online, 2016, p.1).

Recebida a petição, a Comissão procederá à comunicação ao Estado informando-o que fora recebida uma petição acusatória contra ele, facultando a manifestação sobre a admissibilidade da demanda. Se for preciso, solicitará a Comissão por novas informações e então decidirá se houve ou não infração ao direito humano reclamado.

Interpretada como existente pela Comissão, determinar-se-á a abertura formal do caso, com nova manifestação dos litigantes, investigação no local ou por audiência do caso.

E para fins de eficácia da demanda, a comissão tenta um acordo amigável entre as partes, caso isso não dê certo, a comissão decidirá se houve ou não a agressão e emitirá um parecer a Comissão e o enviará à nação investigada juntamente com as recomendações, com sugestão ao país que tome providências a fim de investigar a situação, compensar as vítimas e abster-se de violações novas. (Informação Online, 2016, p.1).

⁶ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem. Assembléia Geral das Nações Unidas. Paris. dez. 1948.

Caso o País não cumpra as recomendações, a Comissão poderá levar a causa a conhecimento de todos no relatório anual da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, o que pode exercer significativa pressão à Soberania, uma vez que pode acontecer censuras pela caracterização internacional do Estado como “violador dos direitos humanos”.

Por fim, e o mais interessante, é que a Comissão pode levar a causa à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Note-se que o interessado não tem capacidade postulatória, mas só os Estados e a Comissão.

CONCLUSÃO

O direito à moradia é um direito abrangente, podendo, traduzir um direito tão forte que se mostra como um postulado, como a dignidade da pessoa humana. Abrange diversas condições.

Não precisamos ir longe para ver o direito à moradia reduzido a condições degradantes de vida. Não é mister procurar muito para achar pessoas dormindo nas calçadas ou dentro de recuos de propriedades diversas, ou, ainda, dentro de habitações com poucos cômodos para muita gente, ou casas de madeira nas extensões das favelas, etc..

Não é necessário vagar muito para achar falta de cultura, lazer, saúde dentre muitas outras questões, expostas nesse trabalho, as quais se atendidas, tornariam possível dizer que a regularização fundiária está em andamento, compreendendo-se essa como não só uma regularidade documental, mas como todo o processo de cumprimento do direito à moradia.

Expressou-se que, no entanto, a luta pelo implemento do direito à moradia é possível no campo nacional e internacional.

Antes de proceder à análise específica dos meios de defesa, no entanto, foi indispensável o prévio alinhamento dos objetivos do direito urbanístico com os da regularização fundiária, tornando, assim, o direito urbanístico um direito para a consecução do direito à moradia, uma vez que a própria regularização fundiária, mais antiga que o direito urbanístico compreendido atualmente, visa atender à moradia.

No plano nacional, reconhece-se a Lei 10.257 (2001), diploma de direito urbanístico, como a mais expressiva no campo do atendimento à regularização fundiária, trazendo diversos instrumentos de regularização fundiária e, de forma suplementar, no plano internacional, existe defesa administrativa, que é a investigação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos mediante denúncia de infração ao direito à moradia, bem como, apurada essa transgressão, a faculdade de levar o caso à Corte Interamericana de Direito Humanos.

Mister é lutar.

BIBLIOGRAFIA

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. 2ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Almedina Coimbra, 4ª Edição, 1989.

CONSTITUIÇÃO. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. 1988.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar, **IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva**. Curitiba: Juruá Editora, 1996

CARTILHA de Informações elaborada pela OEA, colhida em sítio eletrônico, em Brasil, abr. 2016. Disponível em

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem. Assembléia Geral das Nações Unidas. Paris. dez. 1948

DECRETO Presidencial. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nº. 678, nov. 1969.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Volume 2. São Paulo:Saraiva. 1998

DI SARNO, Daniela de Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

EMENDA Constitucional. Altera a redação do art. 6 o da Constituição Federal. nº 26, Diário Oficial, Brasília, DF, Planalto, fev. 2000

ENTREVISTA concedida por Sergio Iglesias Nunes Souza, ao Carta Forense, Brasil em jan. 2012. Disponível em: www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-a-moradia-e-de-habitacao/8111.

FERNANDES, Rodrigo Pieroni. O direito constitucional à moradia e os efeitos da Emenda Constitucional 26/00. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/579>>. Acesso em: 14 abr. 2016

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Dicionário**, 1ª. Edição, p.229, 1988.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. Lei 10.257/2001: Lei do meio ambiente Artificial. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. Direitos sociais: direito à moradia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12892&revista_caderno=9>. Acesso em mar 2016.

JORNAL do Brasil, 15 jul. 2001.

JÚNIOR, Nelson Saule (Coord.). **Direito à Cidade**. São Paulo: Max Limonad, 1999a.

JÚNIOR, Nelson Saule – **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997b.

LEI Federal. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. no. 12424. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jun. 2011.

LEI Federal. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. no. 6766. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. dez. 1979.

LEI Federal. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. no. 10.931. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico. ago. 2004.

LEI Federal. Institui o Código Civil. no. 10406. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jan. 2002.

LEI Federal. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. no. 4380. Brasília, DF: H. Castelo Branco. set. 1986.

LEI Federal. O Estatuto da Cidade. nº. 10.257. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, jul. 2001.

LEI Imperial. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. no. 601. Brasil: Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em set. 1850.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Moradores de Rua - a questão social bate à porta da Faculdade de Direito da USP. Associação dos Juizes pela Democracia. 2016. Disponível em http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=70.

MEDIDA Provisória. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. no. 2220. Diário Oficial da União, Brasília, DF, dez. 2000. Seção 1, p. 29.615

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, p.88, 2008.

NOTÍCIA elaborada pelo Jornal “O Estadão”, em São Paulo, em setembro de 2012.

QUADRO sinóptico publicado pela Associação dos Juizes pela Democracia, no sitio online, Brasil, março, 2016

RECURSO Extraordinário. Direito à moradia. nº. 161552/SP. STF. Relator Ilmar Galvão. 1997. STF.

SANTOS , Camila Buzinaro dos. A moradia como direito fundametal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677

SEMINÁRIO realizado por Beatriz Kauduinski Cardoso, no 3o. Seminário de Habitação, Florianópolis, em out. 2013. 3 AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Cidade, p.163, São Paulo: Max Limonad, 1999

SÍTIO Eletrônico Oficial. Áreas Ilegais. Informação obtida em site da COHAB da prefeitura de São Paulo, em abr. 2016.

SÍTIO Eletrônico.
http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8371:imported_8341&catid=55&Itemid=125

SÍTIO Eletrônico. http://direitoamoradia.org/?page_id=46&lang=pt

SÍTIO Eletrônico. www.dhnet.org.br 2016

SÍTIO Eletrônico. www.agu.gov.br > detail > id-conteudo. 2016.

SÍTIO Eletrônico. <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>. 2016.

TESE. O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Grupo de Trabalho: “Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)? Exposição na 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no”. Realizado na Pontifícia Universidade Católica - SP, em dezembro de 1999.