

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL- UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO– MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
NÍVEL DOUTORADO

Joslaine Valzelir de Menezes Santos

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DA
SOLIDARIEDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, A PARTIR
DA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, NAS
INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Santa Cruz do Sul

2025

Joslaine Valzelir de Menezes Santos

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DA
SOLIDARIEDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, A PARTIR
DA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, NAS
INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Tese de doutoramento em Direito apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC, área de concentração Direitos Sociais e Políticas públicas, Linha de pesquisa de Diversidade e Políticas Públicas, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, tendo como orientador o Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis.

Santa Cruz do Sul

2025

Joslaine Valzelir de Menezes Santos

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DA
SOLIDARIEDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, A PARTIR
DA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, NAS
INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Esta tese foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* – Doutorado em Direito, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Diversidade e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Dr. Jorge Renato dos Reis
Professor Orientador – UNISC

Dra. Denise da Silva Bittencourt
Professora Examinadora – UNISC

Dr. Ricardo Hermany
Professor Examinador - UNISC

Dra. Juliana Follmer
Professora Examinadora – Registradora de Imóveis - RS

Dr. Luiz Gonzaga Adolfo
Professor Examinador – IODA (Instituto Observatório de Direitos Autorais)

Dr. Wilson Engelmann
Professor Examinador - UNISINOS

CIP - Catalogação na Publicação

Santos, Joslaine Valzelir de Menezes

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO INSTRUMENTO DA
SOLIDARIEDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, A PARTIR DA
REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, NAS INTERSECÇÕES
JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO / Joslaine Valzelir de Menezes Santos. – 2025.

209 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do
Sul, 2025.

Orientação: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis.

1. Constitucionalismo. 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3.
Solidariedade. 4. Registro de Imóveis. 5. More Legal. I. dos
Reis, Jorge Renato. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RESUMO

Objetiva-se nesta tese verificar como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas. O crescimento desordenado de aglomerados urbanos, resultado de populações que ocupam áreas impróprias à habitação, demonstra a crise e o problema de moradia no Brasil. O Direito à moradia está hoje disposto na Constituição Federal, mesmo assim assistimos poucas realizações para a plenitude da função social da propriedade. A dignidade da pessoa humana no direito de ocupar um espaço para viver está aquém de um o status social de proprietário, está ligada a necessidade básica de condições dignas de sobrevivência humana a uma população excludente em situação de vulnerabilidade social. Reza a legislação que a Regularização Fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia. Nesse contexto, reavaliar as mudanças trazidas pelos novos ideais discutidos no constitucionalismo contemporâneo e seus reflexos nas ações de Regularização Fundiária Urbana, que é abordada como concretizadora do direito fundamental à moradia. O conceito de solidariedade foi integrado, a partir de determinado momento, por sistemas jurídicos positivos, aparecendo então como um conceito que abre uma porta para a solução da questão social. O Registro de Imóveis, caracteriza-se como instrumento concretizador de importantes funções tornando-se um dos principais atores da regularização fundiária. O Projeto More Legal é um importante instrumento de regularização fundiária urbana, cuja aplicação fica limitada ao Estado do Rio Grande do Sul. A delimitação da presente tese encontra amparo na regularização fundiária urbana como instrumento da solidariedade para a efetivação da dignidade humana, considerando o direito fundamental à moradia no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado. Na tese buscar-se-á responder ao seguinte problema de pesquisa: como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas? Assim desenvolve-se esta tese como uma pesquisa bibliográfica, explorando problemas a partir de pressupostos teóricos sobre a abordagem do tema, objetivando ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar e enfeixar hipóteses de uma visão mais unitária do universo estudado e gerar novas hipóteses por força da dedução lógica. A pesquisa utilizou o método qualitativo para evidenciar os resultados, o pesquisador na pesquisa qualitativa preocupou-se com o processo e não simplesmente com os resultados. A proposta da presente tese encontra-se em conformidade com a área de concentração - Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, e, especificamente, com o seu eixo temático "Demandas Sociais e Políticas Públicas. A presente tese propõe dessa forma, analisar o processo de constitucionalismo contemporâneo como determinante das intersecções jurídicas entre o público e o privado; verificar o princípio constitucional da solidariedade como

instrumento de efetivação da dignidade humana; identificar o direito fundamental à moradia como essencial à efetivação da dignidade humana; vincular a regularização fundiária urbana, no sistema jurídico brasileiro, como instrumento de solidariedade, na busca de soluções possíveis para a efetivação do direito à moradia; analisar um caso prático da regularização fundiária na cidade de Santana do Livramento, no RS, na pesquisa de soluções possíveis ao problema da moradia no Brasil. Como resposta ao questionamento proposto, é possível constatar que sem dúvida, a questão da casa, da moradia, da habitação merece ser repensada e revisada. Ainda, apresenta-se um árduo caminho a trilhar, e o importante é não se olvidar a experiência que possa ser espelhada no passado. Diante de todo o estudo, há que se considerar que mesmo configurando-se a solidariedade com o princípio ainda tênue no texto constitucional vigente, obriga-se o seu pronto e imediato cumprimento, seja por ato de iniciativa estatal, ou por provocação dirigida aos Poderes Públicos.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Dignidade da Pessoa Humana. Solidariedade. Registro de Imóveis. “More Legal”.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to verify how urban land regularization, in the process of legal intersections between public and private, characteristic of contemporary constitutionalism, and instrumentalized by solidarity, can help in the realization of the right to housing for the part of the Brazilian population without assistance of this fundamental right, in order to realize the human dignity of these people. The disorderly growth of urban agglomerations, resulting from populations occupying areas unsuitable for housing, demonstrates the crisis and the housing problem in Brazil. The right to housing is now in the Federal Constitution, even so we have seen few achievements for the fullness of the social function of property. The dignity of the human person in the right to occupy a space to live is below a social status of owner, is linked to the basic need for decent conditions of human survival to an excluded population in a situation of social vulnerability. The legislation states that the Land Regularization consists of a set of legal, urban, environmental and social measures aimed at regularizing irregular settlements and the titling of their occupants, in order to guarantee the social right to housing. In this context, reassess the changes brought by the new ideals discussed in contemporary constitutionalism and its reflections in the actions of Urban Land Regulation, which is approached as a concretizer of the fundamental right to housing. The concept of solidarity was integrated, from a certain moment, by positive legal systems, appearing then as a concept that opens a door to the solution of the social question. The Real Estate Registry is characterized as an instrument that fulfills important functions, becoming one of the main actors in land regularization. The More Legal Project is an important instrument for urban land regularization, whose application is limited to the state of Rio Grande do Sul. The delimitation of this thesis is supported in urban land regularization as an instrument of solidarity for the realization of human dignity, considering the fundamental right to housing in contemporary Brazilian constitutionalism, from the legal intersections between public and private. In the thesis we will seek to answer the following research problem: as urban land regularization, in the process of legal intersections between public and private, characteristic of contemporary constitutionalism, and instrumentalized by solidarity, can help in the realization of the right to housing for the part of the Brazilian population unassisted this fundamental right, in order to effectively human dignity of these people? Thus this thesis is developed as a bibliographical research, exploring problems from theoretical assumptions about the approach of the theme, aiming to expand generalizations, define broader laws, structure systems and theoretical models, to relate and refine hypotheses of a more unitary view of the universe studied and generate new hypotheses by virtue of logical deduction. The research used the qualitative method to highlight the results, the researcher in the qualitative research was concerned with the process and not simply with the results. The proposal of this thesis is in accordance with the area of concentration - Contemporary Constitutionalism of the Graduate Program in Law, at the Doctoral level, of the University of Santa Cruz do Sul, and specifically, with its thematic axis "Social Demands and Public Policies. The present thesis proposes to analyze the process of contemporary constitutionalism as a determinant of legal intersections between public and private; verify the constitutional principle of solidarity as an instrument for the realization of human dignity; identify the fundamental right to housing as essential for the realization of human dignity; link urban land regularization in the Brazilian legal system as an instrument of solidarity, in search of possible solutions for the realization of the right to housing; analyze a practical case

of land regularization in the city of Santana do Livramento, in RS, in the search for possible solutions to the problem of housing in Brazil. As a response to the proposed question, it is possible to see that without doubt, the issue of the house, housing, housing deserves to be rethought and revised. Still, there is a difficult path to tread, and the important thing is not to forget the experience that can be mirrored in the past. Before the whole study, it must be considered that even if solidarity is configured with the principle still tenuous in the current constitutional text, its prompt and immediate compliance is required, either by an act of state initiative or by provocation directed to public authorities.

Keywords: Constitutionalism. Dignity of the Human Person. Solidarity. Real Estate Registry. "More Legal".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PROCESSO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO DETERMINADOR DAS INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	21
2.1 Constitucionalismo Contemporâneo	21
2.2 As Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado	37
2.3 A busca do direito unificado	50
3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	57
3.1 O Princípio Fundamental Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana	57
3.2 O Princípio Constitucional da Solidariedade	72
3.3 O reconhecimento do Princípio da Solidariedade como instrumento de efetivação da Dignidade Humana	87
4 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO ESSENCIAL À EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	94
4.1 O Direito Fundamental à moradia e sua inserção na Constituição Federal de 1988	94
4.2 O Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana	108
4.3 Direitos Fundamentais à moradia: uma perspectiva teórica	113
5 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, COMO INSTRUMENTO DE SOLIDARIEDADE, NA BUSCA DE SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA	120
5.1 A Regularização Fundiária e seus Princípios Jurídicos	120
5.2 A utilização de instrumentos jurídicos previstos no estatuto da cidade	125
5.2.1 Instrumentos jurídicos de regulação urbana	135
5.3 A utilização de instrumentos jurídicos dos demais dispositivos legais	160
6 ANÁLISE DE CASO PRÁTICO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA A FIM DE VERIFICAR A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DA INSTRUMENTALIZAÇÃO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA	167
6.1 O Caso do Loteamento “Bairro São Paulo” em Sant’Ana do Livramento-RS	167
6.2 O Princípio Constitucional da Solidariedade na Concretização do Direito à Moradia	174
6.3 Relatos de Pessoas Beneficiadas pela Moradia Digna Comprovações da Concretização da Dignidade Humana	182
7 CONCLUSÃO	184
REFERÊNCIAS	190

ANEXOS	205
ANEXO A: MORE LEGAL V (Redação dada pelo Provimento n. 34/2023-CGJ)	205

1 INTRODUÇÃO

Analizando o desenvolvimento urbano, em relação ao direito à moradia, remontamos a padrões de pobreza e exclusão social já observados em séculos passados e consequências no atual.

O crescimento desordenado de aglomerados urbanos, resultado de populações que ocupam áreas impróprias à habitação, demonstra a crise e o problema de moradia no Brasil.

O Direito à moradia está hoje disposto na Constituição Federal, mesmo assim assistimos poucas realizações para a plenitude da função social da propriedade, diante de um modelo econômico capitalista segurado por um ordenamento jurídico que prioriza a propriedade individual em detrimento da social. Fruto dessa não consciência social estão as favelas, as moradias e os loteamentos irregulares.

A dignidade da pessoa humana no direito de ocupar um espaço para viver está aquém de um *status* social de proprietário, está ligada a necessidade básica de condições dignas de sobrevivência humana a uma população excluída em situação de vulnerabilidade social.

Escreve Fernandes e Alfonsin (2014) que, o aumento do crescimento da informalidade urbana, tanto em países em desenvolvimento quanto em países já urbanizados e industrializados, está quase sempre associado ao aumento da pobreza. No caso do Brasil, mesmo tendo nas últimas décadas se tornado um país de renda média, gerando lucros históricos para diversos setores, se tornando um país plenamente urbanizado, apresenta um enorme volume de problemas urbanos e socioambientais.

Reza a legislação que a Regularização Fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No Estado Democrático de Direito, o direito perde o seu caráter de mero discurso de legitimidade do poder estabelecido para se converter em garantidor deste novo projeto político-jurídico, comprometido com a mudança do *status quo* e com a mitigação das injustiças e desigualdades sociais, no postulado a moradia digna.

Outrossim, é entender que o direito constitucional contemporâneo se caracteriza pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional; visa dar uma maior efetividade para os direitos fundamentais.

Nesse contexto, necessário se faz reavaliar as mudanças trazidas pelos novos ideais discutidos no constitucionalismo contemporâneo e seus reflexos nas ações de regularização fundiária urbana, que é abordada como concretizadora do direito fundamental à moradia e como mecanismo essencial de combate à informalidade urbanística. Assim, deve ser questionada a eficácia e a aplicabilidade da norma constitucional através dos mecanismos infraconstitucionais, legais e administrativos, que garantem o direito fundamental à moradia regularizada.

O direito à moradia está hoje assentado na Constituição Federal, mesmo assim assistimos poucas realizações para a plenitude da função social da propriedade, diante de um modelo econômico capitalista segurado por um ordenamento jurídico que prioriza a propriedade individual em detrimento da social. Fruto dessa não consciência social estão as favelas, as moradias e os loteamentos irregulares.

A solidariedade tem sido dissertação da filosofia, recorrendo a referências sociológicas e em particular como fundamento de uma ética social. Entretanto, o conceito teve, na segunda metade do século XX, uma aquiescência político-constitucional, como base para a intervenção social do Estado.

O conceito de solidariedade foi integrado, a partir de determinado momento, por sistemas jurídicos positivos, aparecendo então como um conceito que abre uma porta para a solução da questão social, e não apenas como o fundamento filosófico de uma nova ordem.

Como bem expressa a juíza federal Ana Cristina Andrade Silva (2016), o princípio da solidariedade ficou estabelecido no título dos princípios fundamentais, formando a base axiológica do ordenamento jurídico, com a finalidade de nortear os atos perpetrados pelo Estado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Aqueles que não tem suas propriedades regularizadas sofrem com a discriminação, pois, em sua maioria, residem em áreas ilegais, conglomerados urbanos, geralmente nas periferias das cidades e são pertencentes ao nível socioeconômico mais baixo da população.

Desse modo, cidadãos vivendo em ocupações irregulares são um enorme problema social, pois, em geral vivem sob condições precárias de higiene e saneamento básico.

Nestas condições de ocupações irregulares, ao que se refere à questão habitacional, aponta-se ao tratamento constitucional e legal a respeito da questão e ao desafio dos Poderes Públicos quanto à regularização fundiária e quanto à oferta de moradia em condições de dignidade e segurança a essa parcela da população.

O problema habitacional não é matéria nova no Brasil. O tema, entretanto, ganha novo alento após a edição da Emenda Constitucional n. 26/2000, que, alterando o caput do art. 6º da Constituição, inseriu a moradia no rol de direitos sociais expressamente assegurados aos cidadãos. A moradia, portanto, adquire *status* de direito fundamental. Esse novo *status*, entretanto, não trouxe, durante muito tempo, qualquer novidade ao estudo do tema ou à formulação de políticas públicas no setor (Ribeiro, 2014).

O Registro de Imóveis, caracteriza-se como instrumento concretizador de importantes funções, tornando-se um dos principais atores da regularização fundiária. Exercendo uma função jurídica e social, ao materializar o princípio constitucional da solidariedade, sendo a análise amparada pelo princípio da dignidade humana. O instituto que originariamente tem garantido a propriedade imobiliária no Brasil e no mundo, há séculos, agora exerce funções sociais e ambientais, tudo isso decorrente da transformação do direito de propriedade contemporâneo (Melo, 2010).

A solidariedade reforça a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, apresentando, como exemplo, o novo panorama acerca do direito de propriedade, em que todos devem fazer com que a propriedade cumpra a função social, disponibilizando-a a toda a coletividade para alcançar a justiça social, pois este é o novo redimensionamento do direito de propriedade, a redefinir o sentido desse direito no Brasil contemporâneo, sendo notório o norte solidarista.

Regularização Fundiária Urbana, ou Reurb, nos termos das normas vigentes, são, na verdade, nada mais que um processo de intervenção pública por meio de um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam legalizar a permanência da população que reside em áreas ocupadas em desconformidade com a Lei (Alfonsin et al., 2006).

Analisar esse conceito como um processo de intervenção pública significa dizer que a Regularização Fundiária demanda uma política governamental que tenha metas, estratégias e sustentação, com o objetivo de criar condições para que o poder municipal exerça seu dever constitucional de garantir o cumprimento integral da função social da cidade e da propriedade urbana.

Foram inseridas novas formas de regularização fundiária urbana, a fim de se garantir o direito de moradia à população, sobretudo de baixa renda, e o cumprimento da função social da propriedade, por meio de diversos instrumentos da lei.

Ao encontro dos paradigmas da lei federal, no ano de 2011, a Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) do Rio Grande do Sul criou o Projeto “More Legal”. O provimento é uma ferramenta administrativa que objetiva facilitar, orientar e padronizar a regularização fundiária de lotes urbanos em todo o Estado a fim de conceder titulação de propriedade dos imóveis para aqueles que detêm a posse comprovada (Rio Grande do Sul, 2011).

O Projeto More Legal é um importante instrumento de regularização fundiária urbana, cuja aplicação fica limitada ao Estado do Rio Grande do Sul. É uma iniciativa do Poder Judiciário gaúcho e tem por objetivo regularizar áreas urbanas. O projeto, pioneiro no país, teve por finalidade estabelecer regras simples para a regularização de loteamentos, desmembramentos, fracionamentos ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, com a decorrente legalização do exercício da posse mediante registro imobiliário em situações consolidadas, nas quais é indicada sua irreversibilidade.

A delimitação da presente tese encontra amparo na regularização fundiária urbana como instrumento da solidariedade para a efetivação da dignidade humana, considerando o direito fundamental à moradia no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado.

Considerando que o período, a partir do início do século XXI, no Brasil, caracterizado pelo constitucionalismo contemporâneo, coloca a dignidade humana como epicentro de todo o sistema jurídico pátrio; considerando que o princípio constitucional da solidariedade caracteriza-se como o instrumento de efetivação desta dignidade humana; considerando que o processo denominado de “intersecções jurídicas entre o público e o privado” é o movimento unificador do direito, instrumentalizado pela solidariedade, para a efetivação da dignidade humana; considerando que o direito fundamental à moradia, previsto constitucionalmente, cria o dever fundamental do Estado Brasileiro e, também, da sua sociedade civil

organizada e das pessoas individualmente consideradas de criar instrumentos que permitam a busca da solução desta problemática que impede a concretização da dignidade humana a todos; considerando que a regularização fundiária urbana, prevista em diversos diplomas legislativos e administrativos brasileiros, cria instrumentos jurídicos capazes de auxiliar na solução do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental.

A partir de tais premissas, buscar-se-á responder ao seguinte problema de pesquisa: como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas?

A regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, efetivando a dignidade humana dessas pessoas, a partir da aplicação dos instrumentos legais, judiciais e extrajudiciais, postos à disposição dos operadores do direito e dos administradores da coisa pública, adaptados à realidade dos fatos e com verdadeiro espírito de solidariedade às pessoas necessitadas de tais direitos.

Conforme ensina Gustin et al. (2010), a pesquisa em direito deve envolver outros fatores que influenciam na formação da ciência jurídica, como produções de outras áreas que versam sobre as relações de poder e o Estado, e também aos diversos fatos sociais que refletem no Direito. Assim desenvolve-se esta tese como pesquisa bibliográfica, explorando problemas a partir de pressupostos teóricos sobre a abordagem do tema, objetivando ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar e enfeixar hipóteses de uma visão mais unitária do universo estudado e gerar novas hipóteses por força da dedução lógica. A pesquisa bibliográfica foi realizada em fontes secundárias como livros, periódicos, artigos científicos, base de dados jurídicas e conteúdo disponível em meio eletrônico através da internet, além da análise da Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002, legislações federais pertinentes à matéria e normatizações da Corregedoria Nacional de Justiça e das Corregedorias de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A pesquisa utilizou o método qualitativo para evidenciar os resultados, de modo que nos preocupamos, na pesquisa qualitativa com o processo e não simplesmente com os resultados.

A pesquisa teve caráter exploratório, dado a literatura possuir casos muito particulares referentes ao tema, proporcionando maior familiaridade com o problema. Como método científico essa tese se valeu do método dedutivo, partindo de dados gerais para inferir conclusões sobre casos específicos.

Assim objetiva-se verificar como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas.

Dessa forma, a presente tese subdivide-se em cinco capítulos, os quais objetivam: 1: Analisar o processo de constitucionalismo contemporâneo como determinador das intersecções jurídicas entre o público e o privado; 2: Verificar o princípio constitucional da solidariedade como instrumento de efetivação da dignidade humana; 3: Identificar o direito fundamental à moradia como essencial à efetivação da dignidade humana; 4: Vincular a regularização fundiária urbana, no sistema jurídico brasileiro, como instrumento de solidariedade, na busca de soluções possíveis para a efetivação do direito à moradia; 5: Analisar um caso prático da regularização fundiária na cidade de Santana do Livramento, no RS, na pesquisa de soluções possíveis ao problema da moradia no Brasil.

No primeiro capítulo será abordado o constitucionalismo contemporâneo e sua formação e importância nos dias atuais como determinador das intersecções jurídicas entre o público e o privado na unificação do direito.

No segundo capítulo o princípio constitucional da solidariedade como instrumento de efetivação da dignidade humana, seu conceito, sua relevância para sua concretização.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o direito fundamental à moradia como efetivação da dignidade humana, os direitos fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988, o problema de moradia no Brasil, o direito fundamental da pessoa de ter uma moradia digna.

No quarto capítulo, adentra-se na regularização fundiária urbana e seus princípios jurídicos no sistema jurídico brasileiro, como instrumento de solidariedade, na busca de soluções possíveis para a efetivação do direito à moradia. A utilização de instrumentos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade será estudada, bem como demais instrumentos de regularização.

No quinto capítulo, expõe-se a análise de caso prático de regularização fundiária a fim de verificar a concretização da dignidade humana a partir da instrumentalização pelo princípio constitucional da solidariedade na efetivação do direito à moradia. Realiza-se a análise de uma regularização de um loteamento na localidade de bairro, na cidade de Sant'Ana do Livramento-RS, usado como instrumento *more legal*. Concretizando o princípio constitucional da solidariedade na concretização do direito à moradia.

O tema proposto destaca-se pela pertinência jurídica e social, isso porque, diante da situação de ocupações irregulares nos Municípios, pela falta de políticas públicas de moradia, através do princípio da solidariedade impõe-se o dever de solidariedade em relação ao outro, pautado no reconhecimento de uma relação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, que serve como justificativa para a adoção de políticas intervencionistas do Estado.

Assim justifica-se a presente pesquisa, que busca estudar como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas.

A presente pesquisa encontra-se em conformidade com a área de concentração - Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, e, especificamente, com o seu eixo temático "Demandas Sociais e Políticas Públicas".

Aponta-se analogia com a área de pesquisa do professor orientador, Dr. Jorge Renato dos Reis, pois apresenta pesquisa e estudo em temas que visam o princípio constitucional da solidariedade como vetor para a efetivação da dignidade da pessoa humana, dentro de um processo de intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado. Outrossim, em sua linha, o professor realiza abordagem a respeito dos direitos e deveres fundamentais, devendo ser compreendida a Regulação Fundiária

de Interesse Social como um direito das pessoas em vulnerabilidade social e um dever do Estado e apoio da sociedade civil.

O Brasil com suas dimensões continentais possui um alto índice de desigualdades no acesso aos direitos mais básicos, dentre eles à moradia. O déficit habitacional do Brasil é de 6 milhões de moradias e cerca de 25 milhões de residências inadequadas, segundo a Fundação João Pinheiro (2022).

A grande maioria das cidades brasileiras cresceu através de ocupações irregulares, em virtude do êxodo rural mais percebido a partir da década de 70, da população que possui baixa renda, não tendo acesso à habitação formal, serviços básicos como distribuição de água, energia elétrica e saneamento e vivendo em situação de insegurança, sem possuir título de propriedade e possibilidade de acesso ao crédito para realizar melhorias na sua moradia. Para sanar esse déficit histórico, a partir do início do século XXI, no denominado Constitucionalismo Contemporâneo, que determinou uma nova exegese da Constituição Federal de 1988, a fim de que seus institutos, como os princípios, direitos fundamentais e demais normas constitucionais, tenham sua eficácia imediata, a fim de concretizar a dignidade humana, instrumentalizada pela solidariedade, encerrando o debate se o texto constitucional seria uma simples norma programática ou teria efetividade imediata.

Assim, instrumentos legais como o Projeto More Legal, da CGJ/RS e a Lei n. 11.977/2009 buscam efetivar a dignidade humana através do direito à moradia. A Lei n. 13.465/2017, permite a aplicação da regularização fundiária, em loteamentos irregulares, com invasões de áreas verdes e institucionais, muitas vezes com autorização do poder público, aquém da preocupação com a moradia digna do ser humano.

Dessa forma, a afirmação de que a regularização fundiária, outrora considerada impossível, passa a ganhar fundamentação para sua realização num universo de análise de situações consolidadas de ocupação e/ou posse de imóveis. Todavia, a falta de engajamento e alinhamento de ideias e projetos entre os órgãos competentes torna distante do público-alvo essa perspectiva. Há leis, provimentos, decretos, normativas, que permitem a concretização do direito fundamental à moradia, mas o Estado Brasileiro, e a sociedade civil organizada, não têm se utilizado destes instrumentos jurídicos possíveis à realização da dignidade humana dessas pessoas desassistidas do direito fundamental à moradia, pela falta de empatia e, em consequência, do não cumprimento do princípio constitucional da solidariedade, que

determina a empatia, com aqueles que necessitam do direito, mas, especialmente, do agir solidário na concretização destes direitos.

2 O PROCESSO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO DETERMINADOR DAS INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

A expressão constitucionalismo contemporâneo foi assinalada por Streck (2017), para referir o fenómeno que surge no segundo pós-guerra. O constitucionalismo contemporâneo opõe-se às teorias neoconstitucionalistas e propõe um redimensionamento na práxis político-jurídica a partir da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, bem como a partir da teoria do Direito, com a reformulação da teoria das fontes, da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão (enquanto blindagem às discricionariedades e aos ativismos). No ítem que se sucede, discute-se o constitucionalismo contemporâneo.

2.1 Constitucionalismo Contemporâneo

Para Canotilho (2003, p. 51), o constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade”. Segundo ele, o constitucionalismo moderno representa “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, transportando “claro juízo de valor”. De tal modo que o constitucionalismo é, “no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (Canotilho, 2003, p. 51).

Segundo Tavares (2006) assinala, o termo constitucionalismo pode ter as seguintes acepções: limitação do poder arbitrário; imposição de que haja cartas constitucionais escritas; indicação dos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas mais diversas sociedades e referência a uma evolução histórico constitucional de um determinado Estado.

A teoria clássica do direito associada ao pensamento positivista voltou o estudo jurídico apenas para o âmbito de aplicação da norma. A fase de elaboração normativa e escolha de políticas públicas estava fora do domínio jurídico e pertencia ao domínio político.

O primeiro paradigma teórico do novo constitucionalismo merecedor de destaque é a força normativa atribuída à Constituição. As normas constitucionais

deixaram de ser vistas como parte de um documento estritamente político, de uma carta de intenções direcionada ao legislador e que só seria concretizada na medida de sua discricionariedade.

Konrad Hesse foi o defensor da força normativa da Constituição, sempre considerou fundamental que a Constituição incorporasse o estado espiritual do seu momento histórico e considerasse elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, com o efeito de não o fazer, perder a sua força. Hesse defende a existência de uma subordinação recíproca entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, afirmando que a intenção de vigência da Constituição somente será realizada se considerar essa realidade (Hesse, 1991).

Na intenção do autor, a força normativa está ligada à possibilidade de realizar o conteúdo da Constituição, ou seja, a sua normatividade se intensifica à medida que as normas constitucionais e as circunstâncias sociais se aproximam mutuamente, aduzindo que “a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 24).

Convergindo com o pensamento de Hesse, Vergottini (1998, p. 260) escreve:

a doutrina da Constituição material demonstra que o princípio normativo que origina e justifica um ordenamento, isto é, a Constituição por excelência, consiste na força normativa da vontade política, com aplicação realista do princípio de efetividade (princípio que, se bem que com perspectiva diversa, é também usado, em última instância, pela própria doutrina normativista, ao procurar encontrar, voltando atrás, uma justificação última para as normas gradualmente dispostas em um sistema). A Constituição material tem, portanto, condições de se apresentar como a real fonte de validade do sistema (e, conseqüentemente, também da Constituição formal), de lhe garantir a unidade como fundamento de avaliação interpretativa das normas existentes e de preencher suas lacunas, de permitir identificar os limites da continuidade e mudanças do Estado, sendo ela o parâmetro de referência. São, portanto, os princípios constitucionais fundamentais, a que aludimos, que revestem essencial importância na compreensão de uma Constituição. É a estes que havemos de fazer referência.

O reconhecimento da força normativa, portanto, é um grande marco para o constitucionalismo contemporâneo, pois proporcionou constatar o caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais que passaram a ter os mesmos atributos de imperatividade, coercibilidade e executividade inerentes a todas as normas jurídicas.

Na análise das normas de conduta e normas de organização, convém expor reflexões sobre questões dicotômicas, pois as normas de conduta visam regular as

condutas individuais e as normas de organização são de fins coletivos. Com o atual modelo jurídico que se encontra inserido em uma sociedade de produção capitalista globalizada, as funções de organização do Estado ganham importância, o que faz com que o Estado interfira nas liberdades individuais da pessoa humana, limitando-as em face das necessidades sociais.

Deste modo, compreende-se que os modelos de Estado Liberal que tiveram grande importância para o desenvolvimento da humanidade, assim como o direito com tal viés, foram superados em face da universalização dos direitos humanos, da expansão do direito público e da constitucionalização de direitos (Bobbio, 2007).

No pensamento de Roth (1996, p. 19-20) o direito no Estado Liberal, destinava-se à proteção das pessoas contra toda pretensão de interferência do Estado em sua vida privada: “Ele garante ao cidadão, com força se necessário, o uso e o respeito de suas liberdades privadas”; protegendo o direito de propriedade, da liberdade de comércio e de indústria, e da liberdade de contratar. Fundava-se, sobretudo, contra o direito do Estado e assegurava a regulação espontânea da sociedade (Roth, 1996).

Assim, percorre-se um conturbado caminho até se desfazer o mito da subjetividade originária, suplantando para a compreensão de uma plurissubjetividade do poder constituinte, capaz de efetivamente servir de base para a construção do imaginário de uma Constituição jurídica formal e essa como narrativa ficcional fundadora. A fenomenologia do poder constituinte é quem estrutura a legitimidade da Constituição bem como de um constitucionalismo e da democracia (Canotilho, 2003).

O Estado Democrático de Direito insere-se exatamente nesse cenário de evolução do Estado Liberal para o Estado Social, evolução que agregou componentes ao conceito de Estado, mas também eliminou outros. Cada um desses modelos de Estado, ou versões do Estado de Direito, assim como os períodos históricos em que cada um deles se insere, resulta de transformações políticas e sociais que os precederam, mas também de suas antíteses atuais (Bolzan de Moraes; Streck, 2019).

O Estado, portanto, está envolto por um imaginário político constitucional (Ost, 2005); e o constitucionalismo que o banha guarda em si uma tensão entre a tradição e a inovação, entre conservar e avançar, entre reproduzir o direito e produzir o direito. Uma tensão que funde tradição político-constitucional e a abertura às promessas e a um projeto de futuro possível. O Estado, assim com o Constituição, na esteira do constitucionalismo contemporâneo, são entes imaginários, atuam muito mais como uma imagem, talvez performativa, promotora de transformações sócio-políticas e

institucionais do que como resultado institucional. Exatamente por isso, a própria estrutura formal do Estado está longe de cobrir todas as articulações de poder que se combinam na estrutura global da sociedade (Castoriadis, 2000).

Neste pensamento, Diniz (2002) diferencia o sentido político de supremacia constitucional do sentido jurídico, expondo que aquele implica que todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição. O sentido jurídico indica que a constituição representa a norma suprema do ordenamento jurídico, diferente das demais normas, editadas em razão das competências, procedimentos e conteúdos nela estabelecidos.

Desse modo, a superioridade da constituição sobre as demais normas do sistema jurídico é axioma no estudo do Direito, impondo que os demais ramos jurídicos sejam compreendidos e interpretados a partir do que está disposto na Constituição.

A superação da visão da constituição como documento essencialmente político, sem qualquer força normativa, é talvez o maior marco teórico do novo constitucionalismo. Hoje, não mais se retira da norma constitucional o *status* de norma jurídica. Todas as normas constitucionais são jurídicas e devem ter seus efeitos assegurados (Sales, 2004).

Assim, o constitucionalismo contemporâneo representa uma nova teoria do Direito e do Estado que suplanta absolutamente os paradigmas jusnaturalista e positivista, ligando de forma racional Direito e moral e representando um momento evolutivo após o constitucionalismo que acrescenta ideias advindas do pós-positivismo.

Enfatiza-se que esse jusnaturalismo é diferente daquele presente na Antiguidade e na Idade Média por duas razões fundamentais. A primeira, por não ter base na vontade divina, nem imposições extraídas da natureza, mas princípios facultados à razão humana. A segunda, por conferir prioridade aos direitos individuais. O jusnaturalismo antigo e medieval pautava-se pela lei natural que correspondia à ordem subjetiva, criada por Deus, a qual não poderia deixar de ser observada pelo Estado (Sarmiento, 2012).

Já o jusnaturalismo moderno, com base em Locke, é subjetivista, pois identifica determinados direitos naturais, que não podem ser violados pelas autoridades públicas e tendo sido ressaltados no pacto social (Sarmiento, 2012).

Por outro lado, com um olhar voltado para os casos concretos, houve situações mais recentes em que existiam as constituições escritas, com a positivação dos princípios inerentes ao constitucionalismo, porém seus dispositivos, os quais incluíam direitos e garantias fundamentais, não eram cumpridos, em razão da existência de regimes autoritários que ditavam seus próprios direcionamentos, alheios às imposições e limites normativos existentes, a exemplo do ocorrido nas diversas ditaduras implantadas na América Latina, na segunda metade do século XX (Gontijo, 2014).

Canotilho (2003) define a constituição moderna com as seguintes características: (1) ordenação jurídico-política plasmado num documento escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Assevera Tavares (2006) que a constituição moderna possui um conteúdo que traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de Rousseau, que nesse momento, deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais.

Carvalho (2010) caracteriza este constitucionalismo de fins dos séculos XVIII pela ocorrência da ideia de separação de poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico.

O novo constitucionalismo surge no final do século XX e início do XXI e ficou conhecido como neoconstitucionalismo, sendo marcado pela supremacia dos princípios, pela constitucionalização do direito e pela grande importância depositada ao Poder Judiciário, principalmente na jurisdição constitucional (Novelino, 2012).

Absolutamente, o novo constitucionalismo, seja qual for o seu (mais adequado) sentido, não trouxe a indiferença. Na verdade, houve uma pré-ocupação de ordem ético filosófica: a de que o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (*lato sensu*) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito como sustentáculo do Estado Democrático (Streck, 2014).

Portanto, resguardar a supremacia da Constituição, fundamento do constitucionalismo contemporâneo, se demonstra de duas maneiras: primeiro procura-se organizar os mandamentos principiológicos aplicáveis às leis, de forma que estas sejam compreendidas sob a ótica da Constituição, documento central do ordenamento, e não subsistam validamente se com ela não guardarem compatibilidade.

O constitucionalismo contemporâneo é uma expressão que surge para se contrapor às teses do chamado neoconstitucionalismo, numa perspectiva contrária à metodologia da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas. Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando por um direito que não aceita discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito (Streck, 2014).

Bulos (2011) entende de forma diversa afirmando que não há nada de novo nas ideias apresentadas por aqueles que se denominam neoconstitucionalistas e que as supostas características do neoconstitucionalismo seriam nada mais do que parte da evolução do constitucionalismo contemporâneo, assim, neoconstitucionalismo seria o constitucionalismo contemporâneo com outro nome e aduz:

não se trata de um movimento e muito menos de uma escola; não agrega, de modo sistematizado, um corpo coerente de postulados, nem de propostas científicas que venha a acrescer algo, verdadeiramente novo, àquilo que a humanidade já sabia; trabalha com teses, ideias e descobertas que vêm de priscas eras, mas que encontraram o seu apogeu na contemporaneidade; seus defensores são chamados de 'neoconstitucionalistas', adoram propagar concepções velhas como se fossem 'novas', tomando como suporte constatações do pensamento jusfilosóficos dos dias correntes (Bulos, 2011, p. 80-81).

Nesse parâmetro, ainda expõe Streck (2014b), pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

Preleciona o autor, na perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo que para além das diferentes formas de positivismo, a juridicidade não se dá nem

“subsuntivamente”, nem dedutivamente. Ela se dá na aplicação, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar e superar a distinção entre casos fáceis e casos difíceis (Streck, 2014).

Afirma Streck (2004) que o significado do constitucionalismo contemporâneo decorre da necessária compreensão de uma relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. Explica o autor que, se a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico, a jurisdição constitucional é a condição de possibilidade do constitucionalismo contemporâneo.

Outrossim, não basta apenas que o texto constitucional reconheça explicitamente a força normativa de seus preceitos. Faz-se necessário que ocorra a transformação deles para a realidade fática e isso somente é possível por meio do papel desempenhado pela justiça constitucional. Portanto, a preocupação com a efetividade da Constituição envolve considerar o tipo de justiça constitucional desenvolvido em cada país e o redimensionamento do papel dos operadores do direito.

Nessa nova visão o constitucionalismo sobrepõe as bases sobre as quais se fundou o positivismo jurídico, rejeitando as teorias da fonte, da norma e da interpretação em uma perspectiva clássica. O fato é que a lei deixa de ser considerada a única fonte do direito a partir do momento em que é introduzida a noção de princípios. Sendo assim, o aparecimento dos princípios evita a descontextualização do direito e o retira do dualismo positivismo-jusnaturalismo. Por causa dessa passagem do ordenamento jurídico pelos princípios, torna-se inadequado continuar a aplicar o esquema da subsunção e da relação sujeito-objeto indicado pelo positivismo (BOBBIO, 1995).

A superação histórica do jusnaturalismo, o declínio político do positivismo, o emergir do pensamento pós-positivista que, embora carente de uniformidade dogmática, propõe uma nova forma de pensar o direito aproximando-o da necessidade de adequá-lo aos valores éticos. Associado à influência da Teoria Crítica do Direito constituiu o arcabouço filosófico ideal para desenvolver essa nova forma de pensar o direito constitucional.

Kelsen negava o jusnaturalismo, o considera metafísico e sem caráter científico. Mas os princípios que devem reger a elaboração do ordenamento jurídico têm como fonte primordial o direito natural, que é inerente à pessoa humana, incondicionado, eterno e imutável, como o direito à vida e à liberdade. No momento

que as normas se afastam dos princípios de Justiça e do Direito Natural, elas adquirem conteúdo injusto. O direito positivo é a manifestação da interioridade humana, devendo consagrar os princípios do direito natural (Kelsen, 2000).

Para a Teoria Crítica seria possível, inclusive, afirmar que o Direito não se encontra apenas na lei e que poderia existir independentemente de posituação. A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe (Barroso, 2011).

O primeiro paradigma teórico do novo constitucionalismo merecedor de destaque é a força normativa atribuída à Constituição. As normas constitucionais deixaram de ser vistas como parte de um documento estritamente político, de uma carta de intenções direcionada ao legislador e que só seria concretizada na medida de sua discricionariedade (Barroso, 2011).

Não se trataria somente de reformular o modo como se compreende a Constituição e, sim, construir uma nova teoria do Direito, capaz de modificar os critérios de validade difundidos pelo positivismo jurídico kelseniano e conferir maior amplitude ao conceito de Direito. O positivismo jurídico surgiu da transposição das linhas mestras do positivismo filosófico ao direito, como reação ao Idealismo de Hegel, e recebendo grande influência do Formalismo de Kant. A primeira ideia juspositivista foi a rejeição de todos os elementos de abstração na área jurídica, a iniciar-se pelo Direito Natural, por julgá-lo metafísico (Coelho, 2001).

Desse modo, desenvolveram-se as ideias no constitucionalismo contemporâneo responsáveis pelo surgimento do chamado “neoconstitucionalismo”. Ainda que exista algum debate quanto à adequada terminologia para se adotar, importa ressaltar a ideia que o termo pretende explicitar: a aproximação do Direito com a moral, a valorização dos princípios mediante a interpretação constitucional e a efetividade dos Direitos Fundamentais (Barroso, 2011).

O grande teórico da força normativa da Constituição foi Konrad Hesse que sempre considerou essencial que a Constituição incorporasse o estado espiritual do seu momento histórico e considerasse elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, sob pena de, não o fazendo, perder a sua força.

Esse novo constitucionalismo é impulsionado por vários fatores. Entre os mais significativos estão a desintegração do Poder Legislativo com base na supremacia do

parlamento, o pós-modernismo, a superação do positivismo clássico e da centralidade dos direitos fundamentais, a diferenciação qualitativa entre princípios e regras. O constitucionalismo contemporâneo surge como um novo paradigma que revisa as teorias das normas, a interpretação e as fontes, supera o positivismo e integra uma gama de transformações teóricas e práticas na ciência jurídica de forma útil e inovadora (Duarte, 2010).

Em relação às formas de interpretação do constitucionalismo contemporâneo, em um primeiro momento, não há que se negar o importante papel por elas desempenhado de ampliar o campo da eficácia dos direitos fundamentais. O legítimo objetivo de concretizar as normas constitucionais se sobrepõe à compreensão, por exemplo, de direitos prestacionais enquanto normas programáticas e sem normatividade. Houve um avanço significativo, sobretudo em relação aos direitos sociais, na concretização de uma ordem prestacional de direitos constitucionalizados.

A preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais tem sido apontada como o principal objetivo do constitucionalismo contemporâneo. A positivação dos direitos fundamentais na Constituição não é mais capaz de, por si só, alcançar a almejada efetividade de tais direitos, vez que muitas vezes a previsão constitucional existe, mas a realidade prática é outra. Sendo assim, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais encontraria uma resposta nas novas concepções propostas no constitucionalismo contemporâneo (Sarlet, 2004).

Quando Alexy diferencia regras e princípios, na defesa de ambos como normas jurídicas e no abandono do entendimento destes últimos como meros programas, sem qualquer força normativa, aparece como ferramenta teórica apta a justificar a força positiva dos princípios e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio (Alexy, 2002).

A inclusão de valores e opções políticas a norma constitucional é outra característica do constitucionalismo contemporâneo e pode ser entendida como uma reação aos regimes autoritários que vigoraram em vários países no século passado. Deste modo, percebe-se a introdução, nas diversas constituições, de normas relacionadas aos direitos humanos e ao respeito à dignidade da pessoa, assim como opções políticas (objetivos gerais e específicos). Essas normas representariam o consenso mínimo a ser observado pelas majorias e por qualquer grupo político que ascenda ao poder, estando fora da discricionariedade da política ordinária (Barcellos, 2006).

Pensando em uma ruptura do positivismo judiciário a partir de um constitucionalismo contemporâneo, na perspectiva de Streck (2014), a contemporaneidade no campo jurídico poderia ser compreendida na nova posição do direito público, com a integração dos direitos de terceira dimensão (dentre eles o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade); o Estado Democrático de Direito como normativo qualitativo, e os conteúdos obrigatórios e norteadores da constituição. O “Estado de Direito” pressupõe limitação da atuação do Estado, ou seja, o Estado também se submete ao direito e esse é conformado a partir da Constituição, que lhe dá força e vida para que dela emanam todas as normas que regeram a vida em sociedade.

Na afirmação de Carbonell (2007), o novo constitucionalismo, que marca o surgimento do que se passou a chamar de Estado Constitucional de Direito, não se restringe tão somente à proliferação dos textos constitucionais promulgados a partir da segunda metade do século XX ou, como resultado disso, não se limita à existência de uma postura jurisprudencial diferenciada (agora voltada à concretização de direitos fundamentais), mas agrega a esses dois níveis a necessidade de uma nova teoria da Constituição, isto é, de uma proposta teórica inovadora, que esteja adequada (e atenta) às transformações ocorridas no constitucionalismo.

Nesse último ponto surgem, desse modo, as divergências teóricas entre os diversos autores que se debruçaram sobre o tema. Contudo, em que pese haja uma multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar um núcleo comum a essas teses neoconstitucionalistas, que podem ser assim caracterizadas: a) todas elas pretendem-se pós-positivistas, isto é, surgem visando a contrapor o positivismo; b) em sua maioria, resgatam o papel dos princípios na interpretação do Direito; c) reconciliam Direito e Moral; e, por fim, a pretexto disso, d) afirmam o protagonismo judicial (ou o papel acentuado da jurisdição, com um aumento das faculdades interpretativas do julgador), a partir da defesa da discricionariedade judicial (ou elasticidade interpretativa).

Por certo, considerando esse novo movimento intitulado “neoconstitucionalismo” e os problemas advindos desse fenômeno, como o papel da jurisdição e o ativismo judicial, muitos autores de renome apontam as contradições jurídicas que este implica, repensando criticamente o constitucionalismo

contemporâneo a partir de outras importantes perspectivas. Assim ocorre com a teoria garantista de Ferrajoli (2013, p. 96), que considerava duas maneiras de se compreender o fenômeno do constitucionalismo, com ampla influência nas práticas jurídicas:

- a) o neoconstitucionalismo, sustentado por aqueles que defendem um constitucionalismo principialista, como superação, em sentido jusnaturalista, do positivismo jurídico;
- b) o constitucionalismo garantista, pelo qual o constitucionalismo seria a expansão e o completamento do positivismo jurídico.

O autor contesta o constitucionalismo principialista, pois, para o jurista italiano, os seus principais aspectos comprometem exatamente aquilo que pretendem sucumbir, a tese da conexão entre direito e moral resulta em cognitivismo ético, a diferença qualitativa entre regras e princípios enfraquece a normatividade da constituição e a ponderação favorece o ativismo judicial decorrente do problema da discricionariedade na interpretação jurídica (Ferrajoli, 2013).

Nesse contexto, um debate com Ferrajoli, é caracterizado por três aspectos:

- i) há relação entre direito e moral, com a incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético político; ii) a maioria das normas constitucionais se configura como princípio, sendo estes estruturalmente diversos das regras, representando valores; iii) o primado da argumentação jurídica (ponderação), confiada à atividade dos juízes (Ferrajoli, 2013, p. 18).

Essa discussão seria uma reedição do debate iniciado por Nicola Matteucci, que, na década de 60, estudava as relações entre o constitucionalismo e o positivismo, época do apogeu teórico do positivismo (época das traduções para o italiano das obras), e, agora, retomada com o surgimento do neoconstitucionalismo e pela posição de Ferrajoli (conciliar o positivismo com o constitucionalismo e com o garantismo). O caráter crítico do positivismo defendido por Ferrajoli, distinto do paleojuspositivismo ou positivismo clássico, decorre das transformações do constitucionalismo do pós-guerra, que denunciaram o esgotamento do modelo de estado legislativo de direito.

A identificação do neoconstitucionalismo com esses elementos acabou conduzindo a uma concepção de constitucionalismo que, especialmente no Brasil, gerou a defesa do ativismo judicial. Ou seja, a transformação do perfil da jurisdição, como responsável também pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados, acabou sendo levada a extremos, a ponto de conceder espaço para

uma atuação jurisdicional para além dos limites definidos pela Constituição e pela legislação democraticamente produzida.

É por esse motivo que Lenio Streck passou a nomear o constitucionalismo do segundo pós-guerra de modo diferenciado: “Constitucionalismo Contemporâneo”. A utilização dessa expressão pelo autor objetiva realizar dois enfrentamentos: por um lado, refutar o(s) neoconstitucionalismo(s) (especialmente surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol); e, por outro, buscar a superação do positivismo jurídico.

Trata-se, portanto, de uma nomenclatura que passou a ser utilizada a partir da quarta edição da obra “Verdade e Consenso” (em 2011), em substituição à terminologia anteriormente empregada para tratar do constitucionalismo insurgente do segundo pós-guerra (neoconstitucionalismo), constituindo, portanto, um modo específico de abordagem, que, em linhas gerais, se opõe ao estabelecimento de uma relação de causalidade existente no trinômio moral, princípios discricionariedade, própria das posturas neoconstitucionalistas, porque favorecem o ativismo judicial.

Vale ressaltar que o constitucionalismo contemporâneo, na medida em que inclui valores morais, não pode ser considerado uma teoria universal do direito porque pressupõe a existência de um estado democrático e de constituições rígidas que contêm um rol vinculante e não retroativo de direitos fundamentais. De modo contrário ao positivismo, que pretendia ser universal por não incluir conceitos morais, o constitucionalismo contemporâneo convive com os ordenamentos jurídicos de países que não adotam as premissas desse sistema. Além disso, o constitucionalismo contemporâneo não pretende ser eterno, pois durará apenas enquanto as concepções morais dominantes que o sustentam forem preservadas (Streck, 1999).

Assim, verifica-se que a intenção de correção e transformação só seria possível pela convergência do direito e da moral aliada à racionalidade prática; esses dois aspectos (reaproximação entre direito e moral e racionalidade prática) seriam o arcabouço filosófico do constitucionalismo contemporâneo, que inclui o pós-positivismo.

O constitucionalismo contemporâneo como movimento teórico influenciou e influencia as Constituições de todo o mundo e está assentado na ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser fundamento do Estado e eixo central de todo o sistema jurídico, no reposicionamento dos direitos fundamentais no centro das constituições, potencializados como diretrizes a serem cumpridas pelos poderes públicos e privados e no reconhecimento da força normativa da Constituição, que

passa a dar o enquadramento lógico e jurídico de todo o direito. Esse constitucionalismo faz emergir um novo modelo de direito, amparado no Estado Democrático de Direito, apresentando novas compreensões em relação ao caráter liberal-individualista que permeia a ciência jurídica (Souza, 2015).

O constitucionalismo contemporâneo busca atuar na Teoria da Constituição e na Teoria do Direito de modo que seja possível blindar os limites da discricionariedade administrativa e judicial e, para esse mister, a utilização da análise crítica hermenêutica se faz essencial para a tomada de decisões (Carvalho, 2019).

Uma Constituição que emerge no contexto de travessia do Estado de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, Estado esse que encarece não somente o governo das maiorias parlamentares eventuais, mas a supremacia da Constituição, a contemplação dos direitos fundamentais e a preservação das regras do jogo democrático (Souza, 2015).

A Constituição que está dotada, portanto, dos influxos do Constitucionalismo contemporâneo, que é responsável, especificamente, na teoria jurídica por influenciar em três teorias centrais, a saber: a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes (Souza, 2015).

Na teoria da norma se consolida a elevação dos princípios à categoria de normas. Os princípios ao lado das regras compõem o gênero normas. É apresentada uma abertura do Direito à realidade e a outras ciências que dialogam e contribuem para revelar valores vigentes na sociedade que muitas vezes são escamoteados e não discutidos, sob uma aparente neutralidade (Souza, 2015).

A superação do jusnaturalismo e do positivismo no processo histórico e político faz surgir um conjunto aberto de reflexões acerca do Direito, sua função social e seu processo de interpretação. O positivismo, enquanto teoria jurídica, observa, passa a não ser a alternativa viável para orientar a interpretação e aplicação do direito, tendo em vista que não leva em consideração o aspecto ideal do Direito, às ideias de correção, justiça, razoabilidade e defende um descolamento entre Direito e Moral. Em contraposição, exsurge o pós-positivismo, como uma concepção teórica de interação entre direito e moral e entre direito e política, na qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana (Bustamante, 2012).

Sendo assim, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo deve-se ter em vista a necessidade de compreensão da Constituição como técnica de proteção dos direitos fundamentais e, sobretudo, a finalidade de a própria Constituição limitar e vincular os poderes estatais os quais, de outro modo, seriam absolutos. A Constituição, antes de qualquer medida protetiva, deve preocupar-se com os seres humanos ao estar orientada num contexto de sentida necessidade de preservação ou defesa da dignidade da pessoa humana (Carvalho, 2019).

No pensamento de Sarlet (2001), os direitos fundamentais integram, junto com a forma de definição de Estado, do sistema de governo e da forma de poder, a essência do Estado constitucional, formando neste sentido, não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear da constituição material.

A doutrina apresenta diferentes pareceres de Constituição e de Constitucionalismo, convergindo entre elas a submissão dos poderes públicos, a normas constitucionais como as de direitos fundamentais. O Constitucionalismo representa como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas supra ordenadas; e, em teoria do direito, na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos (Barroso, 2010).

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática (Barroso, 2010). Resultante das mudanças sociais que passaram a afetar a ordem pública e o bem-estar da população mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com paradigmas fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade entre outros.

A nova ordem do Direito Constitucional voltado para o contexto dos direitos fundamentais, nas relações cidadão e Estado, exige uma nova doutrinação da interpretação constitucional; advindo a necessidade de reformular a hermenêutica constitucional, tendo em vista a ampliação das demandas por justiça, a complexidade das relações contemporâneas e a necessidade de preservação de promoção dos direitos fundamentais (Bonavides, 2014).

O constitucionalismo positiva a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não violar esses direitos (Matteucci, 1998).

No Brasil, o Constitucionalismo Contemporâneo surgiu nos anos 90 - século XX, estabelecendo um novo paradigma e/ou proporcionando novos fundamentos para introduzir uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito. Em tempos de intersubjetividade, é possível verificar que, no Brasil, o Constitucionalismo Contemporâneo “não consegue superar a vigência dos Códigos, ainda que esses, em grande parte, de validade constitucional duvidosa e, a resistência de significativa parcela de juristas, que continuam trabalhando com modelos liberais-individualistas” (Streck, 2013, p. 20).

A finalidade do Estado Democrático instituído pela Assembleia Nacional Constituinte é garantir direitos sociais e individuais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, considerados valores supremos de uma Sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esse plano de desenvolvimento do projeto da modernidade, traçado no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, pode ser percebido por meio de uma simples leitura do texto da Constituição, que é marcado (Bolzan, 2008, p. 213):

[...] pelo conjunto de seus princípios, por sua carta de direitos fundamentais, pela fórmula do Estado (Democrático de Direito) com a centralidade assumida por sua finalidade transformadora das circunstâncias históricas de exclusão e desigualdade social que caracterizam a história brasileira, seja durante o período monárquico, seja na fase republicana.

O êxito desse modelo de Estado Constitucional está no caminho que se deve percorrer, ou seja, a democratização de mãos dadas com as melhorias das condições de vida e de renda da população (Oliviero, 2011).

O Constitucionalismo Contemporâneo apresenta a mudança de paradigma que alterou a maneira de pensar da doutrina e da jurisprudência, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação do direito infraconstitucional à moradia. Esse movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma interpretação para função da Constituição no sistema jurídico, marcado no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização.

Assim, o Direito, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode mais ser utilizado como mero instrumento de conveniência dos desejos do poder. Isso porque o Direito, dentro deste novo paradigma, assume um compromisso radical com

a democracia, entendida como limitação do poder e proteção de um núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais (Sarlet, 2010).

O constitucionalismo democrático corresponde ao modelo de organização política adotado pela maior parte dos países a partir do século XX. Esse modelo une duas ideias forças: constitucionalismo e democracia. O Constitucionalismo veicula a limitação do poder pelo Direito e o respeito aos direitos fundamentais. Já a ideia de democracia fixa-se na soberania popular, governo da maioria e sufrágio universal. Para carrear essas ideias e forças, os Estados passaram a: 1) adotar Constituições, como documentos jurídicos para organizar e limitar os poderes, bem como para estabelecer direitos e impor deveres, inclusive para o próprio Estado; e 2) instituir tribunais constitucionais ou supremas cortes para oferecer interpretação final e vinculante sobre o texto constitucional, equilibrando as tensões imanentes entre democracia e constitucionalismo. O modelo do constitucionalismo democrático consolida a supremacia da Constituição e a autoridade judicial, dando forma ao Estado democrático de Direito, também denominado Estado Constitucional de Direito ou Estado constitucional democrático (Barroso, 2018).

Neste sentido, segue o pensamento de Sarlet (2010), de que a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. Aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem buscar a essência de uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, especialmente os judiciais. O pós-positivismo foi de substancial importância para a mudança de paradigma constitucional, pois busca ir além da legalidade estrita (Barroso, 2009).

Com certeza o amparo nos novos paradigmas trazidos pelo Constitucionalismo Contemporâneo, é algo que não apenas fortalece a estratégia hermenêutica dentro da teoria do Direito constitucional contemporâneo mas também, cria uma nova percepção da Constituição.

Para melhor compreensão acerca da mudança de paradigma no direito civil, sobretudo pelo fato de anteriormente haver a existência de um direito civil totalmente autônomo em relação ao direito constitucional, mister voltar a atenção ao fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, marcado substancialmente pela repersonalização/despatrimonialização do direito (Tepedino, 2008), de onde se passou a conceber as relações/intersecções existentes entre o direito público e o direito privado (Sarlet, 2009).

2.2 As Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado

Existe uma forma global de apresentar o ordenamento jurídico em que destaca a tradicional divisão do direito em público e privado, gerando as demais dicotomias da dogmática jurídica, como a entre as sociedades iguais e desiguais, naturais e civis; como, também, entre as normas e os caracterizadores do direito subjetivo.

O imperador bizantino Justiniano dentre suas determinações descreve:

“Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad sinlorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privati.” (Ulpiano, “Digesto”, I, I, I e 4) [“Existem duas posições deste estudo, público e privado. É um direito público, que diz respeito ao estado do estado romano, um direito privado, que diz respeito ao benefício das pessoas; porque uns são úteis ao público, outros são privados.” (Ulpiano, “Digesto”, 1, 1, 1 e 4)]

Toda abordagem histórica dessa bipartição, assim como quase toda abordagem histórica do direito ocidental de *civil law*, indica sua origem no direito romano (às vezes, com a observação de que houve um tratamento anterior do tema pelos gregos), com Ulpiano, que dá ao direito público a substância daquilo que diz respeito ao Estado romano e, ao privado, aquilo que diz respeito às relações entre os cidadãos tendo essa distinção, nesses termos, até hoje, significativa repercussão doutrinária e acadêmica.

Nas ideias apresentadas por Schmidt (2015, p. 334) o autor afirma que:

[...] no campo político-jurídico, a mais clássica das dicotomias é a divisão público/privado, oriunda do pensamento grego e cujo percurso é recuperado por autores como Arendt (1993), Bobbio (2007), Habermas (1984), Sarmiento (2007) e Rabotnikof (1998). A vida humana, os fenômenos sociais, as organizações e os entes da sociedade são alinhados em dois pólos: ou se é público ou se é privado. E, no mais das vezes, estatal passa a ser tomado como equivalente a público. A dicotomia público/privado induz a erro tanto pelo que mostra quanto pelo que esconde. Seu anacronismo vem sendo denunciado a partir de diferentes ângulos. O público e o privado não são terrenos nitidamente separados.

Assim sendo, a polarização entre público e privado é um dos focos para o qual se volta o comunitarismo. O atual estado de legitimação que, conforme afirma Leal (2010), perpassa o Estado contemporâneo, surge quando a necessidade de respostas é superior à capacidade de fornecimento. Assim, o Estado contemporâneo entra em colapso no momento em que a dicotomia público/privado já não é mais capaz de atender a todos os questionamentos e necessidades sociais. Emerge daí a necessidade de um novo modelo de gestão pública, o qual permite o equilíbrio entre público e privado; entre mercado e consumo; entre Estado e comunidade.

Segundo Bobbio (2001), trata-se de uma conceituação dicotômica de contraste, em que se conceitua um dos polos independentemente do outro, atribuindo a esse outro uma conotação negativa ou residual. O privado seria definido como o não-público; ou o público seria definido como o não-privado.

O Direito Romano demonstra com sua trajetória histórica sua importância no estudo do direito contemporâneo, base para análise da ciência jurídica no âmago do ordenamento e divisões jurídicas da modernidade. Em análise, o Direito Romano foi quem iniciou a determinação de regras jurídicas visando os direitos individuais tutelados pelo Estado, posto está, a Lei das Doze Tábuas, fonte do Direito Privado com textos que sancionam direitos à liberdade, à propriedade e à proteção dos direitos do cidadão (Sarlet; Monteiro; Neuner, 2007).

Todavia, alguns dos recursos jurídicos romanos, principalmente de direito privado, confirmaram-se atemporais, sendo praticadas até hoje, no ordenamento jurídico de interesses particulares nas questões como patrimônio familiar, sucessões e contratos.

Aponta a história que o direito privado moderno teve sua origem na Europa com a redescoberta do “Corpus Iuris Justinianeu”, tendo passado por uma evolução em relação a matéria, após análise de diversos modelos abordados em distintos países,

até se chegar ao presente sistema, onde o direito decorre das necessidades para a vida social. O contexto social traz influências ao direito, na análise da história do direito privado, em seus aspectos e processos. Destaca-se a preocupação de demonstrar as influências científicas que ocorreram em decorrência das ideias surgidas na Europa (Wieacker, 2010).

O filósofo inglês John Locke, conhecido como o pai do liberalismo, já em sua “Epístola de Tolerantia”, com a concepção de respeito mútuo entre cristãos, primava pela tolerância, que é requisito fundamental para o convívio social. Nela desenvolveu a separação das esferas públicas e privadas na modernidade. O ideal de justiça se utilizou da tolerância, da razão e da liberdade. Foram, também, formuladas ideias aceitas até hoje, como os direitos: “[...] à palavra e à liberdade de pensamento, e o direito de reunião e associação” (Lopes, 2000, p. 191-95).

Uma vez reconhecida a presença de um conteúdo social nas relações privadas e, também, um conteúdo individual ou pessoal nas relações públicas, uma vez reconhecido que a Constituição não é de aplicação residual e que a jurisprudência não ficará inerte no processo de construção do direito, cabe esboçar uma proposta de argumentação no sentido de, modificando o discurso no que tange ao exercício da liberdade nas relações privadas, defender sua posição fundamental em relação ao direito, todo ele, seja público ou privado.

A contextualização do direito público e direito privado embasou-se em que o primeiro está definido por um interesse preponderante e tutelado pela lei, e o segundo, pela forma da relação jurídica, que não deixa de ser regulada pela lei. Essa coordenação de critérios é objeto da relação jurídica (interesse) e forma de regulação (coordenação ou subordinação) (Reale, 2009).

Historicamente, os principais elementos do direito pertencem a uma herança europeia comum: o direito romano antigo e medieval e o direito canônico, antigo direito germânico, direito medieval e direito natural do começo dos tempos modernos.

As defesas da Escola da Exegese, vários juristas franceses orientaram o processo de criação e de aplicação do Código de Napoleão. O Código Civil napoleônico buscava unificar e positivar o Direito como ferramenta de controle social e político. As normas e os princípios do direito inglês hoje ainda são afetados pela falta de codificação.

No século XIX a ciência jurídica alemã alcançou seu auge, tanto no desenvolvimento da doutrina quanto na história e na filosofia do direito. Sua influência

foi sentida em todos os países e em todas as áreas do direito. A doutrina alemã tinha uma fundamentação divergente da Escola Francesa de Exegese. Evoluir para além de concepções tradicionais, é aprofundar e enriquecer de maneira inegável nossa compreensão dos verdadeiros fatores envolvidos na evolução jurídica. O Direito é uma estrutura de mudanças, imposta à sociedade.

A codificação pode ser considerada como um instrumento de reforma social voltada para o futuro. Se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade, fica ultrapassado e impede o desenvolvimento social. Todas as codificações têm vantagens e desvantagens, uma sua segurança jurídica, que sistematiza todo o direito, invalidando a norma que nele não contém. Se o código não é modificado, perde todo o contato com a realidade.

O caráter público e oral da administração da justiça, foi em parte suprimido na época moderna, mas, sua importância atual está ligada ao caráter democrático e não-burocrático desses princípios.

O desenvolvimento do direito foi influenciado por fatores materiais. A questão é não só sobre o papel do direito, mas também sobre o seu próprio papel na sociedade (Caenegem, 2000).

Visto que, respeitada a presença de um conteúdo social nas relações privadas e, também, um conteúdo individual ou pessoal nas relações públicas, uma vez reconhecido que a Constituição não é de aplicação residual e que a jurisprudência não ficará estática no processo de construção do direito, traz uma proposta argumentativa no sentido de modificar o discurso sobre o exercício do direito privado, defendendo sua posição básica em relação a todos os direitos sejam eles de direito público ou privado. Então, parte da ideia de que a liberdade só é uma possibilidade real quando a liberdade e a democracia também o são. Sem essas condições, não passa de uma abstração, de um estado fictício de coisas em que não haja Estado, sociedade, pluralidade ou coexistência (Bobbio, 2001).

Sempre que a liberdade como argumento individual é reduzida nesse sentido, de configurar um argumento de defesa da propriedade e da conservação das diferenças socioeconômicas, o que se tem é uma defesa ideológica de discurso político, notadamente baseada na ideia de que a liberdade de um tem conotação negativa para uma superestrutura social, que nem mesmo se identifica com o conceito de todos, configurando mais uma abstração sem sujeito determinado. Esse tipo de abstração comporta uma perspectiva dicotômica, que é a de que existe um conceito

de público, de social, num universo diferente do privado, do individual – um conceito de todo que não é composto de partes nem se define por suas partes, mas por uma operação intelectual isolada da realidade (Bobbio, 2001).

Portanto, ao mesmo tempo que reconheceu o público nas relações privadas e o privado nas relações públicas, estabeleceu uma inclinação pela prevalência do público sobre o privado, do igual sobre o livre. Esse paradoxo do discurso fica evidente quando o exercício da liberdade se dá fora daqueles expressamente previstos pela Constituição, como é o caso da execução por meio da concepção de autonomia privada (Beck; Giddens; Lash, 2012).

Valendo-se do entendimento de Barroso (2010, p. 368) acerca do desenrolar desse fenômeno ao longo dos séculos, divide-se as relações de direito constitucional e civil em três fases de um “processo de aproximação longa e progressiva: mundos apartados (primeira fase); publicização do direito privado (segunda fase) e constitucionalização do direito civil (terceira fase)”. Os “mundos apartados” a que se refere Barroso compreendem-se na antiga dicotomia existente entre o direito público e o direito privado, que tem seu ápice de complexidade com o advento do Estado Liberal. É na existência do Estado Liberal que essa dicotomia se faz clara.

Assim, a distinção entre duas esferas jurídicas, uma do público e uma do privado, é fruto da modernidade liberal, notadamente no tempo das codificações e especialmente nos países de tradição romano-germânica. Nessa lógica, a dicotomia apareceria como óbvia sob o argumento de que as questões e os interesses envolvendo governantes (e assemelhados) e governados são absolutamente distintas e orbitam direitos e deveres próprios de cada esfera (David, 1998). Tal abordagem, como percebeu-se nos itens anteriores, foi amplamente adotada no período das codificações, criando uma barreira entre o direito público e o direito privado e, conseqüentemente, um distanciamento entre a Constituição e o Código Civil (e leis privadas esparsas), respectivamente.

Diante do fato da privatização do direito público, que ocorreu devido a ideia de sua utilização para regular assuntos que eram estritos de direito privado, quanto a constitucionalização do direito privado, em razão da proteção jurídica de assuntos de natureza privada pela Constituição da República Federativa do Brasil, auxiliou na instrumentalização dos direitos fundamentais como base para o sistema jurídico na atualidade (Lorenzetti, 1998).

De um lado, estava a Constituição, encarregada de dividir poderes e regular a atuação do Estado, e, de outro, distante, encontrava-se o Código Civil, a Constituição Privada, responsável por regular as ações e as relações entre os particulares, com a exclusão de qualquer intervenção do Estado na vida privada. Assim, primava-se pela liberdade das pessoas, pela autonomia de vontade e relações patrimoniais livres (Lôbo, 2009).

Ainda no estudo de Lôbo (2003, p. 201), reconhece que a Constituição e o Código Civil cumpriram com o papel que à época lhes era inerente: “um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição)”.

No que se refere a “supremacia do interesse público”, questiona-se a ideia de que “todo o direito é exclusivamente estatal”, ou seja, de que nada é imponível ao Estado. As limitações das atuações estatais são uma necessidade para que seja respeitado o Estado de Direito, que tem base constitucional e na dignidade da pessoa humana. A função do Estado é a de garantidor dos direitos fundamentais pela atuação jurídica e administrativa. E não de autoritarismo pela atuação de seus servidores, havendo necessidade de que sejam limitadas a força, soberania e poder. Portanto, limitar as subjetividades do julgador consiste em equilibrar os interesses antagônicos entre o público e o privado, o que realizar-se-á utilizando da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, conforme o caso, pois os argumentos que embasam a necessidade de que o interesse público sempre deva prevalecer ao interesse privado são míticos e não condizem com a verdade no modelo de Estado atual (Aragão, 2010).

Já a partir da segunda metade do século XX, das Constituições lidas como democráticas e das legislações infraconstitucionais voltadas para interesses difusos, a defesa quanto à existência desta divisão jurídica entre o público e privado se enfraquece. A conjugação da teoria constitucional com a teoria civilista faz nascer o direito privado constitucionalizado, que trouxe como efeitos notórios a repersonalização do direito privado e o aprimoramento da privatização do direito público e da publicização do direito privado (Fachin, 2015).

Esse entendimento em privatização do direito público e publicização do direito privado, já era um fenômeno particularmente percebido pelos civilistas italianos do pós-guerra. É que não apenas interesses não tão gerais, mas de menor escala, como associados a comunidades, grupos e categorias, passam a

ser levados em consideração e, desse modo, tornam-se objeto de regulamentação estatal, como, para o fazer de melhor modo, não raro o Estado se vale de formas e meios (institutos) de Direito Privado (Bianca, 1990).

Sarmiento (2006) explica em uma referência pós-social, público e privado cada vez mais se intersectam e se confundem. Esse modelo de Estado exigirá com intensidade ainda maior a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Supondo antecipadamente a constitucionalização do direito privado como movimento necessário para pautar as relações privadas com parâmetros mais justos.

Segue o autor a ideia de constitucionalização do direito privado se dá sobre dois enfoques, primeiro em face da hermenêutica constitucional com toda leitura a partir da Constituição, e segundo, sobre a regulação da vida privada pela Constituição. Nesse contexto, a importância de uma interpretação jurídica que conceba a Constituição como norte e que permita uma leitura da legislação infraconstitucional sob sua égide (Sarmiento, 2006).

Neste contexto, abrem-se duas novas perspectivas, a primeira asseverando a existência da dicotomia, mas igualmente a noção de intersecções entre o público e o privado. A segunda, defendendo a unificação das esferas pública e privada, sob a lógica de unicidade, coerência e integridade do sistema jurídico.

A suposta superação da distinção a mantém, entretanto, a princípio para fins didáticos, anunciando a reconstrução do direito privado e a sua publicização, a descodificação e a formação de microssistemas, a constitucionalização do direito civil, a transferência de nuclear do indivíduo para a pessoa, do patrimônio para a dignidade humana, a funcionalização dos institutos de direito privado, a constitucionalização de seus princípios etc. (Nery, 2002).

A primeira forma de Estado Moderno foi, então, substituída pelo Estado Social, que tomou para si atividades administrativas fundamentais e intensificou o controle das atividades dos particulares (Torres, 2002).

Demonstram em suas considerações Gorczewski e Bitencourt (2010), que a ideia de conformação de Estado Moderno sempre esteve intrinsecamente ligada à ideia de exercício de poder. É preciso considerar-se que pensar em poder no constitucionalismo contemporâneo é pensar de como se deve dar o exercício de poder através de uma separação de poderes um tanto mais flexível com relação a sua concepção inicial.

Pondera Reis (2015), com o crescimento da industrialização e a mudança de modelos de Estado surgem novos e vários conflitos sociais, além de se intensificar a desigualdade social entre classes. Outrossim, verifica-se a necessidade de o Estado, por meio de legislações, intervir nas relações sociais, objetivando equilibrar e assegurar os cidadãos desfavorecidos.

Com a crise das codificações, destacou-se o desenvolvimento das intersecções entre o direito público e privado, algo que ocorre na maior parte do direito, influenciando inúmeros ramos em prol da nova sistematização interpretativa utilizada no modelo de Estado Democrático de Direito (Lorenzetti, 1998).

Essa mudança de contexto histórico foi logo sentida pelo Direito Privado. Os direitos consagrados nos Códigos como absolutos foram relativizados frente às necessidades sociais, isto é, os institutos de Direito Privado passam a responder por sua função social. Consequência importante a ser destacada foi o fim da ilusão de que existia um sujeito de direito único, reconhecendo as especificidades de diferentes relações, tais como aquelas estabelecidas entre fornecedor e consumidor, locador e locatário, empregador e empregado, etc. (Melgaré, 2004).

O sujeito de direito único deixa de existir e o núcleo axiológico do direito passa a ser a pessoa humana, determinando uma jus-humanização das relações privadas, conforme sugere Melgaré (2004). Surgem, pois, os chamados microssistemas, buscando dar proteção a parte hipossuficiente encontradas nestas situações específicas. Tais microssistemas reduziram sensivelmente a importância dos Códigos para os ordenamentos jurídicos, sendo, algumas vezes, questionada a necessidade de sua manutenção (Tepedino, 1993).

As ideologias pressupõem os pensamentos, há o universo do público e o do privado, e a eles será empregado o raciocínio dos opostos, do bom e do ruim, a depender do argumentador. Assim, se verifica o afastamento do rigor discursivo, quando, em vez de uma distinção de tipos, prevalece a diferenciação dos universos, com uma evidente adjetivação inclinada à escolha de um deles.

A simplificação dessas questões, aliada à ideologização atinente às relações entre Estado, direito, sociedade e pessoa, opera outras dissociações, a exemplo daquela entre interesse geral, coletivo ou público e interesse particular, individual ou privado; direito social e direito individual; liberdade (ordem pública) e autonomia privada (ordem privada).

O paradigma social no âmbito do direito privado acaba multiplicando as normas de ordem pública e amplia as hipóteses de limitação à autonomia das partes em prol dos interesses da coletividade. Nota-se progressiva publicização do direito privado e da sua invasão pela normativa constitucional. Sarmento (2004) refere que a Constituição se projeta na ordem civil, no mercado e na economia; ao mesmo passo, consagra valores solidários e direitos oponíveis aos privados.

Inverte-se a lógica do paradigma liberal no sentido do primado do público sobre o privado devido ao grande aumento de intervenção estatal. “No bojo desta redefinição das fronteiras entre o público e o privado no Estado Social, pode se situar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas” (Sarmento, 2004, p. 42).

A “supremacia do interesse público” passa a ideia de não subordinação das esferas públicas às regras que estão determinadas no Estado de Direito, o que ocorre em vista dele possuir o poder, a soberania e a força. No entanto, há a necessidade de limitar a atuação do Estado em vista da dignidade da pessoa humana, pois, caso não existam tais limitações, ocorrerá a legitimação da violação de direitos humanos e fundamentais (Aragão, 2010).

Neste ínterim, a ideia de Estado de Direito provém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e pessoas, submetendo este tão-somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição, indo até às decisões concretas da Administração Pública e do Poder Judiciário, passando pelas leis e regulamentos (Aragão, 2010).

A principal essência do Estado deve ser a de garantir os direitos fundamentais, que é sua razão de ser, e não de se basear na supremacia do interesse público para administrar e julgar. Aqui ocorrem as distorções autoritárias por parte de servidores públicos, pois se contraria os ideais políticos clássicos de representatividade para o convívio social com base em particularidades e violações de direitos inerentes aos cidadãos (Aragão, 2010).

Seguindo o autor, a “supremacia do interesse público” passa a ideia de não subordinação das esferas públicas às regras que estão determinadas no Estado de Direito, o que ocorre em vista dele possuir o poder, a soberania e a força. No entanto, há a necessidade de limitar a atuação do Estado em vista da dignidade da pessoa humana, pois, caso não existam tais limitações, ocorrerá a legitimação da violação de direitos humanos e fundamentais. Quando se utilizam de sistemas argumentativos

que priorizam, essencialmente, pelo interesse público sobre o privado, se utiliza de razões míticas, singelas e que não observam a complexidade temática do direito, gerando decisões administrativas ou judiciais que não favorecem aos cidadãos. Não há argumentos para colocar as estratégias estatais acima dos direitos dos cidadãos (Aragão, 2010).

Fachin (2003) compreende que a concepção que hoje se tem de interesse social nasceu da funcionalização da propriedade, de sua sujeição à um conteúdo social, com a previsão e a imposição de que ao direito subjetivo se integrariam também deveres, condicionados aos ditames sociais. Essa construção se dá numa perspectiva de argumentação dissociativa, que contrapõe o interesse individual do proprietário ao interesse social que tem a coletividade na propriedade individual.

Entretanto, observa-se que o sistema dicotômico e as codificações foram importantes ferramentas para o desenvolvimento do direito no ocidente. No entanto, com o Estado Democrático de Direito, que se embasa nos direitos fundamentais, houve a necessidade da consolidação de novos sistemas jurídicos que possibilitem o equilíbrio e diálogo do público com o privado, e vice-versa, o que ocorre por meio das intersecções embasadas na constitucionalização do direito privado e da privatização do direito público (Bobbio, 2007).

Visto a análise das relações estabelecidas entre o Direito Público e o Direito Privado ao longo da história, é plausível apontar algumas das razões pelas quais o Direito evoluiu para o atual estágio, no qual tem-se falado na constitucionalização do Direito Privado. Afirmando-se que os elementos que delimitavam o âmbito do Direito Privado e do Direito Público e que há muito tempo ocupavam posições opostas no ordenamento jurídico deixaram de ser intocáveis e passaram a se sobrepor.

Preleciona Sarlet (2008, p. 306) a constitucionalização do direito privado, no Brasil ao menos, constitui-se:

- 1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas;
- 2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição;
- 3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim;
- 4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional.

No Brasil há certo consenso quanto à aplicação da Constituição nas relações privadas (dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas) (Reis,

2007), sendo cada vez mais raras as posições que defendem a inaplicabilidade. O debate de alguma forma se sustenta no “como” pode ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (Ubillos, 2008).

Segundo Aronne (2013) essa constitucionalização, em termos de fundamento, atualiza as legislações de direito privado no seguinte sentido: renovação interna (e não externa) do direito, visando a coerência material (e não apenas formal) com toda a ordem jurídica.

Observa-se o surgimento de uma visão “repersonalizada” e “despatrimonializada” do direito com base na dignidade da pessoa humana, outrossim, uma alteração na essência interpretativa do direito, tendo-se a dignidade como elemento demandante de respeito, proteção e promoção. A renovação da hermenêutica neste âmbito, se compreende em ao menos dois sentidos. O primeiro, para perceber o sistema como aberto e reciprocamente dependente, no qual cada disposição normativa importa ao todo e o todo importa a cada disposição normativa singular. Logo, por exemplo, uma transformação na interpretação de determinado direito fundamental implica em reflexos para toda ordem jurídica.

O segundo, para abandonar-se o dogma da completude clássica, típico dos códigos oitocentistas, em favor do entendimento da “incompletude-completa”, na qual reconhece-se que a ordem legislada é menos dinâmica que os fatos da vida e, portanto, sempre carecedora de influxos igualmente dinâmicos para a devida tutela jurídica desses fatos. Passam, destarte, os direitos fundamentais, por meio da sua tessitura porosa, a fornecer essa dinamicidade (“o sistema, portanto, é sempre completável, na mesma medida em que é incompleto”) (Aronne, 2013, p. 58). Portanto, verifica-se o próprio processo circular de criação de legislação referente ao conteúdo dos direitos fundamentais e, em mão inversa, de densificação do conteúdo principiológico dos direitos fundamentais a partir da sua concretização (interpretação) nas regras (Aronne, 2013).

Assim, quanto à noção de intersecções jurídicas entre o público e o privado a visão é de que há um grande espaço onde os conteúdos próprios da esfera pública dialogam e inter-relacionam-se com os conteúdos próprios da esfera privada (Lorenzetti, 1998). Seriam exemplos desta dinâmica a função social da propriedade, onde entende-se que a propriedade privada para ter legitimidade jurídica carece cumprir com certos desideratos de sua espécie (como o caso da propriedade imóvel que não pode ser meramente especulativa e sem utilidade real ou violadora do meio

ambiente); também o exercício dos direitos da personalidade que acabam sendo limitados pela ideia de “interesse público” e “bons costumes”.

De outro lado, poder-se-ia citar a execução de obras por meio de parcerias público-privadas e a delegação de serviços públicos a empresas privadas, assim como as reformas no entendimento da responsabilidade civil do Estado (Lorenzetti, 1998).

A estrutura de codificação civil perdeu centralidade em face da constitucionalização do direito civil, seguindo uma base sistêmica de normas fundamentais (Lorenzetti, 1998).

Diferentemente disso, a supremacia do *Code* como geratriz operacional de todo o ordenamento normativo era motivo de gáudio para os civilistas do século XIX. Proclama-se a superioridade ontológica do Direito Civil, bem como de todo o Direito Privado sobre o Público, sendo este nada mais, nada menos que um caminho para se chegar aos objetivos daquele, encarnação jurídica do próprio Estado Liberal. (Vasconcelos, 2002).

Assim, preleciona Reis (2003, p. 780):

Dessa forma muda o paradigma do direito privado, ao invés de proteção patrimonial ditada pelo ideal burguês, do sistema liberal, passa-se a proteger a pessoa humana, ocorre o fenômeno da despatrimonialização do direito privado, ou seja, em obediência à sua constitucionalização, há a predominância do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Ocorre, assim, a repersonalização do direito privado, no sentido de (re)colocar o indivíduo no topo da proteção desse direito privado.

Os direitos fundamentais, considerados, conforme já dito anteriormente, como pontos de limitação para a atuação abusiva do Estado, destinavam-se a conter o mal necessário que era o próprio Estado com o objetivo de assegurar a plena realização do ordenamento privado. Nada muito para além disso.

A suspeição do Estado começa a ser revertida por meio da consolidação dos direitos de caráter social. Por sinal, não faltou quem, justamente ao final do século XIX e começos do século XX, comesse a demonstrar a necessidade de uma revisão dos termos da *summa divisio* ao preciso argumento de que muito do que até então se considerava alheio à atenção do Estado deveria ser normatizado, porém, não raro, sob as vestes mesmo da legislação privada, pois concernente ainda às relações entre particulares.

Escreve Reis (2015, p. 87),

como a Constituição de 1988, passou a tratar de temas de direito civil e trouxe atributos fundamentais e cogentes para serem aplicados nas relações jurídicas, ocorreu um deslocamento do eixo fundamental do direito civil, uma espécie de descodificação, já que surgem leis específicas buscando a regulamentação do direito civil em consonância com as normas constitucionais, que é o caso por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, entre outros. Aqui, há um segundo momento do surgimento de microssistemas jurídicos, os quais, a fim de se conformar a atual estrutura, passam a regular em leis esparsas questões específicas afetas ao direito civil.

Um dos primeiros a falar de uma categoria de superação entre o público e o privado por meio de um Direito Social foi Enrico Cimbali. Sem abrir mão dos postulados fundamentais da economia capitalista, antes rendendo elogios a sua capacidade de trazer prosperidade, o civilista, atento às mudanças ocorridas pela Revolução Industrial, conclama a que tais fatos “*interamenti nuovi ed asslutamenti ignoti alle legislazioni civile vigenti*” passasse a ser disciplinados pelo que seria um *diritto privato sociale*, onde seria possível perceber uma maior presença do Estado (Cimbali, 1885, p. 39- 41). Nomeando como exemplos desde da criação do Direito do Trabalho como disciplina autônoma de estudos, embora derivada do clássico contrato de prestação de serviços já disciplinado pelo Direito Romano (*locatio conductio operarum*) à disciplina da propriedade privada para afastar seu uso abusivo ou antissocial, com forte interferência do poder público para coibir seu uso nocivo demonstram o giro copernicano que logo também entusiasmaria a fina flor dos juristas e cientistas sociais franceses a exemplo de Augusto Comte, Émile Durkheim, Léon Duguit, Gaston Morin, Georges Ripert e René Savatier. (Vasconcelos, 2002).

Acreditava-se, até por força das implicações ideológicas já mencionadas anteriormente, que o distanciamento ontológico entre o Direito Público e o Privado seria dado por contrários lógicos, o que implicaria a regra do terceiro excluído, a qual enuncia que entre as proposições lógicas que, juntas, formam uma contradição, não há uma terceira possibilidade (*tertium exclusum* ou *tertium no datur; inter duo contradictoria non este médium*). Na realidade, o que se percebeu é que eles poderiam conviver perfeitamente como contrários, não sendo contraditórios, ou seja, não eram em si mesmos excludentes.

Ao se advogar, como se fazia anteriormente, que o privado e o público consagrariam interesses antagônicos, os estritos limites que os separavam jamais poderiam ser rompidos. Nada obstante, como antes destacado, esses ramos não são

assim tão explicitamente delineados, operando uma nítida simbiose entre eles, podendo-se afirmar que, muitas vezes, a relação jurídica que se está averiguando na mesma situação pode ser considerada por uma perspectiva híbrida. Ou seja, um mesmo fato pode ter, ao mesmo tempo, interesses públicos e privados. De fato, existem direitos que transitam em uma zona intermediária, cinzenta, atualmente perceptível entre o público e privado. (Perlingieri; Femia, 2004, p. 53).

2.3 A busca do direito unificado

A unificação do Direito Privado no Brasil é resultado de um composto de fatores que vão desde a influência dos países europeus até o próprio desenvolvimento social, cultural e jurídico do Direito Brasileiro.

No Brasil a evolução histórica de unificação do direito privado teve várias tentativas, a pioneira iniciada pelo jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas, por meio de seus estudos para a preparação da Consolidação das Leis Civis, que deu origem ao que chamou de “Esboço do Código Civil”, no qual propunha a unificação das obrigações civis e comerciais. Essa unificação do Direito Privado teve influência dos países europeus.

No momento que o Brasil aceitou a ideia de alterar o Código Civil de 1916, foi nomeado para essa codificação o jurista Augusto Teixeira Freitas, para que, por meio de um novo código unificasse o código civil e o código comercial. Com o passar dos anos, em consequência da demora na aprovação do novo código, viu-se a necessidade de promulgar a nova Constituição Federal, que passou a ter alterações significativas que se adequavam com a sociedade atual.

Em 1890 foi contratado Coelho Rodrigues para elaborar um novo projeto de Código Civil. Apesar de ser favorável à unificação do Direito Privado, o contrato firmado com o Governo o proibia de assim proceder. Após ter sido rejeitado o projeto de Coelho Rodrigues, foi contratado Beviláqua para elaborar outro projeto, aproveitando, dentro do possível, os trabalhos já desenvolvidos. Em outubro de 1899, Beviláqua concluiu a tarefa (Alves, 1973). O idealizador do Código de 1916 aceitou a proposta de Freitas de dividir o Código Civil em Parte Geral e Parte Especial, mas não concordava com o critério de distribuição em classe das relações de Direito Civil, nem

com a unificação do Direito Privado, pois defendia com convicção a autonomia do Direito Comercial, em relação ao Civil (Karam, 1988).

A unificação ocorrida não foi total, ocorrendo apenas a união do direito civil e comercial, conforme preleciona Miguel Reale (1999 p. 276):

[...] o Código tem de ter uma unida-de lógica. E nós resolvemos tomar uma posição clara: a de realizar a unidade do Direito das obrigações. Não uma unidade do Direito Privado, porque esta unidade não foi posta como alvo a ser atingido. O projeto realiza apenas a unidade da Parte Geral das obrigações. E desde logo se estabeleceu uma linha diretora funda-mental: consagrar, no Código, aquilo que é duradouro; incluir na legislação civil aquelas regras dotadas de certa durabi-lidade.

Cabe destacar, ainda, recente mudança que vem ocorrendo na doutrina brasileira: com o fenômeno da constitucionalização de direitos da seara privada, a doutrina vem adotando a ideia de que, em breve, não haverá mais a distinção entre Direito Público e Direito Privado, onde passará a importar não o ramo de determinado assunto e sim seu objeto, ou seja, esta separação vem deixando de existir em razão de haver a sobreposição de ambas (Ustárróz, 2007).

Além disso, na medida em que a força normativa que já possuíam desde o período liberal passou a ser garantida por legítima jurisdição, as Constituições deixaram de ser meras cartas de princípios.

A partir de então, houve uma mudança nas relações entre Direito Público e Direito Privado, porquanto as disposições normativas constitucionais passaram a ingerir no domínio privado. Da incomunicabilidade existente entre as esferas, se estabeleceu, pois, uma relação hierárquica de supremacia e complementaridade. As normas constitucionais conferiam conteúdo às normas de Direito Privado, adequando a letra da lei aos propósitos esculpidos na Constituição.

Outrossim, na medida em que a força normativa que já possuíam desde o período liberal passou a ser garantida por autêntica jurisdição, as Constituições deixaram de ser meras cartas de princípios. Assim, é possível concluir que já não há separação radical existente entre Direito Público e Direito Privado.

Ocorre que, de acordo com a evolução da sociedade, começou a influência de uma legislação que se adequasse aos dias atuais e que preservasse as relações comerciais. A atribuição era atualizar a legislação de 1916 para aplicação nos dias atuais. Isso demandava para Freitas, unificar as obrigações civis com as comerciais, facilitando a interpretação do código e principalmente evitando a duplicidade de

normas. Quando propôs o novo código, era influenciado pelo estudo do código de Napoleão, pelo código civil francês e por vários pensadores europeus, principalmente Savigny (Klee, 2007).

O jurista Clóvis Beviláqua, tomou a frente das mudanças, obtendo a aprovação do texto pelos poderes Legislativo e Executivo, surgindo o Código Civil de 1916, devido a imobilidade legislativa, para que isso acontecesse transcorreram exaustivos 50 anos.

Freitas, buscando evitar a duplicação das normas, propôs que fosse realizado o Código Civil e um Código Geral de Direito Privado, a unificação do Direito Civil com o Direito Comercial, o que lhe rendeu diversas críticas antes de deixar o projeto. Entretanto, Beviláqua não seguiu esta ideia e não unificou as duas searas do Direito Privado (Freitas, 1983).

Relevante observar que nesse período, o Brasil acompanhou a mudança mundial dos seus códigos. Os países europeus passavam por reforma exclusiva no Direito das Obrigações e no Direito Comercial e foi nesse momento que o jurista teve a ideia de uma unificação no Direito Privado (Valério, 2002).

Freitas seguia a doutrina de Savigny, estudava o Código de Napoleão, dentre outras renomadas obras, que lhe renderam ótimas ideias de organização dos referidos códigos, mas que não foram adotadas à época (Calderale, 2005).

Savigny expressou que o aumento das relações entre os diversos povos impõe a renúncia do princípio de exclusividade, territorialista, pela adoção de um sistema que tenda à reciprocidade, a fim de estabelecer uma igualdade reclamada pelos interesses dos povos e dos indivíduos (Labrano, 2013).

Os juristas que defendem a unificação argumentam que o direito de exceção atenta contra o princípio da igualdade, assim, desafiando a contraposição de leis sobre o mesmo assunto, contribuindo para que se estabeleça a insegurança jurídica, através da incerteza dos negócios firmados e da protelação dos litígios.

A unificação do Direito pode ocorrer tanto no aspecto formal quanto no aspecto material. A unificação formal é aquela que consiste na pura e simples reunião, em um único código, dos dois ramos do Direito Privado, como foi feito na Suíça e na Itália (Chaves, 1972).

Dessa forma, o novo Código Civil representa um importante avanço no sentido da unificação do direito, possibilitando maior estabilidade nas relações jurídicas, deixando de ter o caráter individualista da concepção do século XIX, para passar a

ser de acepção social. O apoio a essa unificação em nosso Código Civil não foi unânime, sendo motivo tanto de elogios quanto de críticas por parte de vários doutrinadores.

Entre os que defendem a unificação, destacamos José Lamartine Corrêa de Oliveira, um dos estudiosos que analisou o projeto do novo Código, e que teceu elogios à preservação da Parte Geral e a ordem dos livros da Parte Especial, inclusive sob o enfoque didático.

No entendimento de Reale (2004), a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência.

Do ponto de vista metodológico, a unificação das obrigações é uma das principais características do Código Civil de 2002. No estudo de Reale (2007, p. 69), o Código:

[...] tem de ter uma unidade lógica. E nós resolvemos tomar uma posição clara: a de realizar a unidade do Direito das obrigações. Não uma unidade do Direito Privado, porque esta unidade não foi posta como alvo a ser atingido. O projeto realiza apenas a unidade da Parte Geral das obrigações. E desde logo se estabeleceu uma linha diretora fundamental: consagrar, no Código, aquilo que é duradouro; incluir na legislação aquelas regras dotadas de certa durabilidade.

Reale (2007, p. 358) ainda pontua que as mudanças sofridas pelo país no atual século foram de tamanha relevância que não poderiam deixar de refletir as alterações básicas sofridas pelo código, uma vez que “o Código Civil não é senão a constituição da sociedade civil [...] é a constituição do homem comum”.

O Código Civil de 2002, com suas cláusulas abertas, aproximou o direito público do direito privado, na busca pela dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito proporcionou minimizar a separação de direito público e direito privado. É visível a interferência do direito público no direito privado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, na qual espaços privados alcançaram proteção constitucional ocasionando a constitucionalização do direito privado (Moreira, 2018).

O Código Civil de 2002, com suas cláusulas abertas, aproximou o direito público do direito privado, na busca pela dignidade da pessoa humana.

Na Constituição Federal de 1988, seus inúmeros princípios evidenciaram a constitucionalização do direito privado a determinar a releitura da legislação infraconstitucional à luz dos preceitos da Constituição Cidadã.

O Estado liberal clássico vivenciou a era das codificações mantendo-se o Código como núcleo do sistema de natureza civil com a preponderância da liberdade contratual, a autonomia da vontade, a propriedade privada e o modelo familiar patriarcal. Imperava o dogma da completude, ou seja, o direito codificado era considerado como suficiente para regular todas as situações que pudessem surgir em sociedade, entre os seus integrantes, com a absoluta divisão entre o direito público e o direito privado.

A família, no Estado liberal clássico, era hierarquizada conforme o modelo patriarcal, com a preponderância de valores patrimoniais em detrimento da dignidade da pessoa humana, com a nítida separação entre o direito público e o direito privado. Patrimonialismo, individualismo e voluntarismo são valores do Direito Civil no Estado liberal, com a proteção da propriedade privada e da liberdade de contratar, em detrimento da pessoa humana (Moreira, 2018).

Em meados do século XX, a ideologia social passou a dominar o cenário constitucional na medida em que Estado e sociedade mudavam por força de reivindicações do proletariado e dos trabalhadores.

Entretanto, o Código Civil de 1916 não acompanhou a mencionada mudança social trazida pelo Estado Social de Direito, visto que no direito privado, em nosso primeiro Código, existia a solidariedade como princípio. A Constituição Federal de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento, e no Estado Democrático de Direito é natural a intervenção do Estado perante os particulares, na tarefa de promover o bem-estar social, eliminar as discriminações, garantir o mínimo existencial e, assim, a recomendar o reajustamento do direito privado à nova realidade jurídica nacional (Moreira, 2018).

A necessidade da releitura do direito privado à luz dos princípios da Constituição de 1988 implicou a constitucionalização do direito privado. Pois, temos como exemplo que a propriedade, o contrato, a família, típicos do direito privado, passaram a residir em solo constitucional, verdadeiro fenômeno de constitucionalização do direito civil, a repor a pessoa humana como centro do direito civil (Tepedino, 2004).

O direito civil constitucional implica em valores e princípios constitucionais que se irradiam por toda a disciplina do direito civil e isto, por certo, trouxe o abrandamento da dicotomia direito público-direito privado, sem arranhar a autonomia privada. O Estado interveio nas relações privadas e pessoais e, com isto, aproximou o direito público do direito privado, ou seja, há o entrelaçamento do direito público ao direito privado, nas relações jurídicas, por força da constitucionalização do direito civil. A inserção do direito civil no âmbito público gerou uma constitucionalização do direito privado, a aproximação entre o direito público e o direito privado, a fortalecer e enaltecer o direito civil (Moreira, 2018).

Aceita a reinterpretação do direito privado com base quaisquer princípios constitucionais, abre-se caminho para que o intérprete deixe de aplicar normas infraconstitucionais ou aplicá-las de modo completamente diverso, baseando-se em qualquer dos vagos e amplos princípios presentes na Constituição de 1988. Ele afirma também que a constitucionalização do direito civil não significa a aplicação de princípios constitucionais como se fossem princípios gerais do direito, pois isso significaria a sua aplicação apenas subsidiária, quando a lei fosse omissa, o que representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais (Tepedino, 2004).

Devido a institucionalização do Estado Democrático de Direito, a Constituição adquire importância ímpar na estruturação do Estado, especialmente em relação ao papel que lhe era reservado nos paradigmas estatais e sociais anteriores. Especialmente em razão da exacerbação da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a constituição termina, fortemente, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, permitindo ampla aferição de seus conteúdos na vida constitucional propriamente dita (Leal, 2007).

Realmente a nova hermenêutica constitucional nos orienta no sentido de dar maior efetividade aos princípios constitucionais, superando a compreensão de que os direitos fundamentais apenas teriam o poder de proteger a pessoa em face do Estado (Streck, 2004).

Pondera Streck (2010), se vive sob a égide de uma Constituição democrática e dirigente, parece ser óbvio esperar que os juristas já tivessem construído um sentimento constitucional-concretizante. Mas o legislador ficou aquém e foi além do comando constitucional, e assumiu a tarefa de realizar o que se pode denominar de

“filtragem hermenêutico-constitucional” apontando as inconstitucionalidades (controle difuso e concentrado) e, fazendo os necessários apelos ao legislador, além de construir uma teoria ou doutrina capaz de abarcar as demandas de um novo paradigma de direito e de Estado: o Democrático de Direito.

Cabe salientar que, tanto os argumentos contrários como favoráveis para a unificação do Direito Privado são plenamente defensáveis e merecem reflexão. A unificação do Direito Privado no Brasil trouxe alguns reflexos em importantes searas do Direito, os juristas apresentam diversos entendimentos acerca da unificação do Direito Privado, sejam elas a favor ou contra.

Contudo, observa-se que a unificação do Direito Privado ocorrida no Brasil, apesar de trazer à tona grande discussão, não foi de todo negativa, uma vez trouxe lógica ao diploma processual, além de romper com a antiga organização do ordenamento jurídico.

A diminuição das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais, a promoção de interesses coletivos, a participação das minorias no processo democrático, passa pela conscientização de todos quanto à importância da constitucionalização do direito privado e a Constituição Federal de 1988, como Lei Maior, impôs maior intervenção do Estado nas relações de direito privado para a garantia de direitos fundamentais (Moreira, 2018).

Considera-se que a constitucionalização impactou os princípios orientadores do direito privado clássico tais como a autonomia da vontade, e propriedade que diante de nova dimensão passarão a ser funcionalizados, tendendo a repercutir positivamente na coletividade.

No capítulo que segue discute-se o princípio constitucional da solidariedade como um instrumento de efetivação da dignidade humana porque garante que todos tenham uma existência digna, sem exclusão ou marginalização.

3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da solidariedade está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado um “super princípio”, uma vez que é inerente a todos os seres humanos, independente de merecimento pessoal ou social. Outrossim, este princípio é norteador de todo ordenamento jurídico. Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio (direito/dever) da solidariedade é um sublime direito da humanidade, portanto universal. Segue o estudo a respeito.

3.1 O Princípio Fundamental Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

O direito à dignidade não é um ideal, nem um objetivo a ser alcançado, nem uma realidade observável, nem uma representação, não é subjetivo. Contudo, esse direito, por muitos anos, foi compreendido de maneira subjetiva, atribuído a um ser humano, mas foi entre os séculos VII a II A.C. que tomou forma e, nesse sentido, sua origem acompanha o surgimento da filosofia que, entre outras coisas, substituiu as explicações mitológicas a respeito da pessoa e do mundo, para uma compreensão mais racional, centralizada no sujeito (Comparato, 2013).

Escreve em seu estudo Reis (2018, p. 109):

a dignidade protegida pelo princípio jurídico constitucional é, em primeira linha, a da pessoa humana individualmente considerada, pressupondo, na situação de normalidade típica, a ideia de que a pessoa é um agente responsável, um sujeito autônomo, capaz de reflexão sobre si e sobre o que lhe é exterior, capaz de fazer escolhas racionais, de que autodeterminar e, conseqüentemente, de avaliar e valorar moralmente o comportamento de seus semelhantes e do seu, de se responsabilizar por ele e de assumir compromissos e violações. Mas, mesmo quando esses pressupostos de um exercício responsável da autodeterminação individual não estão presentes ou não estão inteiramente desenvolvidos, o princípio constitucional de igual dignidade, por força do sentido de justiça em que se funda, exige análoga proteção da humanidade intrínseca presente em qualquer existência como pessoa humana.

O somatório dos fatores econômicos, sociais, históricos e ideológicos, sob forte influência, especialmente do pensamento de Locke e Rosseau, delineou o cenário para as revoluções que iriam marcar a história da democracia e dos direitos humanos mundialmente, inaugurando as primeiras Constituições modernas em um Estado

liberal, que procura assegurar aos seus cidadãos a garantia de direitos fundamentais (Gorczewski; Bitencourt, 2010).

O horto da filosofia estabeleceu uma nova etapa para a construção do que hoje conhece-se como direitos humanos, dignidade da pessoa, pois, a partir dela, a pessoa começou a ousar e exercer sua faculdade crítica racional da realidade, tornando em si mesmo o principal objeto de análise e reflexão. Assim, o ser humano passou a ser considerado como um ser dotado de liberdade e razão, nascendo dessa forma, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes (Comparato, 2013).

Léon Denis (2020) em seus estudos da existência humana, descreve as ideias que fazem do universo e suas leis, do papel que cada um de nós deve exercer sobre este vasto teatro, tudo isso é de uma importância capital. Conforme for o ideal assim é a pessoa, para a coletividade da mesma forma que para o indivíduo, a concepção do mundo e da vida é que determina os deveres; mostra o caminho a seguir, as resoluções a adotar.

A princípio, a fundamentação dos direitos humanos, bem como da dignidade humana e da liberdade religiosa, surge assim, do anseio natural da pessoa em conhecer, por isso, é a liberdade, ou seja, a capacidade de livremente escolher, investigar e se relacionar com o sagrado é fundamental para os direitos humanos (Manetti, 1952).

No estudo de Pico della Mirandola (2010) em sua obra “Oratio de Hominis Dignitate”, a pessoa é colocada no centro do mundo, pode contemplar os mais diferentes ângulos do próprio mundo, e é capaz de realizar plenamente suas próprias virtualidades. Esta pessoa no centro do mundo é a pessoa digna, é aquele que precisou da própria consciência para realizar suas escolhas e de acordo com a sua natureza humana, construir para si mesmo e para o mundo a dignidade.

Mas, foi no pensamento cosmológico grego que possibilitou a primeira abordagem da dignidade da pessoa, que, segundo Aristóteles, é mais evidente naqueles que desenvolvem de forma destacada a atividade intelectual própria da alma humana, como é o caso dos filósofos. Segundo as tradições platônica e aristotélica, a dignidade da pessoa seria proporcional à sua capacidade de pensar e conduzir a própria existência desde a razão (Soares, 2017).

Na antiguidade clássica, a ideia de dignidade estava relacionada com a posição social que a pessoa ocupava na sociedade e o seu grau de reconhecimento pelos

demais membros da comunidade, de modo que este conceito possuía uma interpretação restrita. Além disso, a dignidade era relacionada com um grupo de “homens iguais em dignidade”, portanto, não se estendia a todo “pessoa” (Sarlet, 2011).

Coube ao Cristianismo potencializar a noção de dignidade ao conferir um senso de liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, dignidade a todos os homens. Esse fato é visto de maneira clara na Carta de São Paulo aos Gálatas, quando o apóstolo afirma que “todos são filhos de Deus pela fé em Jesus Cristo, não há, portanto, mais distinção entre judeu e grego, escravo e livre, nem mesmo entre pessoa e mulher, pois todos são um em Cristo Jesus” (Bíblia Sagrada, 1998 – Gálatas 3:26-28).

Após o advento do Cristianismo, outras ideias a respeito do conceito de pessoa, bem como de dignidade humana, foram sendo construídas e consolidadas. Sucessivamente esses conceitos foram sendo “ampliados” e de certa forma utilizados na construção do pensamento jurídico a respeito dos direitos inerentes à pessoa humana; por isso, apresentaremos brevemente algumas contribuições de filósofos a respeito da “noção” acerca da pessoa humana (Lafer, 1998).

O filósofo romano Boécio em muito colaborou na definição do conceito de pessoa. Ele afirmava que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, foi criado por Deus não seguindo o modelo da natureza, mas unicamente o modelo da própria realidade divina, e é nessa afirmação que repousa a dignidade humana (Soares, 2017).

Santo Tomás de Aquino foi outro grande pensador a respeito do conceito de pessoa, suas principais ideias estão expostas na Suma Teológica. A pessoa humana e sua natureza por Santo Tomás é compreendida como substância individual de natureza racional e unidade substancial de alma e corpo, *individua rationalis naturae*. Estes conceitos possibilitaram a compreensão e o estudo da dignidade (Tomás De Aquino, 1957).

Para os cristãos, especialmente Santo Tomás de Aquino, Deus deu aos homens um *status* mais elevado do que os outros animais. O valor que Deus colocou em nós é um presente, não algo que merecemos. Portanto, não podemos perder esse amor, mas devemos respeitar todos os seres humanos que são igualmente dignos desse respeito, como criaturas racionais.

Desse modo, a pessoa torna-se digna, agindo de maneira adequada e de acordo com o valor que Deus nos dá, novamente, de forma gratuita; e independentemente do nosso mérito individual ou da nossa situação social.

Etimologicamente, o termo 'dignidade' deriva da palavra latina *dignus*, possuindo como variações, os vocábulos: *dignitas* e *dignitatis*. Seu significado repousa na ideia do merecimento de estima e honra (Moraes, 2009).

Uma pessoa, só pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentora de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todas as pessoas, decorrente da própria condição humana, que a torna credora de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes (Sarlet, 2011).

A partir do século XVIII, principalmente com a contribuição de Immanuel Kant, surgem novas perspectivas para fundamentar eticamente o conceito de dignidade humana e consequentemente a noção de pessoa humana. Segundo Kant, a dignidade humana encontra-se na capacidade de autonomia, ou seja, no fato de ser a única criatura capaz de se submeter livremente às leis morais que são reconhecidas como procedentes da razão prática (Bobbio, 2004).

O pensamento de Kant a respeito do conceito de pessoa humana e sua dignidade influenciaram diretamente os pensadores da modernidade – a partir do ano de 1776 – principalmente no que diz respeito à construção dos direitos inatos à pessoa humana, entre eles os direitos humanos.

O sistema filosófico de Maritain exerceu profunda influência no pensamento ocidental durante no século XX, com sua ideia de humanismo. Para este pensador, o Humanismo apresenta quatro conceitos fundamentais: pessoa como pessoa, lei natural, direitos humanos e bem - comum. O primeiro conceito fundamental no Humanismo de Maritain, o ser humano é concebido com uma dignidade humana, ou seja, é uma pessoa humana. Explica que uma pessoa é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria [...] “A pessoa é uma pessoa que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade” [...] “Não existe apenas uma existência física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz super existir em conhecimento e amor” (Maritain, 2019. p.16).

O valor da pessoa, sua liberdade, seus direitos, pertencem à ordem das coisas naturalmente sagradas, que é o segundo conceito fundamental do humanismo de Maritain. Este direito natural implica direito à vida, à saúde, ao trabalho digno, à educação, à não exploração, dentre outros. É referente a uma ordem superior das

coisas, que até mesmo antecede qualquer formação social. São os preceitos da natureza humana que, se forem seguidos, fazem a sociedade ter uma vida pacífica, com amizade e fraternidade entre seus membros (Maritain, 2019).

O direito natural, além de princípio formador de qualquer lei que exista, uma vez que é constituído pelos “princípios fundamentais” de que se serve o direito positivo, também é a base dos direitos humanos, sendo o terceiro conceito fundamental. A força dos direitos humanos reside no seu fundamento, que é a igual dignidade de todos os seres humanos, desde sua concepção até sua morte natural. Os direitos humanos se referem à interpretação que as leis humanas tentam fazer da lei natural. É preciso, pois, que a sociedade, ao promover as leis que regularão as relações entre as pessoas, atente para que elas não estejam em desacordo com o direito natural (Maritain, 2019).

E, por fim, o quarto conceito humanista aqui de Maritain que é o de bem comum. Por bem comum entende-se a própria vida feliz em comunidade. Em termos humanistas, pode-se afirmar que o bem-comum é o próprio objetivo de uma sociedade orientada para os princípios humanos, é o resultado prático da aplicação dos direitos naturais. Cabe ao Estado o fomento do bem comum e da ordem pública. Nunca, porém, o Estado pode ficar superior ao ser humano. O Estado é uma criação humana, ele não tem dignidade própria, é apenas um instrumento do ser humano, que tenta possibilitar que este atinja seu fim como pessoa humana, através do bem comum. A finalidade do ser humano não é satisfazer as necessidades do Estado, mas ao contrário. Como foi dito, é o Estado que existe para satisfazer as necessidades coletivas humanas. O fim da pessoa humana, ao menos durante a vida terrena, é utilizar sua liberdade, respeitando os outros, e desenvolver, assim, cada vez mais, seu espírito (Maritain, 2019).

Porém, mesmo formando um sistema correspondente à hierarquia de valores, prevalente no meio social, essa hierarquia nem sempre coincide com aquilo que preveem as leis. Por isso, mesmo com o avanço do conceito de pessoa e de sua dignidade, bem como dos direitos inerentes a ela, sempre houve certa tensão entre a consciência jurídica da coletividade e as normas pelo Estado (Comparato, 2013).

A dignidade nasce com o ser humano, esta é qualidade ou atributo próprio a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna merecedor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.

O pensamento filosófico estabeleceu uma nova etapa para a construção do que hoje conhecemos como direitos humanos e dignidade da pessoa. A filosofia foi responsável pela pessoa começar a ousar exercer sua faculdade crítica racional da realidade, tornando em si mesmo o principal objeto de análise e reflexão. Assim, o ser humano passou a ser considerado como um ser dotado de liberdade e razão, nascendo dessa forma, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes (Comparato, 2013).

Em seus posicionamentos, o humanista Manetti destaca o ser humano, ao invés de apontá-lo como obscuro, irracional, entrando em uma reflexão filosófica, antropológica e teológica sobre a natureza humana, de modo que a dignidade humana advém dos atributos espirituais humanos derivados de Deus, devendo ser realizada pela atividade operosa, virtuosa e criativa do ser humano (Manetti, 1952).

Vista a necessidade de um discurso secular acerca da Dignidade da Pessoa Humana, mostra-se basilar se trazer à colação a contribuição de Kant, para quem são fundamentos da Dignidade a igualdade e a racionalidade. A todos se confere igualdade perante a lei. A racionalidade, de igual modo, integra o patrimônio ético de todos. Mesmo que se pense em igualdade formal, não se pode negar que a igualdade é um componente necessário da fórmula da Dignidade (Nietzsche, 1985).

O pensamento de Kant a respeito do conceito de pessoa humana e sua dignidade influenciaram diretamente os pensadores da modernidade, a partir do ano de 1776, principalmente no que diz respeito à construção dos direitos inatos à pessoa humana, entre eles os direitos humanos.

Pelo que se observou até aqui, a ideia de isonomia é recorrente quando se quer resguardar a dignidade da pessoa humana. Na lição kantiana, todavia, a nuance metafísica não subsiste. A igualdade aventada se resolve no plano material e decorre da racionalidade que é própria do ser humano. Dignidade diz com igualdade, racionalidade e autonomia, não importando para a consolidação do conceito eventual vida além do plano terreno, reclamada na perspectiva cristã ao construir seu conceito sobre o tema (Nietzsche, 1985).

Com o pós-modernismo, os valores morais passaram a integrar as ciências jurídicas, com o notável jurista Robert Alexy tivemos a tese de que os princípios constitucionais seriam normas jurídicas. Dentro desse conteúdo doutrina Marmelstein (2011): os princípios constitucionais possuem um forte conteúdo ético-valorativo; a

teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas; a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (Dimoulis, 2012).

O Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou de modo considerável o campo dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito a essa questão. Em se tratando toda terminologia cabe destacar que, a exemplo de outros textos constitucionais, há de se reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pese os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: direitos humanos (art. 4., inc. II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5., parag. 1.); direitos e liberdades constitucionais (art. 5., inc. LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, parág. 4., inc. IV) (Piovesan, 2006).

Ao contrário do que ocorre com os direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo o ser humano, identificando-o como tal. Assim nesse pensamento Ramos (2017, p. 78), assevera que, o conceito de dignidade humana é “polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção”, aponta dois elementos que caracterizam a dignidade humana: um positivo e outro negativo.

O elemento negativo está em proibir a imposição do tratamento ofensivo, degradante ou ainda uma discriminação odiosa e um ser humano (Ramos, 2017). Desse modo, a própria Constituição dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano e degradante” (art. 5º, III) e ainda determina “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais” (art. 5º, XLI) (Brasil, 1988). E, então, o elemento positivo na definição de dignidade expressa-se na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser

humano. Para tal, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a todos existência digna” (art. 170, caput) (Brasil, 1988).

Neste particular não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido que seu titular será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Em que pese sejam ambos os termos - “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (Sarlet, 2001).

Portanto, embora os Direitos Humanos positivados nos normativos internacionais, não tenham o peso da eficácia dos direitos fundamentais positivados na normatização interna, não são eles menos imperativos, ademais o compromisso com os organismos internacionais faz com que alguma efetividade seja a eles conferidas, ainda que o país não as tenha sido incorporado na ordem interna. Entende-se que o Estado descumpridor deste ordenamento jurídico de direito, pode sofrer sanções de ordem política e econômica internacional.

Na concepção de Bobbio (2000) os Direitos fundamentais, são todos aqueles reconhecidos pela Constituição de um Estado e que podem ser gozados indistintamente por todos os cidadãos. No campo dos direitos do homem, enfatiza o autor, que a grande preocupação que envolve a discussão do tema diz respeito à distinção entre teoria e prática, ou seja, houve um debate teórico nos últimos anos entre filósofos, juristas, sociólogos e políticos, contudo, pouco se fez para que os direitos fossem reconhecidos e protegidos efetivamente.

Descreve Bobbio (2004, p.16), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. No seu entendimento, a questão que envolve os direitos do homem possui contornos mais jurídicos-políticos do que filosóficos, já que o acordo entre os países para enunciação dos direitos do homem é obtido sem dificuldade, contudo, sua exequibilidade encontra óbices. O problema dos

direitos do homem situa-se na resposta à indagação de qual a forma mais segura de garanti-los objetivando sua não violação (Bobbio, 2004).

Neste contexto segue particularmente agudo e perene o problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais, de modo especial em face do ainda não superado fosso entre ricos e pobres (Sarlet, 2001). Salientando-se a esse respeito, que, no que diz com os reflexos para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, o abismo da diferença econômica não se refere apenas a divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também as gritantes diferenças econômicas entre a classe alta e baixa, como resultado da injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento (Hobsbawn, 1996).

A efetividade das normas de direitos fundamentais passou a ser uma preocupação constante dos estudiosos e aplicadores da lei, assim como a interpretação constitucional tem ganhado atenção especial em distinção aos direitos fundamentais.

A questão que se coloca em relação à efetivação dos direitos fundamentais não se refere à sua “mera” violação, ou não fruição pelo sujeito do direito, o que já seria motivo suficiente para fundamentar as discussões filosóficas, sociológicas, jurídicas e políticas em torno do tema. Estamos diante de questões de natureza complexa que ultrapassam a esfera individual e repercutem, negativamente, na coletividade e na forma de condução, controle e limites do Poder.

Em relação à efetivação dos direitos fundamentais, Moraes (2014, p. 29):

O Direito, principal meio criado pelo homem para assegurar a convivência pacífica, sofre, na atualidade, uma profunda e crescente crise. O abismo entre teoria e realidade, a defasagem entre a norma e sua efetiva aplicação são cada vez maiores, pois quanto maior é a teorização sobre o Direito, mais este se afasta da realidade que pretende regular; contrariamente, enquanto maior é a dose de praticidade outorgada, mais ilegítimo ele se torna. É evidente que esta crise do Direito, afirma Ferrajoli (1994, p. 120), apresenta o risco de se converter em uma crise da democracia, na medida em que traduz na violação do princípio de legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, princípio no qual se encontram fundados tanto a soberania popular como o paradigma do Estado de Direito, originando formas neoabsolutistas de Poder Público, carentes de limites e de controle e violadores dos direitos humanos.

Pode-se asseverar que Ferrajoli (1994), elucida a grande questão que envolve a efetividade dos direitos no sistema democrático. A crise dos direitos consolidados em normas que, apesar de obrigatórias, não garantem efetividade, ressaltam a lacuna

do sistema normativo e político, fator que torna o sistema de direitos desacreditado em razão da falta de conformidade entre teoria e prática. Por consequência, desacredita a democracia, pois um Estado de Direito, sem direitos efetivos não mantém limites e controles ao governo, circunstância imprescindível à realização do espírito democrático. Nesse aspecto, direitos efetivos e democracia fazem parte do enredo que compõem o Estado democrático de direito. Direitos dos cidadãos e limites ao poder constituem o pano de fundo para a realização desse Estado, que não é mais visto como um ente dotado de poder, cujos cidadãos são submissos, mas um ente cuja ação de governar se pauta em normas e é limitado e controlado pela soberania e pelos direitos dos cidadãos (Pena; Oliveira, 2017).

Como nos ensina o jurista, os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Positivamente não se considera um Estado democrático sem os denominados direitos fundamentais, base para todos os demais direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. É na garantia dos direitos fundamentais que se deve colocar o reduto antropológico do Estado de Direito (Canotilho, 2003).

Nesta mesma linha de pensamento entende Sarlet (2001, p. 105)

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da forma de definição de Estado, do sistema de governo e da forma de poder, a essência do Estado constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear da constituição material. [...] o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.

O “Estado de Direito” pressupõe limitação da atuação do Estado, ou seja, o Estado também se submete ao direito e esse é conformado a partir da Constituição, que lhe dá força e vida para que dela emanam todas as normas que regeram a vida em sociedade.

No Brasil, esses direitos, especialmente a moradia, têm aplicação pela carta magna no seu art. 5º, parágrafo 1º, são cláusulas pétreas - art. 60, parágrafo 4º, IV e possuem hierarquia constitucional. Na visão de Sarlet (2010) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes artigos, ainda que não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Mesmo assim, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.

A criação e execução das políticas públicas tem como objetivo a materialização da vontade constitucional, promovendo os direitos decorrentes da vontade do constituinte (Grau, 2008).

A Constituição de 1988 em seu preâmbulo declara:

Nós representantes do povo brasileiro, reunimos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988).

Destaca-se a expressão “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, pois estes são os princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988. Com base nestes princípios constitucionais, desenvolvem-se, então, os demais princípios fundamentais, o legislador constituinte elegeu a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como alguns desses princípios fundamentais (Pereira, 2001).

Significa dizer que os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses deveres superiores do Estado inscrito no texto constitucional e que, em tese, devem coincidir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida a ser exercidos ao lado dos interesses gerais, procurando com estes não entrar em conflito (Leal, 1998).

Os direitos sociais, no que se refere aos direitos fundamentais da pessoa, são ações positivas estatais, enunciadas em normas de caráter constitucional, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Baseado nas questões direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, Novais (2018) assevera que existe uma relação estreita entre dignidade e direitos fundamentais, posto que, a dignidade da pessoa humana é naturalmente tida como fundamento dos direitos fundamentais. Nesse viés discorre a discussão posterior.

Ainda conforme Sarlet (2011, p. 21), analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade humana é entendida como uma qualidade de cada ser humano, que o protege contra tratamento degradante e contra discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Ao Estado são impostos dois deveres a fim de proteger a dignidade da pessoa humana: o dever de respeito, relacionado com a limitação de ação dos poderes públicos e o dever de garantia, que se relaciona com a obrigação de fornecer condições materiais que possibilitem a efetiva dignidade (Garcia, 2015).

Diversos instrumentos internacionais reconhecem o direito à moradia como necessário para a existência humana com dignidade. O art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos têm direito a um padrão de vida que seja capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, o vestuário e a moradia (ONU, 1948). Igual reconhecimento é realizado pelos Estados Partes no art. 11 do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas, promulgado no Brasil através do Decreto nº 591 de 1992 (Brasil, 2019).

Ainda conforme Sarlet (2011, p. 21), analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A fundamentação da dignidade não está baseada no abstrato e nem independente da norma constitucional da dignidade. A dignidade humana é entendida como uma qualidade de cada ser humano, que o protege contra tratamento degradante e contra discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Ao Estado são impostos dois deveres a fim de proteger a dignidade da pessoa humana: o dever de respeito, relacionado com a limitação de

ação dos poderes públicos e; o dever de garantia, que se relaciona com a obrigação de fornecer condições materiais que possibilitem a efetiva dignidade (Garcia, 2015).

Como pontua Novais (2018), a dignidade enquanto princípio constitucional pode desempenhar um papel próprio e relevante, no controle da constitucionalidade das restrições do poder público, mas só pode realizar apropriadamente se vier revestida de um conteúdo normativo autônomo. Este deve ter em conta que, em Estado de Direito social ele não se consubstancia exclusivamente como garantia de defesa, mas constitui igualmente proteção da pessoa humana contra todas as intervenções, advindas de particulares ou de outras entidades.

A dignidade humana como fundamento para a obtenção de liberdade, justiça e paz no mundo, são os pressupostos no direito internacional, em especial expressado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que prevê, em seu primeiro artigo, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade”, essa declaração expressa a importância da proteção da dignidade humana, em que pese que todos devem agir em relação aos outros em espírito de fraternidade (ONU, 1948).

Outrossim, nos artigos I ao XXI, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ementa os chamados direitos políticos e liberdades civis; nos artigos XII a XXVII tem-se os direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos à vida e à integridade física, à igualdade, à propriedade, à liberdade de pensamento, de consciência e religião, à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião estão no predicamento da dignidade (ONU, 1948).

Cabe considerar que a Constituição reconhece os direitos fundamentais como objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana, como tal esses direitos realizam-se por meio da previsão e proteção da existência e da atividade humana. Nessa presunção, os direitos fundamentais, apesar de se apresentarem como aspectos da dimensão humana, correspondentes a valores diversos e distintos, como liberdade, igualdade, integridade e vida, reclamam uma coesão que não é obtida pelo estabelecimento de prioridades, mas sim encontrada e construída dialeticamente, em referência o princípio da dignidade da pessoa humana (Andrade, 2004).

O princípio da dignidade da pessoa humana é cada vez mais efetivado no cotidiano dos países que se autodenominam democráticos. Deixou de ser apenas um mandamento moral para ganhar a força coercitiva do Direito. Na ordem jurídica brasileira, por exemplo, ele foi estabelecido como fundamento do Estado Democrático

de Direito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (Weyne, 2016). O que outorga a estes um papel basilar e de preponderância para que o princípio democrático se realize.

A Constituição brasileira possui uma supremacia formal, material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e a normatividade de seus princípios (Andrade, 2014). Segundo Barroso (2010, p. 189), esse fenômeno denomina-se filtragem constitucional, “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”.

Ainda Barroso (2010, p. 189), explica a que:

A Constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do Direito Civil, a constitucionalização teve como uma de suas consequências a elevação dos valores existenciais em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

Essa constitucionalização do Direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. No campo teórico a mudança está no fato de a Constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional (Andrade, 2014).

Na ideia de Canotilho (2003), a constitucionalização protege os direitos fundamentais, determinando que tais direitos devem ser interpretados com normas jurídicas vinculantes, e não como termo ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito.

A fundamentação da dignidade não está baseada no abstrato e nem independente da norma constitucional da dignidade da pessoa humana; e sim organizada na Constituição de Estado de Direito. No sentido de justiça se fundamenta o desenvolvimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o conteúdo a ele atribuído, desenvolvendo natureza, conteúdo e efeitos jurídicos próprios (Novais, 2018).

Preleciona Piovesan o quão importante é a preocupação da Constituição em afirmar a relevância da dignidade e do bem-estar da pessoa humana como indispensáveis para se buscar a justiça social (Piovesan, 2008). Esta que, no que lhe concerne, o art. 3º Constituição (1988) estabelece como objetivos fundamentais do

Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

A administração pública se encontra vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde possui o dever de protegê-la e respeitá-la, ora, isso fica facilmente visto quando o Estado tem por obrigação abster-se de interferências da vida pessoal do cidadão que sejam contrárias à dignidade pessoal, mas que tem o dever de proteger a dignidade pessoal de todos de ingerências ou agressões oriundas de terceiros e do próprio Estado (Sarlet, 2001).

Segundo Bobbio (2004) assevera que esse aumento dos direitos humanos, teve como causa três fatores fundamentais: I – o aumento de bens jurídicos tutelados, com a intervenção direta do Estado para garantir a transição de direitos de liberdade para os políticos e sociais; II – a ampliação da titularidade de certos direitos, que passam da proteção apenas do sujeito singular para proteger também grupos de indivíduos, como os direitos étnicos e III – a especificação de categorias de tratamento do ser humano, quando deixa-se de olhar apenas o homem genérico para a observação de critérios de singularização, considerando o contexto pessoal do sujeito de direitos.

Diante do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado possui dois deveres: o primeiro é o dever de impor limites à atuação dos poderes públicos para que não venham a ferir a dignidade das pessoas através de atos abusivos. O segundo dever é o de garantir a dignidade, promovendo as condições necessárias para a sua concretização (Santos, 2019).

Portanto, o valor da dignidade humana, estabelecido como princípio fundamental na Carta Magna brasileira (Art, 1º, III), impõem-se como valor central de todo o nosso ordenamento jurídico (Ramos, 2017), referido por Silva (2001), o epicentro axiológico do nosso ordenamento constitucional, imprescindível para as decisões jurídicas para o aplicador da lei.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros

objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro (Farias, 1996).

Entretanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos leva a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo *versus* Estado, privilegie-se sempre aquele. De fato, a ideia adotada, denominada personalista, busca a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor. A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "*homo clausus*", ou o "*antropologicun fixo*". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática" (Canotilho, 2003).

Assim, prediz, que a pessoa é um *minimun* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto; porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

3.2 O Princípio Constitucional da Solidariedade

As ciências sociais estão sempre produzindo conhecimentos e interpretações conceituais que crescem um capital descontínuo de interpretações parciais, algumas até contraditórias e estranhas umas às outras, mas que são significantes para o conhecimento científico. Por isso a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de se alcançar um conceito absoluto de solidariedade entre tantos outros, os quais não retiram a importância de se estudar os diversos modelos conceituais que são produzidos, já que são capazes de propor uma alteração da realidade. Trazer o conceito de princípio da solidariedade exige uma avaliação em diversos aspectos, sociológicos, históricos e argumentos jurídicos.

Derivada do verbete grego '*in solidum obligari*' e '*in solidum teneri*', no direito romano, a palavra solidariedade era utilizada para definir mais de um sujeito na mesma obrigação e esses sujeitos eram responsáveis, em parte ou no todo, por determinada dívida. Era a chamada obrigação solidária e exigia, como requisitos, pluralidade de sujeitos, identidade do objeto e unidade do ato (Diniz, 2008).

O início do século XX, portanto, é marcado pela crise no pós I Guerra Mundial e a consequente fixação de direitos sociais. Acrescentou-se o elemento "social" ao Estado de Direito, não se tratando de uma exclusão de direitos de diferentes gerações/dimensões ou matrizes ideológicas, mas de uma soma de direitos com diferentes tipos de atuação estatal com o objetivo de evitar o colapso do Estado e tentar manter, à sua maneira, a ordem social. Afinal, não há como se falar em direitos de abstenção e atuação do Estado, senão no contexto do Estado de Direito, por isso Estado Social de Direito (Gordillo, 1977).

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.

Ao longo de todo o desenvolvimento político da humanidade, o significado da solidariedade variou como um pêndulo, ora considerando-a uma função essencial na preservação da vida em sociedade e na formação do próprio Direito, outras vezes é considerada apenas um elemento secundário, separa-o da lei e preserva sua reduzida influência perante o Estado e a sociedade.

Já na Grécia antiga, Platão expressava a sociedade predisposta para a generalidade contrapondo o individualismo, eis uma fala de Sócrates: "Sócrates: _ Nossos cidadãos participarão, pois, em comum dos interesses de cada pessoa particular, interesses que considerarão como seus próprios, e, em virtude desta união, todos participarão das mesmas alegrias e das mesmas dores". Percebe-se que Platão indicava aqui o caminho da solidariedade, como forma de assegurar uma convivência social justa e harmoniosa (Avelino, 2005, p. 234).

Prediz Aristóteles, a primeira ideia de solidariedade, ainda que conceitualmente subjetiva, em sua concepção de amizade, esta seria capaz de manter as cidades

unidas. Aristóteles, todavia, não se despercebe da pessoa, enxergando na vida em sociedade algo mais do que mera imposição natural, conjunta uma finalidade à vida em coletividade ao enxergar na convivência coletiva uma forma de cada integrante do grupo social poder viver melhor (Aristóteles, 2016).

Em sua obra “De la Division du Travail Social”, Durkheim buscou elucidar que a existência de uma sociedade, bem como a própria coesão social, está baseada no grau de senso comum gerado entre as pessoas. Esse senso comum gerado ele chamou de solidariedade (Durkheim, 1999).

Para o sociólogo francês Durkheim, também a “pessoa há de se sacrificar, em certa parcela de sua liberalidade, em nome do todo. Há de agir em prol do Estado, da sociedade, do todo, pois é da sociedade que ele, pessoa, provém, e não o inverso” (Avelino, 2005). Durkheim (2016) já via na lei, entendida em sentido geral como regra de conduta sancionada, o símbolo visível da solidariedade social, que foi replicado em suas normas jurídicas. Embora a tese do sociólogo fosse basicamente analítica, seu fardo significativo não era apenas epistemológico, e ele mesmo enfatizou que a tarefa das sociedades avançadas residia na introdução de maior equidade nas relações sociais. Não à toa, de forma hodierna, haverá uma leitura substancial da tese. Se todos os direitos são de uma forma ou de outra solidariedade, pode-se dizer que não existe sociedade sem solidariedade (Herrera, 2013).

Afirmando Durkheim (2016), que a sociedade social se dá pela consciência coletiva, sendo esta a responsável pela ligação entre as pessoas, o tamanho ou a intensidade dessa consciência coletiva é o parâmetro de ligação entre as pessoas, segundo a finalidade de organização de cada sociedade. Nessa forma pode-se atentar para dois tipos de solidariedade social, uma do tipo mecânica e outra orgânica.

A solidariedade mecânica descreve Durkheim (2016), que uma sociedade vai além da soma das pessoas (suas consciências individuais), ela se constitui na consciência coletiva. Ela está presente em sociedades que são primitivas ou pré-capitalistas, consideradas mais “simples” como, por exemplo, as tribos indígenas. Quanto mais a força da consciência coletiva aumenta, mais intensa é a solidariedade mecânica. Essa sociedade possui a presença de um sentimento comum de pertencimento, seja por uma nação, religião ou família, que é então encontrado em todas as consciências individuais. As vontades e desejos de uma pessoa são também as vontades e desejos de toda a sociedade, fazendo com que haja mais coesão e harmonia social.

Outrossim, a pessoa está ligada diretamente à sociedade e consequentemente a maior parte de sua existência é orientada pelos imperativos e proibições sociais que vêm da consciência coletiva. Então o ato que rompe com o que foi estabelecido pela consciência coletiva se constitui em um crime, em que a pena se dá em consequência do ato praticado. A punição é feita através de um Direito Repressivo (que possui somente essa finalidade), pois há regras estabelecidas (mesmo que não estejam na forma escrita) e que são de aceitação geral. A punição de um crime mostra a força da consciência coletiva sobre a individualidade.

Uma característica fundamental da solidariedade mecânica é que nas sociedades mais “simples” há uma pouca divisão do trabalho, isto é, uma só pessoa pode realizar todo o trabalho, há uma menor quantidade de especialização da mão de obra. Como exemplo dessa solidariedade mecânica, os Amish's, que vivem nos EUA, vivem de acordo com as suas próprias regras, obedecendo a suas próprias leis e sendo punidos por eles mesmos.

Segundo Durkheim (2016), a solidariedade orgânica é a do tipo que predomina nas sociedades ditas “modernas” ou “complexas” do ponto de vista da maior diferenciação individual e social (o conceito deve ser aplicado às sociedades capitalistas). Além de não compartilharem dos mesmos valores e crenças sociais, os interesses individuais são bastante distintos e a consciência de cada pessoa é mais acentuada. A divisão econômica do trabalho social é mais desenvolvida e complexa e se expressa nas diferentes profissões e variedade das atividades industriais. Durkheim emprega alguns conceitos das ciências naturais, em particular da biologia (muito em uso na época em que ele começou seus estudos sociológicos) com objetivo de fazer uma comparação entre a diferenciação crescente sobre a qual se assenta a solidariedade orgânica.

Durkheim (2016) concebe as sociedades complexas como grandes organismos vivos, onde os órgãos são diferentes entre si (que neste caso corresponde à divisão do trabalho), mas todos dependem um do outro para o bom funcionamento do ser vivo. A crescente divisão social do trabalho faz aumentar também o grau de interdependência entre as pessoas. Para garantir a coesão social, portanto, onde predomina a solidariedade orgânica, a coesão social não está assentada em crenças e valores sociais, religiosos, na tradição ou nos costumes compartilhados, mas nos códigos e regras de conduta que estabelecem direitos e deveres e se expressam em normas jurídicas: isto é, o Direito.

Um exemplo de solidariedade orgânica é a atual sociedade capitalista, tida como complexa, onde a divisão do trabalho é extensa, cada pessoa possui uma função específica, fazendo assim com que as pessoas dependam um dos outros, aqui o individualismo é grande, as pessoas possuem crenças diferentes das outras, e conforme Durkheim (2016), o que segura a coesão social nessa sociedade complexa, é as pessoas dependerem dos outros, cada um possuir uma função única. É preciso ter os responsáveis por plantar, outros para distribuir aos mercados, é preciso que um saiba construir, é preciso que uns se especializem na medicina, outros na educação, é preciso que cada um compreenda que são muito importantes enquanto membro da sociedade.

Na raiz etimológica da palavra solidariedade em hebraico “*tzedaká*” significa justiça; a origem latina por sua vez remete a solidez, formam uma conceituação de solidariedade que tem por fim a união da sociedade (solidez) por meio da justiça na repartição dos bens e direitos. Mais claramente, a solidariedade pode ser definida como identificação, que se traduz numa atitude de ver-se nas outras pessoas, como valiosas devido à sua condição humana. Vendo-se nos outros, a pessoa solidária não pode aceitar situações que violem a sua dignidade humana, porque negam a condição humana da pessoa (Bergoglio, 2013).

Ainda conforme o autor, a Solidariedade é união com os outros, proximidade e harmonia com a comunidade e a sociedade. Então o ato de solidariedade aparece como um ato justo para fornecer a ajuda material e espiritual que todos necessitam para gozar da dignidade humana; criar uma cultura de pontes, de mãos estendidas e de busca conjunta como pessoas com filosofias diferentes; são respeitadas, mas perspectivas diferentes, como pessoas (Bergoglio, 2013).

De acordo com o cristianismo, a solidariedade deveria ser entendida como amor ao próximo, incluídos os inimigos e estranhos. Logo, havia um dever de cooperação, decorrente da própria coexistência, que implicava em uma obrigação moral, visando atender aos interesses comuns, baseado na ideia de reciprocidade. Assim, o cristianismo universalizou a ideia de solidariedade, como caridade, o amor divino, indispensável a qualquer cristão (Cardoso, 2013).

No conceito de Avelino (2005, p. 234):

o atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante o respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-

realizar, por meio da ajuda ao próximo. Há, então, uma dupla dimensão na solidariedade, uma subjetiva e outra objetiva.

Nas considerações conceituais de Reis e Konrad (2015), que classificam a solidariedade sob três enfoques distintos: valor moral, valor ético e valor jurídico.

O conceito de solidariedade é muito amplo. Entretanto, para facilitar o entendimento, pode-se dividi-lo sob alguns enfoques, quais sejam: valor moral, valor ético e valor jurídico. Sob aspecto moral, a solidariedade é entendida como generosidade, bondade e compaixão, intimamente ligada à ideia de caridade proveniente do cristianismo. Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro, como dever de responsabilidade para com o outro sob uma perspectiva de alteridade. Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo a respeito a todas as partes de um todo social (Reis; Konrad, 2015, p. 79).

Nas considerações de Comparato (2006), formando o topo do sistema de princípios éticos, em razão de complementar e aperfeiçoar a liberdade e a igualdade, a solidariedade tem por características reunir as pessoas na perspectiva do bem comum. No mesmo íterim, apontado por Moraes (2009), um fato social que dá razão a existência do ser humano no mundo, com virtude ética para que uma pessoa reconheça na outra um valor absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão ao outro, a si mesmo e à sociedade.

Conforme ministra de Höffe (2005), podem-se distinguir três tipos de solidariedade, conforme o tipo de acontecimento compartilhado coletivamente: solidariedade cooperativa, que busca reduzir ou eliminar riscos individuais previsíveis e passíveis de serem debelados coletivamente, tais como doença, acidente, desemprego, perda de renda por falecimento de um familiar. Segundo o autor, a atuação solidária preordenada pelo grupo justifica-se por ser previsível o risco, mas não quem o sofrerá ou em que intensidade ele ocorrerá; solidariedade antagonística, que é exercida por um grupo com interesses coletivos em comum, contra coletividades concorrentes. Como exemplo, temos a defesa da pátria contra forças estrangeiras; solidariedade contingente, que se destina à superação de eventos coletivos imprevisíveis. A título exemplificativo, cita-se a ocorrência de desabamentos naturais ou de enchentes, eventos que usualmente mobilizam grande número de pessoas voltadas a prestar auxílio laboral ou econômico às pessoas atingidas.

Nos leciona Maritain (2018), o objetivo essencial da educação é de formar a

pessoa a levar uma vida útil e devotada à comunidade, ou seja, guiar o desenvolvimento da pessoa humana para a esfera social, despertando e afirmando o sentido de sua liberdade, da solidariedade, de seus deveres e de sua responsabilidade.

Ainda que se considere o princípio Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução Francesa, constata-se que o liberalismo em especial o constitucionalismo liberal, não se curvaram a ideia de fraternidade e, por conseguinte a ideia de solidariedade só veio a ser considerada na fase do constitucionalismo social, com a inclusão de preceitos definidores de direitos fundamentais sociais as normas constitucionais.

Essa perspectiva histórica permitiu concluir que a própria experiência humana faz a pessoa naturalmente se afastar do individualismo, mas existem outras variáveis relacionadas ao pessoa, intrínsecos originados dentro do pessoa, mais especificamente, decorrem de sua vontade não sendo errado afirmar tratar-se de predisposição do espírito humano para agir em prol de seu semelhante (Maritain, 2018) e extrínsecos, a vida em sociedade como necessidade humana, do conceito de solidariedade que merecem ser revistas para perceber que são contrárias ao individualismo (Avelino, 2005).

No Estado clássico de orientação liberal, a solidariedade não é determinada como um princípio básico de atuação estatal. Ainda que não chegue a ser desestimulada, a liberdade é tomada como valor mais importante parecendo que a solidariedade é vista como preocupação da sociedade civil e não do Estado. No moderno Estado social, não se tem a mera pretensão de se garantir a liberdade, mas também de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade. Daí a intenção de que a solidariedade deixa de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade. O Estado Social não quer ser neutro e propõe-se a corrigir as desigualdades, posicionando-se como protetor do mais fraco. A solidariedade surge como justificadora dessa intenção (Rosso, 2008).

Contudo, definir solidariedade nessa interrogação específica, talvez seja intangível e de difícil elucidação. Já demonstra o pensamento do sociólogo epistemólogo francês Passeron (1995), a própria dificuldade de conceituar e nomear está enquadrado dentro da complicada tarefa de se atingir a universalidade do conceito dentro das ciências sociais, afirmando que, para construção do modelo científico, principalmente semântico, é essencial fechar o contexto de todas as

abordagens que compõem o objeto, inclusive dentro do marco histórico, tornando possível a análise do objeto.

Também constituem projetos muito próximos, quase interligados, solidariedade, democracia e socialismo não se podendo entender uma sociedade como solidária que não se constitua sob o regime democrático ou onde parem grandes desigualdades. A solidariedade não prescinde do desejo de liberdade (preocupação individualista também acatada pela Constituição), mas indubitavelmente, a busca da igualdade é seu maior propósito (Rosso, 2008).

A solidariedade em termos legais, diz respeito à condição de grupo em quem presta serviço solidário e os beneficiários têm papéis potencialmente reversíveis e intercambiáveis e não intercambiáveis eles têm uma relação direta, mas mediada pelas instituições. A solidariedade garantiria igualdade no gozo dos direitos fundamentais.

Prelecione Pérez (1987) a solidariedade constitui as diferentes partes de um todo e os diferentes seres que constituem uma agrupação conjunta. Na interpretação jurídica, solidariedade equivale à conjunção de esforços humanos, que concorrem a um fim comum político, social, econômico etc. e ao acordo das pessoas reunidas expressamente para obter referida finalidade em um dado momento. Representa, pois a solidariedade a ideia de união, adesão, concórdia, conformidade, das pessoas, forças e coisas para alcançar um determinado objetivo.

Lecione Canotilho (2002), a partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos da pessoa reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o atuar ativo de cada um e transportam uma dimensão coletiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos. Por vezes, estes direitos são chamados direitos de quarta geração.

Em relação ao Direito Privado na atualidade, ao tratar de solidariedade como cânone, está se positivando que este contexto do direito também possui uma finalidade a atingir, presumindo, então, um ato de escolha, assim, uma meta conscientemente estabelecida, visto que a solidariedade, no caminho da ideologia, é

a representação da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, motivando a Carta Magna de 1988 a decretar que devemos nos ajudar mutuamente, conservando a nossa humanidade, em razão de que construir uma sociedade justa e solidária é de responsabilidade de todos, sem exceção (Moraes, 2009).

Este mesmo núcleo da ideia de solidariedade está instalado no cerne da Constituição Federal do Brasil de 1988, como um objetivo fundamental, previsto no Título I – Dos Princípios Fundamentais, inciso I, artigo 3º, está o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Brasil, 1988).

Assim, pode-se dizer que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da Constituição brasileira “constituir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário ela expressa um princípio jurídico, que apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotada de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como valor interpretativo da ordem jurídica como um todo (Sarmiento, 2006).

Contudo, o princípio encontra-se subentendido em toda a Constituição, servindo não apenas como mecanismo de interpretação ou reafirmação de outros princípios, mas também como fundamento da própria ordem constitucional (Rosso, 2008).

Diante disso, tem-se que a norma expressa no inc. I do art. 3º da Carta Federal carrega a essência jurídica das ações estatais e privadas. Em outras palavras, o dito dispositivo constitucional anuncia uma das finalidades para as quais o Estado Democrático de Direito foi criado – criação de uma sociedade livre, justa e solidária (Silva, 2006).

A importância da solidariedade ao ser transposto da sociologia para o direito, passou a ostentar a qualidade de uma norma, que no caso é constitucional. É irrefutável a constatação de que o dispositivo acima destacado expressa um comando, uma ordem voltada para a nação brasileira no sentido de que, devemos pautar nossas ações, atentando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A norma elucidada determina uma direção a seguir, portanto, indiscutível o caráter orientativo da norma constitucional em questão. Trata-se de um estado ideal a ser atingido, uma finalidade a ser alcançada pela sociedade brasileira (Silva, 2006).

Nesse ínterim, a constatação, em termos jurídicos, de que a solidariedade mencionada no referido enunciado constitucional é uma norma finalística e reveste-se

de conteúdo jurídico essencial e de alto grau de abstração, permite concluir que o valor solidariedade, conforme estudado, possui a natureza jurídica de princípio (Silva, 2006).

Necessário é, então, repensar-se na busca da Sociedade Democrática, que caminha a humanidade, a partir da implementação de novos paradigmas baseados essencialmente no ideal solidário, já preconizado na Revolução Francesa, de modo que se possa finalmente atingir o equilíbrio dos três postulados trazidos por esta: liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade (Cruz, 2000).

Hoje diante da sociedade vulnerável o Estado precisa estar alinhado na formação de uma concepção baseada no Princípio da Solidariedade de modo que se possa preservar o Estado Democrático de Direito, engajado, inclusive, pelo ordenamento constitucional brasileiro, considerando todas as necessidades latentes geradas pela evolução da pessoa.

A base do projeto da solidariedade é a dignidade da pessoa humana, descrito nos princípios constitucionais fundamentais, que não somente se concretizam por meio de normas que indiretamente afrontam as desigualdades sociais, mas também, através de recursos com fins específicos.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mudou a visão do princípio da dignidade humana, contudo o bem-estar e a justiça social saíram da teoria para se tornarem preditivos nas instituições da sociedade contemporânea. Assim, modernizou o conceito de democracia que passou a ser social (sendo que o maior problema da sociedade atual está na injustiça social, com a marginalização e a fome), participativa (quem deve atuar na democracia é o povo) e pluralista (com respeito a opinião do outro) (Piovesan, 2004).

Esse reconhecimento da dignidade como direito inerente a todas as pessoas, fundamentado na Declaração de 1948, surgiu a noção de Estado social da atualidade que por seu lado implicou, a ideia de cooperativismo universal, voltado ao progresso pleno da humanidade; no valor da solidariedade, que faz com que a economia, o direito e as ciências cumpram seus fins sociais e, que a sociedade adote uma atitude respeitando o ser humano em sua existência e dignidade (Montoro, 1999).

O princípio da solidariedade, antes de ser princípio, orienta o Direito num sentido de valor, revelando que o reconhecimento da dignidade é uma forma de preservação da vida e da liberdade com igualdade, e desta lógica, preceitos como

justiça, ética e valor da pessoa humana, formam a base fundamental para que o Direito se transforme de fato, em fator de transformação social (Cardoso, 2013).

Os princípios conduzem o Direito ao espírito da ética social, e isso somente se torna possível a partir do momento em que os benefícios da sociedade estejam ao alcance de todos, sem exceção. Neste contexto, que o valor da solidariedade e sua observância obrigatória pelos particulares, mediante princípio constitucional implícito, ingressa no sistema jurídico como fator de promoção da dignidade humana mediante preceitos de justiça social, pois, na medida que reconhece a solidariedade entre os homens, em termos existenciais, não pode o Direito, servir para legitimar o domínio do egoísmo individual sobre a finalidade altruística da sociedade (Cardoso, 2013).

Para Torres (2005), a solidariedade é, a um só tempo, valor e princípio. Entretanto, ao ingressar na esfera jurídica, o valor moral sofre, obviamente, algumas adequações: não é mais um mero sentimento íntimo ou uma regra moral. Por isso, nesse estágio, torna-se irrelevante se a pessoa, a quem também é destinada a norma constitucional, está de acordo ou não com ela.

No pensamento de Sarmiento (2008), o Direito não tem como penetrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Todavia, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou sentir de determinada forma, ele pode sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas.

Predizendo Reale (2012), a dignidade constitui o “valor-fonte” de todo o sistema jurídico, regulador da vida em sociedade, então, o princípio da solidariedade e sua vinculação aos particulares funciona como a restauração dos fins sociais em meio as distorções causadas pela própria sociedade, indicando o caminho a ser seguido para que o direito se torne um instrumento de valorização da pessoa como algo absoluto.

No que se relaciona ao princípio da solidariedade, o mesmo exsurge para a sociedade como a razão do que ela é construída, pois, aquilo que corresponde ao seu objetivo, essência e espírito, destacando, neste íterim, que por conta dos princípios não estarem presentes não apenas nas coisas, mas também nas nossas ações, sua função é conduzir o comportamento do particular a um fim desejado, qual seja, de assumirem sua responsabilidade social, contribuindo para a formação do Estado de bem-estar social e democrático (Cunha, 2006).

A modificação da perspectiva imposta pela Constituição de 1988 e uma consequente necessidade de adaptação do Direito, implicou a necessidade de

direcionar o comportamento humano em defesa da solidariedade, nessa direção é que se impõe a valorização do caráter normativo da Constituição, assegurando aos seus preceitos eficácia, jurídica e social, vertical e horizontal, assim no campo real e concreto, da superação das estruturas anacrônicas da opressão política social, o drama jurídico das Constituições contemporâneas é justamente a dificuldade de passar da esfera abstrata da declaração de princípios a ordem concreta das normas a ser cumprida.

O princípio constitucional da solidariedade é princípio expresso nos termos do art. 3º, inc. I, da Constituição, o qual preceitua:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Está norma do art. 3º, inciso I, da Constituição do Brasil, carrega a essência jurídica das ações estatais e privadas e o citado dispositivo anuncia uma das finalidades para qual o Estado Democrático e Social de Direito foi criado (Cardoso, 2013).

Uma das principais características do Estado Democrático é seu comprometimento prioritário não com o Estado e o poder instituído constitucionalmente, mas com os direitos fundamentais, a justificativa primeira e última de um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático e solidário (Guerra Filho, 2005).

Tais objetivos são ações que devem ser almejadas e efetivadas pelos entes da federação para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que seja capaz de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Concorda-se com o Juiz Federal Narciso Leandro Xavier Baez (2010), no sentido de que esses objetivos são normas constitucionais de eficácia plena, tendo força vinculativa desde a promulgação da Carta, não dependendo de qualquer norma infraconstitucional para sua aplicação. De fato, não por acaso o princípio da solidariedade restou situado no título dos princípios fundamentais, formando a base

axiológica do ordenamento jurídico, com a finalidade de nortear os atos perpetrados pelo Estado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, qualquer ato que esteja em desacordo com esses objetivos fundamentais viola o art. 3º da Lei Fundamental. A força vinculativa dessa norma é desde a promulgação da Carta Magna.

Como ensina Konrad Hesse (1991), o Direito Constitucional precisa dar o máximo de eficácia na interpretação do texto constitucional, como meio de despertar e preservar a vontade da Constituição. Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando assim o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.

Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, torna imperiosa a assunção de uma nova visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado (Hesse, 1991).

Todavia, no campo do Direito ou do mundo jurídico, o vocábulo solidário como qualidade ou adjetivo da sociedade brasileira que o Estado Constituição Federal de 1988, não pode ser concebido como uma proposta ou meta a ser atingida, mas sim como fato concreto a ser materializado nos atos dos Poderes Públicos. De fato, a dicção constitucional, inexistente nos textos, gize-se, obrou com equívoco ao incluir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como sendo um dos objetivos que fundamenta o Estado brasileiro (Piñeiro Filho, 2018).

Comentando o art. 3º, inc. I, da Constituição Federal, José Francisco Cunha Ferraz Filho (2012) refere que a solidariedade é o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas e povos. Há que notar que solidariedade não é coercitiva, pois, ao contrário, tem como pressuposto necessário a liberdade. Salienta ainda que a cooperação na sociedade deve partir de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política.

O Ministro Eros Grau (2006), ao comentar o art. 3º, inc. I, da Constituição Federal ensina que sociedade solidária é aquela que não minimiza os homens entre si: Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações e não apenas enquanto liberdade formal, mas, sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular ou

co-titular, ao menos paralelamente, a pessoa - a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza justiça social, sobre cujo significado adiante me deterei.

No comentário de Medina (2014, p. 50), do Art. 3º, inc. I, refere a solidariedade, o constitucionalismo fraternal:

O Estado em todos os níveis de dimensões, existe para servir a sociedade, e não a si mesmo. O Estado deve atuar com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A solidariedade é característica que deve dizer respeito não apenas aos entes que compõe a sociedade, como algo a ser fomentado externamente pelo Estado. O próprio Estado é participante dessa relação. Assim, o Estado é “solidário”, se tem interesse na sociedade, pois solidariedade significa, essencialmente, impor-se com o outro. Esse, pois é o sentido, como motivo da existência do Estado e rumo a ser seguido pelos seus órgãos. Faltando solidariedade, restará ao Estado apenas a forma estrutural, desvinculado do serviço que lhe dá sentido, que é cuidar dos interesses do povo.

Portanto, não basta dizer que o princípio está positivamente estabelecido na Constituição Federal. É preciso que, como todas as prescrições jurídicas, tenha vida como direito material, que tal princípio esteja verdadeiramente presente em nível infraconstitucional e que seja observado não só na atuação do poder público como na ação do homem comum (Barroso, 1992).

Segundo Machado (2006, p. 128):

[...] o princípio fundamental da solidariedade impõe uma política de solidariedade social, a ser exercida por meio de políticas públicas, orientadoras, segundo esse princípio básico e estruturante da solidariedade social, não só de toda a atividade legislativa, administrativa e judiciária, como também das atividades sociais privadas que a essas políticas devem se submeter, permitindo a imposição desse princípio constitucional, em qualquer caso em que se verifique a sua negação evidenciadas em atos comissivos ou omissivos.

Solidária a sociedade que não conflitua os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft*: a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Canotilho (2006) também ressalta a importância de o hermenauta constitucional estar atento aos problemas de seu tempo, entre eles a solidariedade intergeracional, destacando que: Por último não se deve esquecer que a constituição não é apenas um “texto jurídico”, mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de constituição deve estar aberta

aos temas do futuro como o problema da responsabilidade e solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego, o problema da ciência e técnica e das suas refrações na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder político, o problema da droga e do seu potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica nuns casos e da explosão demográfica noutros.

Desse modo, entende-se que a melhor hermenêutica constitucional recomenda que seja atribuída eficácia plena ao princípio da solidariedade, inscrito em nossa Constituição no art. 3º, inc. I.

De efeito, é no Capítulo II, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), intitulado “Dos Direitos Sociais”, que a O caput do art. 6º expressa que a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados, são assegurados como direitos sociais, e é justamente no Título VIII, que trata da “Ordem Social”, que são estabelecidas as bases principiológicas a ser seguidas, cogentemente, por aqueles que se encontram obrigados a estabelecer e implementar políticas direcionadas aos mais necessitados como forma de atender à exigência do fundamento constitucional da solidariedade, aqui também considerado ato de fraternidade (Piñeiro Filho, 2018).

Todavia, em outros momentos a Constituição faz referência ao princípio da solidariedade, como é o caso do art. 40, que assegura regime de previdência de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos das pessoas jurídicas de direito público. Também no art. 225 da Constituição, resta implícito o princípio da solidariedade intergeracional, a que fazia menção Canotilho, quando assevera que incumbe à coletividade o ônus de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, a liberdade e a justiça, assim como a solidariedade preconizadas no art. 3º da Constituição da República não são objetivos fundamentais do Estado brasileiro, mas um alicerce que o mantém e o justifica, é no sentido de que,

não por coincidência a fraternidade é o ponto de unidade que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade de um lado; e, de outro, da lealdade. A comprovação de que também nos domínios do Direito e da Política a virtude está sempre no meio (*medius invirtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades (Brito, 2003, p. 98).

De fato, a solidariedade do Poder Público foi o precedente necessário para a formação da consciência de solidariedade no âmbito das relações particulares que se tem hoje, e da noção de obrigação do Estado em relação a sociedade, passou-se a noção de responsabilidade social das instituições privadas, atualmente tão vinculada à realização dos direitos fundamentais quanto as próprias instituições públicas. Constitui o resultado das reivindicações assistenciais que o sistema liberal, por si só, não se mostrou capaz de atender, e, assim, fundamenta a positivação dos direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, onde se vislumbra a pessoa como ser humano concreto, dotado de prerrogativas essenciais (Cardoso, 2013).

Apesar de, a solidariedade abarcar vários significados, dentre eles é considerada inerente à condição humana, uma virtude ética, empática de reconhecer o outro, semelhante a si ou não. Também, pode ser considerada além de um princípio moral, uma norma jurídica, como forma de instrumento a garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, efetivando o texto constitucional (Moraes, 2009).

3.3 O reconhecimento do Princípio da Solidariedade como instrumento de efetivação da Dignidade Humana

Nos esclarece o jurista alemão Alexy (2012), que a distinção entre regras e princípio é a base para compreender os problemas que envolvem a teoria dos direitos fundamentais, pois constitui instrumento para compreender a estrutura normativa material, que seria um início para esclarecer a racionalidade e os limites dos direitos fundamentais. Tanto as regras como os princípios são considerados normas e podem ser descritos como conduções de dispositivos deônticos do dever, permissão e proibição. Seguindo a ideia do autor, ocorre a existência de três teorias distintas capazes de revelar o domínio de aplicação dos princípios: 1. demonstra a impossibilidade de se defender a existência de uma diferença entre princípios e regras, já que eles seriam ambos normas de uma série; 2. o critério de que os princípios são genéricos e abstratos; 3. pauta a medida qualitativa, versando que ambas são normas e que os princípios são realizados na medida do possível, sendo que as regras seriam juridicamente e faticamente realizáveis (Alexy, 2012).

Discute-se de como compreende-se e de que forma os princípios estão apresentados e/ou ordenados. Ao encontro da ideia de Alexy (2012), os princípios devem ser avaliados no plano do peso entre princípios, obrigando a avaliação de precedência condicionada ou incondicionada, rumando a um caso concreto. Assim disposta, os princípios são a primeira razão que fundamenta a ação e a razão para que se estabeleçam normas gerais ou individuais, os princípios sempre aplicados como mecanismo de solução de casos concretos.

Sendo assim, a tomada de decisão pode ser determinada pela lei positivada ou pelos princípios, precisam que a sua natureza direcione a máxima da proporcionalidade em três aspectos: “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” sendo que a última se desenvolve com a relativização das possibilidades jurídicas, vindo as primeiras como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas (Alexy, 2012, p. 116).

Os princípios têm a faculdade de serem entendidos como disposições capazes de garantir os direitos fundamentais de forma adequada, sendo que as regras podem constituir como uma estrutura que determina uma relação de precedência, assim sua existência parte de algo que o antecede. Portanto, o modelo do jurista determina que as regras sejam absolutamente dependentes dos princípios, construindo uma teoria em que os princípios, determinados com a correta interpretação de interesses entre os envolvidos seriam capazes de apresentar a solução ao caso concreto (Alexy, 2012).

Consequentemente, a produção social não pode ser dissociada do seu meio gerador, da ordem dos “efeitos de conhecimento e inteligibilidade que virtualmente totalizam” (Passeron, 1995, p. 39). Neste sentido as designações e os conceitos não podem ser desvencilhados de seu contexto, não podendo ser analisados em singularidade ou construções puras, o que justifica a compreensão da solidariedade pelos modelos sociais de Estado. Além do que, a generalidade das construções sociológicas pode sempre ser originada pela soma de enunciados singulares, mas ainda assim não poderia ser desvinculada de um conjunto de coordenadas espaço-temporais (Passeron, 1995, p. 39).

O princípio da solidariedade “explica” a existência de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Pode ser encarado como contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se tenho direitos,

tenho em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil que a minha (Rosso, 2008).

No estudo de Hesse (1991), o Direito Constitucional precisa dar o máximo de eficácia à interpretação do texto constitucional, como meio de despertar e preservar a vontade da Constituição, em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando assim o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Contudo, compete ao Direito Constitucional destacar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, sem dúvida, torna imperiosa a assunção de uma nova visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

No comentário de Ferraz Filho (2012, p. 7-8) ao artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, refere que a solidariedade “é o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas e povos. Há que notar que solidariedade não é coercitiva, pois, ao contrário, tem como pressuposto necessário a liberdade”. Salienta ainda que “a cooperação na sociedade deve partir de seus membros, não podendo ser imposta pela estrutura política” (Ferraz Filho, 2012, p. 7-8).

A finalidade do Direito de solidariedade é fazer com que a sociedade se torne um ambiente propício ao desenvolvimento da dignidade de cada pessoa, por função social além de outras coisas, padronizar a conduta humana em favor da harmonia e da paz social, transformando a realidade existente, apontando sua atuação no bem comum (Cardoso, 2013).

No cenário jurídico brasileiro a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra-se respaldada pelo próprio panorama social, marcado por fortes contrastes, o que suscita a necessidade de uma maior tutela por parte do Estado. Tal aplicação encontra-se delineada no art. 5º, §1º, da CF/1988, bem como no intervencionismo social do texto constitucional, que define vários direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º, CF/88).

Neste contexto, o conceito de princípio da solidariedade exige uma avaliação em diversos aspectos, sociológicos, históricos e argumentos jurídicos, essa avaliação

chega tanto no meio de distribuição de bens, atração de responsabilidade, diminuição dos danos, bem como de obtenção de consensualismo. Na perspectiva da maioria, a solidariedade e o individualismo não caminham juntos. O princípio da solidariedade não chega a ser completamente negado nos modelos liberais de Estado, mas certamente esse modelo tende a minimizar a sua importância. Por outro lado, modelos comunitaristas desenvolvem a solidariedade até que não haja mais espaço para liberdades individuais.

Segundo o estudo de Reis e Quintana (2017, p. 226), o princípio constitucional da solidariedade incluso no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 “[...] apresenta dupla função no ordenamento jurídico: por um lado constitui princípio constitucional que deve nortear todas as relações jurídicas, e por outro, constitui um dos objetivos do Estado Brasileiro”.

Segundo Reale (1989), a República Federativa do Brasil, a qual visa construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), constitui-se em Estado Democrático de Direito. Prediz o autor, “[...] o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito e de Justiça Social... esse é a meu ver o espírito da Constituição de 1988” (Reale, 1989, p. 2).

O presente propósito é um grande exemplo de síntese do princípio da solidariedade, pois a promoção do “bem de todos” abrange a essência da responsabilidade recíproca entre as pessoas, a proatividade para ajudar os menos favorecidos. Entretanto, apesar do que se mostra, é notório a falta de interesse com o estudo do princípio da solidariedade no direito constitucional brasileiro, pois apesar de em sua forma ser tratado como princípio, não está reconhecido.

Segundo Moraes (2008, p. 2), o que deve ser pensado quando se fala sobre a solidariedade:

[...] a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.

O argumento está na razão de a solidariedade, apesar de princípio norteador da República, não invadir a esfera privada de cada pessoa. Neste contexto, Ferrajoli (2002, p. 755) afirma ser necessária a existência de um sentido “[...] da própria

identidade da pessoa e da própria dignidade do cidadão [...]”, a fim de conceder “[...] a efetividade de todo ordenamento e de seu sistema e de seu sistema normativo de garantias judiciais e políticas”.

Na ponderação de Sarmiento (2006, p. 134) destaca a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, colocando o solidarismo jurídico como um mecanismo para sua efetivação. Para ele:

[...] a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política [...] orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

No contexto, Casali (2006) verifica que o princípio da solidariedade, para sua efetivação, necessita ir além do âmbito jurídico, necessitando de uma ação do coletivo. Para Britto (2010, p. 25-26), fazendo referência à dignidade da pessoa humana, sustentáculo dessa sociedade humanitária, ensina que: “[...] a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Dignidade que o Direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do Estado e da sociedade”.

Mesmo estando elencado na Constituição Federal do Brasil a norma sobre o princípio da solidariedade, é necessário que, em virtude da atuação de leis infraconstitucionais, aquele princípio se torne como no direito material, que tal princípio esteja verdadeiramente presente não somente na atuação do Poder Público, e sim na ação da pessoa comum (Barroso, 1992).

No cenário jurídico brasileiro a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra-se respaldada pelo próprio panorama social, marcado por fortes contrastes, o que suscita a necessidade de uma maior tutela por parte do Estado. Tal aplicação encontra-se delineada no art. 5º, § 1º, da Constituição do Brasil de 1988, bem como no intervencionismo social do texto constitucional, que define vários direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º).

Em relação aos direitos fundamentais, rápida leitura sobre alguns dispositivos constitucionais a título exemplificativo comprova a direta interferência do princípio da solidariedade sobre o pensamento constitucional.

O princípio da igualdade (caput do art. 5º da Constituição Federal), por exemplo, encontra-se interligado à ideia de solidariedade, pois se constituímos um todo, somos, ao menos em direitos, iguais, não se podendo vislumbrar sociedade efetivamente solidária sem que haja igualdade. A liberdade para criação de associações e cooperativas (art. 5º, inc. XVIII) também encontra justificativa na solidariedade existente entre os membros da sociedade, ainda mais forte quando os indivíduos encontram laços de interesse, sendo plenamente justificável, dessa forma, a possibilidade de representação judicial desses grupamentos de indivíduos pelas entidades criadas por eles (art. 5º, inc. XXI).

Ao lado do princípio de cunho individualista, que garante o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII) a Constituição dispõe, também, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, inc. XXIII).

Pois, é necessária uma consciência coletiva acerca da solidariedade, uma vez que é um fato social, construído socialmente. A solidariedade constitui o objetivo geral da República e deve envolver toda a sociedade, abrindo diálogos entre as pessoas, não devendo ser encarada como um simples ato de caridade. Para Casali (2006), ela é muito mais, sendo um elemento que integra a nação e facilitadora da democracia.

A pessoa, somente pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes (Sarlet, 2001)

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais (Dallari, 2002).

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência, porque “um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente” (Comte-Sponville, 1999).

Assim aponta Sarlet “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.”

A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais. Os interesses em evitar a dor, manter relações afetivas, obter uma moradia, satisfazer a necessidade básica de alimentação e tantos outros são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da força física ou de outras aptidões que o indivíduo possa ter (Singer, 1998).

Canotilho define os princípios jurídicos fundamentais como aqueles: “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.” (Canotilho, 1999, p. 372).

Torna-se necessário admitir, porém, que a introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional é importante para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos de aplicação do direito. Como observa Sarlet (2001, p. 35) “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.

O princípio da dignidade está contido, ainda que sob aparência diversa, em vários dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (inciso I). Liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação. O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Efetiva-se, aqui, o princípio ético, qual seja, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

Assim, o direito à moradia digna é um direito fundamental que garante a todos os seres humanos um local de abrigo, conforto e segurança. É um direito social que como visto está previsto na Constituição Federal do Brasil, sua efetivação reconhece a dignidade humana, no capítulo que segue discute-se este tema.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO ESSENCIAL À EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

O direito à moradia digna, em decorrência de ser um direito humano essencial, resta protegido em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no texto constitucional, como uma verdadeira consequência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (SOUZA, 2004, p. 131). Assim discute-se nos itens a seguir.

4.1 O Direito Fundamental à moradia e sua inserção na Constituição Federal de 1988

Todo indivíduo, toda comunidade, necessita de um espaço que lhe seja próprio e adequado para viver, seja no isolamento da intimidade pessoal, seja nas atividades políticas, produtivas e sociais que caracterizam a interligação com diferenciados grupos e instituições.

Segundo Pansieri (2008, p. 112-130), o Direito à moradia evoluiu No plano constitucional brasileiro do seguinte modo:

(a) a Carta Imperial de 1824 e a primeira Constituição republicana de 1891 não traziam previsão expressa na tutela do Direito à moradia, apenas se referiam à propriedade em uma perspectiva individualista típica do momento histórico. Foi na Constituição de 1891 que, pela primeira vez, fez-se menção que a casa seria asilo inviolável. E esta menção foi repetida em todas as Constituições seguintes;

(b) na Constituição de 1934, o indivíduo deixa de ser o centro do debate e entra o coletivo. Foi a primeira vez que houve a busca por um benefício social coletivo no que concerne à propriedade;

(c) na Constituição de 1937, é mantida a mesma concepção da Constituição de 1934; na Constituição de 1946 é garantido o direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social. Além disso, prevê o uso da propriedade condicionada ao bem estar social;

(d) No ano de 1964, ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Estatuto da Terra traz um grande avanço quanto à questão da função social da propriedade;

(e) a Constituição de 1967 trouxe de forma clara a função social de propriedade e fez uma referência à moradia tão discreta quanto ineficaz;

(f) Constituição Federal de 1988 traz a moradia pela primeira vez expressa no texto em diversos dispositivos: seja no artigo 7º, IV, quando definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre elas, a moradia; seja no artigo 24, IX, quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”; também, a vinculação social da propriedade prevista nos artigos 5º, XXIII; 170, III e 182, §2º, bem como a previsão constitucional de usucapião especial urbano (artigo 183) e rural (artigo 191).

O direito à moradia está incluído dentre os direitos elencados no artigo 6.º da Constituição da República, que são os direitos sociais, ao lado do direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados.

No seu texto original, a Constituição não trazia no artigo 6.º o direito à moradia como um dos direitos sociais. Isto só veio ocorrer em 14 de fevereiro de 2000, através da Emenda Constitucional n. 26, quando passou a ser um direito expressamente previsto, embora fosse evidente que sua tutela já era, de certa forma, garantida por outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, as competências para a promoção de programas de habitação, artigo 21, XX e artigo 23, IX, o inciso IV do artigo 7.º, que dispõe ser direito dos trabalhadores o salário mínimo capaz de atender às suas necessidades vitais básicas como, dentre outras, a moradia, e o artigo 183, que dispõe sobre a usucapião especial de imóvel urbano, em cujos requisitos está a utilização para a moradia.

Preleciona Hermany; Reck e Costa (2008), a constituição só é um construir a partir de um engajamento não só dos operadores jurídicos, mas também de uma sociedade empenhada em sua concretização. Uma teoria constitucional conectada com a realidade percebe, em primeiro lugar, que sua missão foi perdida no deserto da contingência, mas que, por outro lado, a efetivação material da Constituição não tem dono, nem ocorre com um passe de mágica e tampouco pode ser estabelecida paternalisticamente pela teoria constitucional ou pelos tribunais superiores. Da mesma maneira, nem vontade constitucional nem interesse público possuem uma delimitação denotativa tão precisa a ponto de estabelecer uma linha de ação sem mediação procedimental, ainda mais diante de um mundo globalizado e em constante mudança.

Em que pese o não-preenchimento de seu conteúdo e sua não-adjetivação pelo constituinte, no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, em especial na versão em língua portuguesa ratificada pelo Brasil em 1992, foi utilizada a expressão moradia adequada:

Artigo 11 - 1. 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.

A despeito dessas tutelas, o direito à moradia estava implícito na condição digna da existência humana, tutelada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é no exercício deste direito que outros também são exercidos, como o direito ao patrimônio, à intimidade e à vida privada.

O direito à moradia não se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e saúde física e mental. A definição foi realizada durante o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em 1948 onde o termo moradia não significaria apenas quatro paredes com um teto, como muitos pensam. Por moradia se entende um local salubre, com condições mínimas à sobrevivência e devem incluir (Pereira, 2011):

1. Segurança da posse: todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas.
2. Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos: a moradia deve ser conectada às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; em suas proximidades deve haver escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer e devem estar disponíveis serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, entre outros.
3. Custo acessível: o custo para a aquisição ou aluguel da moradia deve ser acessível, de modo que não comprometa o orçamento familiar e permita também o atendimento de outros direitos humanos, como o direito à alimentação, ao lazer, etc.
4. Habitabilidade: a moradia adequada tem que apresentar boas condições de proteção contra frio, calor, chuva, vento, umidade e, também, contra ameaças

de incêndio, desmoronamento, inundação e qualquer outro fator que ponha em risco a saúde e a vida das pessoas. Espaços adequados para lavar roupas, armazenar e cozinhar alimentos também são importantes.

5. Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis: a moradia adequada deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, pessoas com HIV, vítimas de desastres naturais etc. Além disso, para realizar o direito à moradia adequada é fundamental que o direito a não discriminação seja garantido e respeitado.
6. Localização adequada: para ser adequada, a moradia deve estar em local que ofereça oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social. Ou seja, nas proximidades do local da moradia deve haver oferta de empregos e fontes de renda, meios de sobrevivência, rede de transporte público, supermercados, farmácias, correios, e outras fontes de abastecimento básicas.
7. Adequação cultural: a forma de construir a moradia e os materiais utilizados na construção devem expressar tanto a identidade quanto a diversidade cultural dos moradores e moradoras.

O Brasil, por fazer parte como membro da ONU, assina embaixo do que diz a Declaração dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”. Onde os tratados e acordos internacionais assinados pelo Estado brasileiro têm força de lei, fazendo ser obrigatório o seu cumprimento dentro do nosso território nacional.

Além da declaração da ONU, o Brasil também integra o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, oficializado em 1996. O Pacto diz que os Estados que o assinaram “reconhecem o direito de toda pessoa ao nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.” Portanto, desde essa época, o direito à moradia é considerado um direito humano universal, isto é, todas as pessoas devem ter acesso – entre os países integrantes da ONU.

A moradia, sendo fundamental para as nossas vidas, é indispensável à reprodução social dos indivíduos (pobres e ricos); “constitui-se também no espaço do cotidiano e da intimidade, no local onde grande parte da vivência humana acontece” (Medeiros, 2007, p. 13).

Assim, para Saule Júnior (2006, p. 217):

A moradia, como uma necessidade de toda pessoa humana, é um parâmetro para identificar quando as pessoas vivem com dignidade e têm um padrão de vida adequado. O direito de toda pessoa humana a um padrão de vida adequado somente será plenamente satisfeito com a satisfação do direito a uma moradia adequada.

Do reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental, eis que reconhecido e protegido constitucionalmente, decorre uma dupla fundamentalidade material e formal. Sobre a fundamentalidade formal:

No caso da Constituição Brasileira, a fundamentalidade formal, desdobra-se em três elementos, já largamente reconhecidos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente às entidades estatais e os particulares (Sarlet, 2010).

Alguns autores diferenciam habitação de moradia, no entendimento de que habitação seria um direito real que recai sobre o bem, enquanto moradia, carregando uma dimensão social, consistiria no direito a um teto, como valor da pessoa para elevar a sua qualidade de vida e alcançar a dignidade (Canuto, 2010).

Segundo Claval (2010), habitar não significa apenas dispor de um lugar onde se resguarda da sociedade e onde se viver sozinho ou em família. É também um local de encontrar pessoas, de levar uma vida social. A esfera que corresponde ao meio mais próximo, aquele dos vizinhos acessíveis nos países de habitar disperso, ou do quarteirão e do bairro nas cidades.

A habitação é um local fundamental principalmente na esfera mais próxima, a da família, dos vizinhos e dos amigos. Ela possui um papel essencial tanto para o indivíduo quanto para a sociedade em geral, pois tem relação direta com a forma de sobrevivência do ser humano.

Nessa perspectiva, o direito à moradia é um bem jurídico da pessoa, que integra os direitos da personalidade. Já o direito à habitação está vinculado ao imóvel e configura uma instrumentalização do direito à moradia.

A valorização imobiliária, outrossim, a propriedade que têm os imóveis para se valorizarem, está na base da segregação espacial e da carência habitacional. Em torno dela, ou seja, “em torno da apropriação da renda imobiliária, é travada uma surda luta no contexto urbano” (Maricato, 2001, p. 45).

O poder judiciário tem atuado de forma ativa na promoção de direitos fundamentais. É comum o ajuizamento de ações pelas quais o cidadão requer ao juiz que um direito social lhe seja garantido, em regra por conta da recusa do administrador público de lhe conferir o direito pleiteado. Ainda que haja discussões sobre eficácia restrita e reserva orçamentária para efetivação de direitos, os juízes costumam entender que o direito fundamental deve ser concretizado a qualquer custo: se não há verba disponível, que a administração se organize para que recursos sejam realocados e os direitos fundamentais, satisfeitos. Afinal, decidir de forma diferente seria negar a validade e a eficácia dos direitos constitucionalmente assegurados (Mastrodi, 2013).

Ainda que tal direito seja conferido no âmbito do que se convencionou denominar mínimo existencial: concessão de direitos ao menos no limite necessário da sobrevivência. Não obstante, parece-nos que a moradia é um direito social um pouco diferente dos demais. Ela se refere a um teto, mas também a todo um planejamento habitacional para que o morador tenha acesso a equipamentos públicos, a transporte público etc.. Essas características impedem que haja estoque disponível, e com isso impedem até mesmo que haja intervenção judicial na discricionariedade do administrador, comum no que respeita aos demais direitos (Mastrodi, 2013).

Canotilho ressalta que a positivação dos direitos fundamentais implica na incorporação desses direitos à ordem jurídica do país, assinalando que “o ‘lugar cimeiro’ dos direitos fundamentais é a norma constitucional, salientando, ainda, que, sem a positivação constitucional, os direitos fundamentais da pessoa seriam apenas mera retórica” (Canotilho, 1998).

A cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º (incisos II e III), são mandamentos constitucionais para a proteção e satisfação do direito à moradia. Assegurar a cidadania das pessoas não se restringe ao exercício dos direitos civis e políticos; abrange também o exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais, como é o direito à moradia (Canotilho, 1998).

Garantir a cidadania é o comando para que as ações e políticas públicas desempenhadas pelos órgãos e instituições do Estado brasileiro priorizem a satisfação das necessidades básicas das pessoas que vivem em desigualdade econômica e social. O comando deste fundamento constitucional é trazer as pessoas que estão vivendo esta desigualdade para um patamar mínimo de condições de vida digna, no qual se inclui o acesso a uma moradia digna.

Preleciona Schmidt (2018), em sociedades desiguais, comuns na maior parte do planeta, no passado e no presente, o poder público raramente adota iniciativas que beneficiam a todos por igual. Reconhecer que as políticas públicas geralmente têm repercussões desiguais não significa abrir mão da perspectiva da universalidade. A construção dos Estados de bem-estar social (*welfare states*) e as revoluções socialistas no século XX inauguraram um conjunto de políticas de caráter universalizante, na educação, saúde, previdência social e outras, que constituem um patrimônio da humanidade na luta por maior igualdade social.

Assevera Hermany (2007), os governos locais são os responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida, seja em função da (re)definição de competências constitucionais, seja em virtude da crise de financiamento do Estado Nacional, que o incapacita de atender com efetividade as demandas da população. Tais razões justificam a importância, até paradoxal, do poder local para o desenvolvimento econômico na sociedade globalizada, vinculado ao conceito de qualidade de vida, como fator de produtividade e, por conseguinte, de eficiência do sistema produtivo.

A Constituição Federal de 1988, impetrou mudança de paradigma nas questões de Moradia, especificamente nas políticas urbanas. Destacando um capítulo específico para a política urbana e estabelecendo-se a necessidade de criação de Lei que regulamenta a política de desenvolvimento urbano. A política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (Aricato, 2020).

Contudo, o atraso do Estado na proteção do direito à moradia persista ainda com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois embora houvesse a previsão do usucapião do imóvel público e urbano para fins de moradia e a concessão de uso especial para moradia (Brasil, 1988), o direito à moradia não foi consagrado dentro do amplo rol de direitos fundamentais, portanto, direitos públicos subjetivos

exigíveis perante o Estado, algo apenas corrigido por força da Emenda Constitucional 26 de 2002 (Brasil, 2002), através de norma programática veiculadora do direito social novamente incapaz de resolver a questão habitacional dependente de plena regulamentação (Mota; Moura, 2018).

A referida regulamentação ocorreu com a Lei n. 10.257/2001 onde se dá a criação do Estatuto da Cidade, a chamada instituição da nova ordem jurídico-urbanística do Brasil, pois este diploma legal fixou imediatamente as diretrizes básicas de uso e ocupação racional do solo urbano, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (Aricato, 2020).

A respeito das novas inserções de positivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se uma importante Emenda Constitucional (EC). Em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional (EC) n. 45, a eficácia do direito fundamental à moradia ganha força no plano nacional, reconhecendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, no Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Portanto, tal norma foi positivada na constituição, com a inserção do §3º no art. 5º da CF/1988, parágrafo esse oriundo da aprovação da referida EC, estabelecendo a internalização do direito fundamental à moradia como direito humano no ordenamento jurídico brasileiro.

As condutas positivas do Estado realizam os direitos sociais, arrolados em normas programáticas, promotoras de atuações concretas (Bonavides, 2014), direcionadas fatos existentes, voltadas à realização dos ideais de igualdade e de justiça, sem os quais, num novo contexto histórico, destaca-se, fica impossibilitada a realização das liberdades, dos direitos de primeira geração.

Como assevera Barreto (2003, p.110), os direitos sociais não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, assim, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais, compreendidos como igualdade material e exercício da liberdade real, exercem nova referência, aqui aventado, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como

condição de sua normatividade. Constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional.

Sendo que, o direito fundamental social à moradia está diretamente relacionado à concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, considerando-se que, a pessoa humana só se apossa de dignidade no momento em possui um local direito para habitar e com os serviços urbanos essenciais garantidos (Sarlet, 2011).

O direito à moradia é um direito humano, fundamental e social, cujo conteúdo acarreta em prestações concretas, assim como os demais direitos sociais. Procurar-se a sua fundamentação é tarefa indispensável, como aqui se defende, para que se esboce o seu alcance, o seu propósito e o seu conteúdo. Os direitos sociais, dependentes de prestações positivas para sua efetivação, demandam aportes de custeio, dos quais nem todas as pessoas podem dispor. Em consequência, especificamente no que se refere ao direito à moradia, a situação atual no panorama global é verdadeiramente crítica, tanto sob o aspecto deficitário – a ausência de moradias, quanto sob o aspecto qualitativo das mesmas, vez que o exercício pleno do direito à moradia só é considerado se for possível esta moradia ser identificada como adequada (Sarlet, 2011).

Trata-se, em realidade, de garantir um mínimo existencial para subsistência, ou seja, um mínimo necessário de acesso aos meios de inclusão social. Igualmente, para que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha existência material verifica-se indispensável que o direito à moradia também seja materializado, haja vista que a existência meramente formal deste causará a violação daquele. Outrossim, a efetivação dos princípios fundamentais não se faz apenas através de sua inserção no texto constitucional, sendo imprescindível a atuação do Poder Público e da própria população para a sua realização (Sarlet, 1988).

Neste contexto, percebe-se que as políticas públicas implementadas são insuficientes para gerenciar o espaço urbano, e, comumente, inexistem ou são desenvolvidas de forma precária, ocasionando o favelamento, as submoradias, a falta de moradias, a permanência de cidadãos nas ruas sob viadutos e em situações que ferem a sua dignidade. O efeito prático desta situação é um significativo e crescente aumento da população de excluídos e marginalizados, o que afronta, diretamente, os direitos fundamentais garantidos pelo estado (Carvalho, 2003).

As singularidades intrínsecas da moradia a colocam em nível de grande relevância, sendo reconhecida como direito social. Ela constitui um fator determinante de inclusão social, pois além de oferecer abrigo e as mais variadas possibilidades de proteção e segurança é o palco permanente do cotidiano de seus usuários.

Sendo assim o acesso à moradia além de ser uma necessidade é também um direito de todo o cidadão, no entanto, a aquisição de uma moradia para a classe de menor poder aquisitivo está relacionada uma série de dificuldades, entre as quais a desigualdade social, políticas habitacionais excludentes, falta de emprego, má distribuição de renda, entre outros (Martins, 2007).

A escassez de recursos financeiros por parte de uma parcela da população acarretará nas formas de habitar do homem, caracterizadas muitas vezes por ocupações irregulares de espaços públicos e privados, de áreas ambientalmente frágeis como as margens de rios e encostas, resultando na expansão desordenada da cidade, reflexo da desigualdade e exclusão social.

A estrutura normativa brasileira impõe a realização de uma série de políticas de habitação e de infraestrutura urbana não há como serem consideradas mínimas. Não há, em termos normativos tanto internacionais como de direito interno, qualquer possibilidade de se compreender de outro modo. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a aprovação de orçamento para a realização de obras e, ato contínuo, sua devida realização. Em síntese, o patamar mínimo do direito à moradia adequada previsto no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais elevado que a atual vontade política do Estado na promoção desse direito (Sarlet, 2011, p. 145).

O Estatuto da Cidade permitiu que o Poder Público pudesse planejar seus processos territoriais para o fim de impactar diretamente na dinâmica distribuição dos ônus e benefícios da urbanização mais justa (Carvalho, 2003).

Na visão de Luhmann: "O código de programação binário se relaciona com a abertura seletiva do sistema ao ambiente (entorno), de modo a filtrar as informações que serão recebidas pelo sistema em razão do seu reconhecimento como distinções segundo o código, havendo possibilidade de gerar novas estruturas capazes de reduzir a complexidade externa" (Luhmann, 1990, p. 81).

O Estatuto da cidade, em seu art. 2º refere-se à política urbana destinada a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, indica a correspondente necessidade de estabelecer instrumentos garantidores da função redistributiva da política urbana (Carvalho, 2003).

Como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) reclama na sua dimensão positiva a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, sempre seria possível reconhecer um direito fundamental à moradia, independente de haver previsão expressa na ordem constitucional, pois a moradia é inequivocamente destinada à proteção da dignidade (Sarlet, 2011).

De sobre maneira, somente os direitos expressamente previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 (direitos de liberdade) são aceitos como direitos fundamentais, por unanimidade, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Quanto aos direitos sociais (direitos de igualdade), previstos constitucionalmente não no artigo 5º, mas no 6º, ora são entendidos como direitos humanos apenas, ora como princípios organizadores, ora como direitos, ora como direitos fundamentais de eficácia plena, e se submetem a quatro correntes quanto à hierarquia dos tratados de (Hierro, 2007).

A Constituição Federal de 1988 em suas competências define a atuação de todos os entes que compõem a federação. Em seu artigo 23 atribui comumente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios as seguintes competências, dentre outras: “IX promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Este inciso ratifica que a dignidade da pessoa humana é, conjuntamente, limite e tarefa dos poderes estatais. Trata-se de princípio da ordem jurídica, política, social, econômica e cultural, razão pela qual, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no de diversos outros países, é declarado como princípio de valor supremo, encontrando-se no ponto central de inúmeros sistemas jurídicos (Miranda, 2012).

Outros artigos da Constituição Federal de 1988, também referem o assunto, como o art. 182 que estabelece como objetivo da política de desenvolvimento urbano a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (Miranda, 2012). Assim, bem como do fato de que a população brasileira vive predominantemente nas cidades, adquire importância o conceito de direito à cidade, definido pelo sociólogo francês Henri Lefebvre como um direito de não exclusão da sociedade urbana das qualidades e benefícios decorrentes da vida urbana. O direito à cidade implica em uma recuperação coletiva do espaço urbano por grupos marginalizados, principalmente aqueles cuja moradia se localiza em áreas periféricas da cidade (Fernandes, 2006).

A dignidade da pessoa humana se apresenta de “parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico” (Sarlet, 1988, p. 91), conferindo, concomitantemente, unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional.

A interpretação constitucional permite a evolução do próprio Direito na medida em que a produção legislativa se mostra incapaz de atender a essa generalização de expectativas e à uniformização parcial de sentidos atribuídos por sistemas sociais cada vez mais especializados, cujos meios de comunicação simbolicamente generalizados não seriam captados pelo processo legislativo tradicional (Barcellos, 2011).

Ao contrário do que preconizam os defensores da auto-regulação neoliberal através de sua controversa, e por vezes mal-intencionada, interpretação da teoria dos sistemas luhmanniana contraditoriamente associada à Teoria do Agir Comunicativo e à crença no consenso de Habermas (1982), é sim possível, a partir da releitura de Luhmann (1983, 1990a, 1992, 1998), sustentar e melhor compreender em que condições se dá a interdependência entre os sistemas sociais, as pessoas e o Direito, bem como a função primordial deste último, especialmente a partir da Constituição, na manutenção contrafactual dessas expectativas normativas em relação a todos os demais sistemas sociais (Barcellos, 2011).

Nesse sentido, podem ser recontextualizados, primeiro, o sistema jurídico e, a seguir, a própria Constituição. De acordo com Luhmann: [...] Por tornarem-se potencialmente conflitantes, os sistemas sociais devem ser regulamentados detalhadamente (Luhmann, 1991). Em termos gerais, a diferenciação funcional acarreta um crescimento dos problemas e dos conflitos internos na sociedade e, dessa forma, um crescimento dos encargos decisórios em todos os planos da generalização.

Os sistemas parciais da sociedade tornam-se cada vez mais recíprocos e dependentes: a economia depende das garantias políticas e de decisões paramétricas; a política, do sucesso econômico; a ciência, de financiamentos e da capacidade de planejamento da política; a economia, da pesquisa científica; a família, do resultado econômico dos programas políticos de pleno emprego; a política, da socialização através da família; e a assim por diante. Ao mesmo tempo os sistemas parciais, para

poderem exercer sua função constante e confiavelmente, têm que ser protegidos contra mudanças em outras esferas por eles incontroláveis.

Realmente a implementação do direito à moradia nas áreas urbanas brasileiras, bem como a efetivação do direito à cidade, exige a formulação de políticas públicas de caráter urbanístico, assim “devem se ocupar, para além do direito à moradia, da efetiva integração da participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão, bem como da garantia de acesso aos bens materiais e simbólicos que traduzem a ideia de cidade” (Fernandes, 2006).

Mas adiante das normas que foram sendo recepcionadas e positivadas no direito constitucional brasileiro, deve-se destacar as políticas públicas implementadas pelo Governo Federal logo no início do século XXI, com destaque para o Minha Casa Minha Vida, criado em 2009. Embora a análise dessa questão não seja o foco deste trabalho, é importante ressaltarmos a relevância dessa discussão e mencionarmos a obra de Rolnik (2017), Maricato (2014), Fernandes (2001), entre outros, nesse contexto. A importância do Minha Casa Minha Vida como programa habitacional está na possibilidade de usá-lo para a concretização do direito fundamental à moradia, além é claro, dele atuar na promoção da qualificação de áreas urbanas precárias e de proporcionar um modelo igualitário de ocupação do território urbano em detrimento do seu uso para a potencialização dos problemas urbanos e do realce das diferenças socioespaciais (Rolnik, 2017).

A competência para efetivação das políticas públicas, está a cargo do Poder Executivo, agindo arbitrariamente para a sua concretização, porém dentro dos limites previamente delimitados pelo Legislativo. A criação e execução das políticas públicas tem como objetivo a materialização da vontade constitucional, promovendo os direitos decorrentes da vontade do constituinte (Fernandes, 2006).

Portanto, a execução das políticas públicas está ligada à concretização dos direitos e garantias fundamentais advindos do cumprimento constitucional, principalmente os da ordem social, dentre os quais está o direito à moradia. Além disso, a dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – também requer a satisfação de direitos e garantias fundamentais para que seja concretizada.

Preleciona Afonso da Silva, os direitos sociais são prestações positivas estatais enunciadas em normas legais ou constitucionais, que proporcionam melhores condições de vida aos mais desprovidos, permitindo a igualização de situações sociais

desiguais, se ligam, portanto, ao direito de igualdade. Encontram-se os direitos sociais atrelados à igualdade material e “são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios” (Silva, 2006).

A complexidade e a diferenciação social são dois outros aspectos centrais na abordagem teórica de Luhmann. A sociedade moderna é marcada por funções diferenciadas manifestas na forma de subsistemas (economia, religião, política, ciência, educação, direito). Como o sistema é sempre fechado do ponto de vista de suas operações internas, ele se diferencia de tudo mais que não seja ele próprio, definindo-se a partir de sua diferença em relação ao entorno. Uma característica dos sistemas é a redução de complexidade, dada sua função de sempre reduzir possibilidades a partir da seleção daquilo que terá sentido para o sistema quando incorporado aos processos internos. Quando atingem um elevado nível de complexidade, os sistemas produzem autonomies relativas, diferenciam-se, com o objetivo de reduzir essa complexidade. Toda diferenciação implica, portanto, redução de complexidade (Luhmann, 1991).

Estes processos direcionam o sistema social para a sua autorreprodução. As diferenciações que ocorreram no interior da sociedade acabaram reproduzindo funções específicas que trazem consequências para a própria evolução da sociedade. Daí a existência de sistemas funcionais como sistemas sociais autopoieticos diferenciados no interior do sistema social total, a sociedade. Nessa direção, o ponto de partida para o entendimento da dinâmica formadora dos sistemas sociais é o processo de diferenciação funcional, o que implica dizer que a partir de si mesmo, um sistema se diferencia produzindo subsistemas parciais, os quais, a partir do sistema original, são agora entorno. Aqui reside um ponto fundamental da teoria de Luhmann: ao tempo em que os subsistemas sociais constituem entornos uns para os outros, a estrutura de relações entre eles define a própria forma como a sociedade organiza suas comunicações. E o aumento da complexidade sistêmica é o elemento que promove a diferenciação da sociedade (Luhmann, 1991).

4.2 O Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana

Etimologicamente, o termo ‘dignidade’ deriva da palavra latina *dignus*, possuindo como variações, os vocábulos: *dignitas* e *dignitatis*. Seu significado repousa na ideia do merecimento de estima e honra (Moraes, 2009).

Um dos maiores filósofos da era iluminista Kant (1724 - 1804) foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor (preço), devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional.

[...] A dignidade na visão kantiana tem por fundamento a autonomia. Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos afins”, como escreveu -, tudo tem um preço ou dignidade. As coisas que tem preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa esta acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana. Portanto, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade (Barroso, 2010).

Kant (2011) considera o princípio fundamental da Dignidade Humana através de sua ética: “Age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”. Assim dizendo, conceitua que o fim é o reconhecimento da sua humanidade, o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como fim de si mesmo.

Uma pessoa, só pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes (Sarlet, 2011).

A palavra “dignidade” tem sido empregada em um terceiro sentido, como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente de seu status e da sua conduta (Vargas, 2021). No mesmo sentido, leciona Sarmento (2020, p. 104):

[...] todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou quaisquer outros. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não

pode ser retirada pelo Estado e pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.

A dignidade pressupõe, assim, a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus fundamentos. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais (Singer, 1998). O princípio da igual consideração de interesses consiste em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso. Não por generosidade, que consiste em doar, em atender ao interesse alheio, sem o sentimento de que, com isso, se esteja a atender a algum interesse próprio, mas por solidariedade, que é uma necessidade imposta pela própria vida em sociedade. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou indiretamente, eles são interesses próprios. A solidariedade, como bem sintetizado por Comte-Sponville (2002, p.32), “é uma maneira de se defender coletivamente”.

Ainda conforme Sarlet (2011, p. 21), analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A fundamentação da dignidade não está baseado no abstrato e nem independente da norma constitucional da dignidade

A dignidade humana é entendida como uma qualidade de cada ser humano, que o protege contra tratamento degradante e contra discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Ao Estado são impostos dois deveres a fim de proteger a dignidade da pessoa humana: o dever de respeito, relacionado com a limitação de ação dos poderes públicos e o dever de garantia, que se relaciona com a obrigação de fornecer condições materiais que possibilitem a efetiva dignidade (Garcia, 2015).

Como pontua Novais (2004), a dignidade enquanto princípio constitucional pode desempenhar um papel próprio e relevante, no controle da constitucionalidade das restrições do poder público, mas só pode realizar apropriadamente se vier revestida de um conteúdo normativo autônomo. Este deve ter em conta que, em Estado de Direito social ele não se consubstancia exclusivamente como garantia de defesa, mas constitui igualmente de proteção da pessoa humana contra todas as intervenções, advindas de particulares ou de outras entidades, esclarece o autor.

A dignidade humana como fundamento para a obtenção de liberdade, justiça e paz no mundo, esse são os pressupostos no direito internacional, em especial expressado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que prevê, em seu primeiro artigo, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade”, essa declaração expressa a importância da proteção da dignidade humana, em que pese que todos devem agir em relação aos outros em espírito de fraternidade (ONU, 2014).

Outrossim, nos artigos I ao XXI, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ementa os chamados direitos políticos e liberdades civis; nos artigos XII a XXVII tem-se os direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos à vida e à integridade física, à igualdade, à propriedade, à liberdade de pensamento, de consciência e religião, à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião estão no predicamento da dignidade (ONU, 2014).

Cabe considerar que a Constituição reconhece os direitos fundamentais como objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana, como tal esses direitos realizam-se por meio da previsão e proteção da existência e da atividade humana. Nessa presunção, os direitos fundamentais, apesar de se apresentarem como aspectos da dimensão humana, correspondentes a valores diversos e distintos, como liberdade, igualdade, integridade e vida, reclamam uma coesão que não é obtida pelo estabelecimento de prioridades, mas sim encontrada e construída dialeticamente, em referência o princípio da dignidade da pessoa humana (Andrade, 2014, p. 108).

Sendo um dos princípios mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade humana se encontra no artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a

cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político (Brasil, 1988).

A Constituição brasileira possui uma supremacia formal, material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e a normatividade de seus princípios (Andrade, 2014). Segundo Barroso (2010), esse fenômeno denomina-se filtragem constitucional, “consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”.

Ainda Barroso (2010, p. 368), explica a que:

A Constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do Direito Civil, a constitucionalização teve como uma de suas consequências a elevação dos valores existenciais em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

Essa constitucionalização do Direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. No campo teórico a mudança está no fato de a Constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional (Andrade, 2014).

Na ideia de Canotilho (2003), a constitucionalização protege os direitos fundamentais, determinando que tais direitos devem ser interpretados com normas jurídicas vinculantes, e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito.

A fundamentação da dignidade não está baseada no abstrato e nem independente da norma constitucional da dignidade da pessoa humana; e sim organizada na Constituição de Estado de direito. No sentido de justiça se fundamenta o desenvolvimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o conteúdo a ele atribuído, desenvolvendo natureza, conteúdo e efeitos jurídicos próprios (Novais, 2018).

O posicionamento de Reis (2018), sustenta que a dignidade da pessoa humana, enquanto o princípio jurídico constitucional, é um comando de vinculatividade absoluta, o que tem dois significados jurídicos imediatos.

De uma forma o caráter absoluto significa adoção da ideia de impossibilidade de cedência da dignidade perante um outro qualquer bem jurídico, porque, nessa lógica, a dignidade da pessoa humana não é constitucionalmente suscetível de ser

chamada a um processo de ponderação com outros bens ou valores no sentido de apurar qual deve prevalecer no caso concreto, se é a dignidade ou se é o valor contraposto, a dignidade prevalece sempre (Novaes, 2018).

Pontua o autor que, em segundo lugar, caráter absoluto significa que não pode haver justificação admissível para restringir a realização do comando normativo de respeito da dignidade. Isso significa que não pode ocorrer um outro bem, valor, interesse, princípio ou direito que justifique uma restrição da dignidade da pessoa humana, ou seja, que legitime juridicamente uma agressão à dignidade. Pode até haver razões de natureza política ou circunstancial que permitam compreender a restrição, mas, em qualquer caso, toda a agressão à dignidade é sempre inconstitucional (Novaes, 2018).

Nessa acepção, quando se consideram as projeções jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciadas nos direitos fundamentais, está se considerando a dignidade em todas as suas dimensões e em todas as suas especificidades. Com isso, a restrição desprovida de qualquer razoabilidade aos direitos fundamentais das pessoas; ou a lesão indevida que leve à degradação da pessoa a “coisa”; ou, ainda, a utilização da pessoa como “objeto”, encontra limites na dignidade da pessoa humana, que informa o núcleo irreduzível de cada direito fundamental, pelo que a violação da dignidade da pessoa humana, em muitos casos, é simultaneamente lesão inconstitucional a um direito fundamental particular. Também a violação a um direito fundamental, estando em causa uma afetação significativa ilegítima da igualdade, da liberdade, e da integridade física e intelectual, implica, de alguma forma, lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana (Novais, 2004).

Conforme escreve Novaes (2018), ocorrerá violação da dignidade da pessoa humana quando alguém, independentemente das suas capacidades intrínsecas, das suas opções ou dos seus atos, é desrespeitado na sua humanidade, ou seja, é tratado em termos que, de acordo com o sentido de Justiça próprio do nosso tempo, evidenciam um não reconhecimento ou um desrespeito que denigrem a sua qualidade especificamente humana ou o seu valor de pessoa, ou lhe infligem uma humilhação potencialmente destrutiva do seu auto respeito.

Ainda no pensamento de Novaes (2018), a violação autônoma da dignidade da pessoa humana quando ocorre discriminação fundada em critérios arbitrários. E essa discriminação não é puramente ocasional, acidental ou indiferenciada casos em que se reduziria a simples violação do princípio da igualdade, mas tem um efeito

estigmatizante ou humilhante ou assenta no preconceito social dirigido contra grupos ou categorias definidos em função da pertença ou integração num conjunto, numa classe ou numa categoria social particulares, por exemplo, em função da ascendência, da origem territorial.

Perante a dignidade da pessoa humana, o Estado possui dois deveres: o primeiro é o dever de impor limites à atuação dos poderes públicos para que não venham a ferir a dignidade das pessoas através de atos abusivos. O segundo dever é o de garantir a dignidade, promovendo as condições necessárias para a sua concretização (Santos, 2019).

4.3 Direitos Fundamentais à moradia: uma perspectiva teórica

Neste capítulo, parte-se da análise da expressão “direitos fundamentais” e dentre eles o de Moradia, nas diversas interpretações presentes na doutrina e no texto constitucional para caracterizá-los. Seguindo, pretende-se identificar a relevância desses direitos como consequentes do princípio da dignidade da pessoa humana, o papel desse princípio como preceito do direito constitucional.

A história tem demonstrado que a moradia é uma necessidade fundamental dos seres humanos, e, nem se entende que ele seja apenas o direito a um teto, um abrigo, tendo em vista que a moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida, a dignidade da pessoa, mas se tornou um problema social de considerável dimensão, para o Estado, a quem cabe de maneira responsável o desenvolvimento de políticas públicas, em cumprimento do próprio normativo constitucional.

O Direito à Moradia, está garantido na Constituição Federal, e dever do Estado assegurá-la, utilizando-se dos instrumentos legais necessários para solucionar essa situação ainda alarmante em um país em desenvolvimento como o Brasil. Sendo a moradia, um grande problema urbano que necessita da atenção dos governantes nos três poderes Federal, Estadual e Municipal.

A quem diga que as favelas, os cortiços, os loteamentos irregulares, as áreas invadidas, são frutos da falta de consciência social da propriedade e um desrespeito àqueles que não tem acesso a essa condição digna de moradia, frente ao meio político e jurídico na tentativa de enfrentamento desta forma capitalista de distribuição da terra.

A interpretação conceitual de Dignidade humana, e a fundamentação dos direitos do homem variam com a época histórica e local. Se os mesmos direitos fundamentais podem ser identificados em distintos momentos históricos, a maneira de interpretá-los, contudo, modifica-se continuamente.

Com o pós-modernismo, os valores morais passaram a integrar as ciências jurídicas, com o notável jurista Robert Alexy tivemos a tese de que os princípios constitucionais seriam normas jurídicas. Dentro desse conteúdo doutrina Marmelstein (2011): os princípios constitucionais possuem um forte conteúdo ético-valorativo; a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídica; a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; 4. por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

Os constitucionalistas tratam o Direito Fundamental à Moradia, como um direito humano, de segunda dimensão ou geração, em um direito fundamental social (Andrade, 2014). Já os civilistas, como um direito real de conteúdo patrimonial. Conforme Milagres (2011, p. 74): “Na visão constitucional, o direito à moradia configura direito fundamental de segunda geração ou dimensão de conteúdo mínimo, objeto de implementação gradativa, mediante a realização de políticas públicas”.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (Dimoulis, 2012).

O Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou de modo considerável o campo dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito a essa questão. Em se tratando toda terminologia cabe destacar que, a exemplo de outros textos constitucionais, há de se reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pese os avanços alcançados continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: direitos humanos (art. 4., inc. II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5., parag. 1.); direitos e liberdades constitucionais (art. 5., inc. LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, parág. 4., inc. IV) (Piovesan, 2006).

Neste particular não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido que seu titular será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Em que pese sejam ambos os termos - “direitos humanos” e “direitos fundamentais” comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (Sarlet, 2001).

Portanto, embora os Direitos Humanos positivados nos normativos internacionais, não tenham o peso da eficácia dos direitos fundamentais positivados na normatização interna, não são eles menos imperativos, ademais o compromisso com os organismos internacionais faz com que alguma efetividade seja a eles conferidas, ainda que o país não as tenha sido incorporado na ordem interna. Entende-se que o Estado descumpridor deste ordenamento jurídico de direito, pode sofrer sanções de ordem política e econômica internacional.

Neste contexto segue particularmente agudo e perene o problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais, de modo especial em face do ainda não superado fosso entre ricos e pobres (Sarlet, 2001). Salientando-se a esse respeito, que, no que diz com os reflexos para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, o abismo da diferença econômica não se refere apenas a divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também as gritantes diferenças econômicas entre a classe alta e baixa, como resultado da injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento (Hobsbawn, 1996).

A efetividade das normas de direitos fundamentais passou a ser uma preocupação constante dos estudiosos e aplicadores da lei, assim como a interpretação constitucional tem ganhado atenção especial em distinção aos direitos fundamentais.

Como nos ensina o jurista, os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Positivamente não se considera um Estado

democrático sem os denominados direitos fundamentais, base para todos os demais direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. É na garantia dos direitos fundamentais que se deve colocar o reduto antropológico do Estado de Direito (Canotilho, 2003).

Nesta mesma linha de pensamento entende Sarlet (2001, p. 29)

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da forma de definição de Estado, do sistema de governo e da forma de poder, a essência do Estado constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear da constituição material. [...] o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.

O “Estado de Direito” pressupõe limitação da atuação do Estado, ou seja, o Estado também se submete ao direito e esse é conformado a partir da Constituição, que lhe dá força e vida para que dela emanam todas as normas que regeram a vida em sociedade.

O direito à moradia se afirma no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o qual foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, cujo artigo 11 determina que “Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida” (Inácio, 2002).

No Brasil, esses direitos, especialmente a moradia, têm aplicação pela carta magna no seu art. 5º, parágrafo 1º, são cláusulas pétreas - art. 60, parágrafo 4º, IV e possuem hierarquia constitucional. Na visão de Sarlet (2010) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes artigos, ainda que não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Mesmo assim, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.

Disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 6º, caput, o direito à moradia, através da Emenda Constitucional n. 26 de 2000, observa-se que somente passado 13 anos da promulgação da carta magna de 1988, esse direito foi apresentado de forma explícita.

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico

o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural (Pansieri, 2008).

A Constituição brasileira também traz a questão em outro artigo, como o art. 182 que estabelece como objetivo da política de desenvolvimento urbano a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (Brasil, 1988).

Isto posto, e o fato de que a população brasileira vive predominantemente nas cidades, adquire importância o conceito de direito à cidade, definido pelo sociólogo francês Henri Lefebvre como um direito de não exclusão da sociedade urbana das qualidades e benefícios decorrentes da vida urbana. O direito à cidade implica em uma recuperação coletiva do espaço urbano por grupos marginalizados, principalmente aqueles cuja moradia se localiza em áreas periféricas da cidade (Isensee, 2013).

Na visão de Inácio, o direito à moradia, consagrada assim como direito social, deve ser implementada progressivamente pelo Poder Público, ao qual incumbe a adoção de posturas que efetivamente concretizem o referido direito, realizando, assim, além da justiça social, a justiça geral, em face dos deveres das pessoas em relação à sociedade, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade em benefício dos interesses comunitários (Inácio, 2002).

A criação e execução das políticas públicas tem como objetivo a materialização da vontade constitucional, promovendo os direitos decorrentes da vontade do constituinte (Grau, 2008).

O Direito à Moradia na esfera constitucional, se projeta na questão do direito assegurado como um direito fundamental (humano) nas declarações e nos tratados internacionais, dos quais o Estado brasileiro é signatário, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, art. XXV, item 1. “Aquele direito figura nessa Declaração, quando se declara que toda a pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, entre outros bens, também a habitação” (Hermany, 2007).

O legislador constituinte de 1988 ao tratar da Ordem Econômica Financeira, o fez no Capítulo da Política Urbana, tinha o legislador a preocupação evidente com a

explosão demográfica, que transformou o Brasil rural em urbano. De tal sorte que fazendo um paralelo da população urbana em 1900 representava 9,40% da população brasileira e no ano de 2000 representava 81,23% o que comprova a rápida transformação que houve, com a concentração na cidade da maioria da população nacional, fazendo o movimento de migração do campo para a cidade (Pereira, 2003).

A ampliação da demanda habitacional em virtude da intensificação do processo migratório urbano se deu em velocidade muito maior do que a capacidade do poder público e da iniciativa privada atendê-la, provendo habitação digna em quantidade suficiente (Lomar, 2001)

A Constituição de 1988 em seu preâmbulo declara: “Nós representantes do povo brasileiro, reunimos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” (Pereira, 2001).

Destaca-se a expressão “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, pois estes são os princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988. Com base nestes princípios constitucionais, desenvolvem-se, então, os demais princípios fundamentais, o legislador constituinte elegeu a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como alguns desses princípios fundamentais (Pereira, 2001).

Quando a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º., inciso XXII, que textualmente assim diz: “XXII – é garantido o Direito de Propriedade”; tem-se que este direito é pleno, geral e irrestrito, não admitindo a intervenção da propriedade privada, a não ser naquelas formas tradicionais que impliquem em desapropriação.

Entretanto, não podemos fazer uma leitura isolada do inciso XXII do art. 5º. da Constituição Federal de 1988, pois logo o inciso XXIII, a certeza de domínio pleno e de propriedade irrestrita já sofre a primeira exceção: “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”. Em consequência, este direito a propriedade, textualizado pelo legislador constitucional no inciso XXII, será pleno, geral e irrestrito, se a propriedade estiver cumprindo a sua função social, condição esta incluída pelo legislador

constituente sob a forma de bom uso da propriedade privada, em prol da coletividade (Pereira, 2001).

Significa dizer que os direitos individuais, atribuídos a cada cidadão, devem coexistir com os interesses deveres superiores do Estado inscrito no texto constitucional e que, em tese, devem coincidir com os interesses coletivos. Podem e devem os direitos particulares ter vida a ser exercidos ao lado dos interesses gerais, procurando com estes não entrar em conflito (Leal, 1998).

Os direitos sociais, no que se refere aos direitos fundamentais da pessoa, são ações positivas estatais, enunciadas em normas de caráter constitucional, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

A situação típica do Brasil é que existem direitos sociais reconhecidos pela Constituição como é o caso estudado, Direito à Moradia, às vezes apresentado com fins e metas de políticas públicas, como dever do Estado.

Baseado nas questões direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, Novais assevera que existe uma relação estreita entre dignidade e direitos fundamentais, posto que, a dignidade da pessoa humana é naturalmente tida como fundamento dos direitos fundamentais. Nesse viés discorre a discussão posterior.

Baseado nas questões direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, Novais assevera que existe uma relação estreita entre dignidade e direitos fundamentais, posto que, a dignidade da pessoa humana é naturalmente tida como fundamento dos direitos fundamentais. Nesse viés discorre a discussão no capítulo posterior.

5 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, COMO INSTRUMENTO DE SOLIDARIEDADE, NA BUSCA DE SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A regularização fundiária é um meio equilibrado para a promoção da justiça social de um problema tão complexo que envolve uma série de medidas jurídicas para regularização das posses sob o prisma urbanístico e proprietário, representando um meio de consolidação do direito fundamental à moradia, legitimação da posse, titulação de área, preservação do meio ambiente e dignidade da pessoa humana. Discute-se o assunto nos itens que seguem.

5.1 A Regularização Fundiária e seus Princípios Jurídicos

A regulação fundiária urbana pode ser entendida como o conjunto de medidas e procedimentos administrativos e jurídicos, ambientais, sociais e urbanísticos, que visam à “incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes” (Brasil, 2017) . As determinações jurídicas correspondem especialmente para solucionar problemas, referente às situações em que o ocupante de uma área pública ou privada não possui um título que lhe dê segurança jurídica sobre sua ocupação (Melo, 2010).

A Lei n. 11.977/2009, em seu art. 48, estabeleceu também princípios jurídicos sólidos e claros a respeito da regularização fundiária, que devem servir de meta em todas as fases da regularização fundiária. O inc. I do art. 48 da Lei n. 11.977/2009, trata da da necessidade de ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental. O acesso ágil e sem um rigor formal excessivo é a maneira mais eficiente de evitar ocupações irregulares. Nenhum ser humano em plena consciência começaria um parcelamento informal existindo em sua comunidade uma linha de acesso a moradias dignas (Melo, 2010).

A Lei 13.465/17, art. 13, incisos I e II, enuncia que a regulação fundiária urbana compreende duas modalidades. A primeira delas é a de Interesse Social, definida como a regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal, e a segunda é a de Interesse Específico, aplicável aos

núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na primeira modalidade (Brasil, 2017).

As duas modalidades têm poucos pontos de diferenciação conceitual. Além disso, não há uma definição legal objetiva para identificar se determinada população é ou não de baixa renda, portanto, sugere-se que uma lei municipal defina com melhor contorno esta questão. A Lei Municipal deve assim prever e determinar, visto que alguns parcelamentos são grandes demais para serem feitos de uma única vez.

A discussão sobre regularizar a posse da terra, traz em si um debate histórico da realidade urbana brasileira, o tema da concentração fundiária, elemento impeditivo para efetivação dos direitos fundamentais. A concentração fundiária é uma expressão da forma da organização da sociedade no que diz respeito à disposição do uso do espaço urbano, da produção e reprodução social. A produção social não é distribuída de forma igualitária, entre os que a produzem, revelando um processo de exclusão sócio espacial. Neste aspecto, a moradia, a posse da terra vincula-se ao poder aquisitivo e, a posse só adquire valor legal se devidamente registrada (Brasil, 2017).

A doutrina apresenta diferentes pareceres de Constituição e de Constitucionalismo, convergindo entre elas a submissão dos poderes públicos, a normas constitucionais como as de direitos fundamentais. O Constitucionalismo representa como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas supra ordenadas; e, em teoria do direito, na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos (Barroso, 2010).

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática (Barroso, 2010). Resultante das mudanças sociais que passaram a afetar a ordem pública e o bem estar da população mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estados Democráticos de Direito, com paradigmas fundamentais como a ideia de democracia, de cidadania, de dignidade entre outros.

O Constitucionalismo Contemporâneo apresenta a mudança de paradigma que alterou a maneira de pensar da doutrina e da jurisprudência, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação do direito infraconstitucional à moradia. Esse movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma interpretação para função da Constituição no sistema jurídico,

marcado no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização.

Esse novo pensamento representa a predominância do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a desempenhar um papel fundamental na nova hermenêutica constitucional, eis que atua como um “super princípio”, conferindo ao sistema jurídico uma unidade e racionalidade ética. Por se tratar de um princípio supremo na hierarquia das normas, passa a irradiar a sua força normativa a todos os demais princípios, direitos fundamentais e demais normas jurídicas.

Preleciona Santos (2009), pelo motivo do pensamento de vida boa, de felicidade, que era garantida unicamente em possibilidades de exercício de uma autonomia individual, de exigências de abstenção, em relação ao Estado e a todos os demais cidadãos, de prática de ações que pudessem macular direitos individuais, foi suplantada historicamente por uma compreensão coletiva de qualidade de vida que passou a demandar a satisfação de necessidades materiais, dentre as quais estava a moradia.

Em nosso ordenamento jurídico, a recepção deste novo paradigma pode ser identificada no texto dos incisos I e III do Art. 3º da Constituição Federal de 1988 - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”. Portanto, assumir o “objetivo fundamental” de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades” não é outra coisa senão admitir, expressamente, que a sociedade atual é deficiente em termos de liberdade, justiça e solidariedade, além de reconhecer expressamente não apenas a existência da pobreza e da desigualdade, mas o seu caráter de incompatibilidade com os compromissos assumidos por este novo paradigma político-jurídico.

Assim, o Direito, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode mais ser utilizado como mero instrumento de conveniência dos desejos do poder. Isso porque o Direito, dentro deste novo paradigma, assume um compromisso radical com a democracia, entendida como limitação do poder e proteção de um núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais (Sarlet, 2010).

Neste sentido segue o pensamento de Sarlet (2010), a doutrina tem reconhecido que entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade, o que não afasta, como também de há

muito já corresponde a uma assertiva corrente, a existência de tensões entre os direitos fundamentais e algumas das dimensões da democracia. [...] aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, embora inerente às democracias constitucionais (já que sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia) não deixa de estar, em certo sentido, permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.

São chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. São considerados direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte do Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, enlaçado ao princípio da igualdade (Bonavides, 2015, p. 578). São direitos em geral de cunho positivo que exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. São exemplos desses os direitos à saúde, moradia, à assistência social, à educação, ao trabalho e etc. Estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores (Sarlet, 2015, p. 48).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos de solidariedade e fraternidade e se caracterizam como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Segundo Bonavides (2015, p. 583), são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a efetivar no fim do século XX como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de uma pessoa, de um grupo ou de um determinado Estado”. São exemplos desses os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à comunicação, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

A doutrina de Sarlet descreve que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração

por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões”, possui um caráter de complementaridade e não de exclusão (Sarlet, 2015, p. 45).

Hodiernamente, a legislação federal brasileira fornece mecanismos jurídicos para promover a regularização fundiária, retirando uma grande parcela da população de núcleos urbanos informais e irregulares muitas vezes clandestinos, e passando a assegurar não apenas a moradia digna, com equipamentos urbanos adequados, mas também, fornecendo aos seus moradores a propriedade imobiliária titulada, o que lhes permite a obtenção de financiamento para fins de construção de uma casa digna.

O direito à moradia é legitimado como um direito social no art. 6º da Constituição Federal, acrescido pela emenda constitucional em 1990. Por esse motivo a afirmação que a dignidade da pessoa humana não permite que grande parte da população permaneça sem acesso à moradia digna.

A Constituição Federal de 1988 elucida a definitiva superação do autoritarismo político no país, protegendo a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Com relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial como a econômica, mas protege de forma mais intensa a primeira. Essa diferença se deve ao fato de que, pela compreensão de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes que as econômicas. A autonomia negocial, que tem escora no princípio da livre iniciativa, foi relativizada pela preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da dignidade da pessoa humana e da justiça social (Sarmiento, 2006).

A Constituição não refere diretamente à regularização fundiária. Expondo, todavia, de forma indireta, o art. 182 da carta magna faz menção ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes, explicitando a ideia da regularização fundiária. Refere-se à função social pelo motivo em princípio, atingir as camadas excluídas da sociedade. Da mesma forma, o art. 183 da Carta vigente retrata implicitamente a regularização do vínculo real ao tratar do usucapião especial urbano para fins de moradia (usucapião pró-moradia), garantindo que, mediante certos requisitos, o possuidor passa a adquirir a propriedade urbana. No parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, a Constituição faz alusão à “concessão de uso”, instrumento de regularização fundiária adequado para imóveis públicos (Carvalho Filho, 2006).

Entretanto, mais do que um simples direito subjetivo, a regularização fundiária se caracteriza por ser um direito fundamental das pessoas ou de grupos sociais dentro do cenário urbanístico. O fato de não estar inserido expressamente no elenco do art. 5º da Constituição nem nos demais dispositivos constantes do Título referente aos direitos e garantias fundamentais não lhe retira o status de direito fundamental. Bem a propósito, diz o art. 5º, § 2º, da Carta Magna, que, além dos direitos e garantias elencados, não se podem excluir outros que derivam do regime e dos princípios adotados na Carta, sendo estes os direitos e garantias implícitos (Kildare, 1994).

A regularização fundiária trata dos institutos que buscam a adequação de um empreendimento imobiliário ao ordenamento jurídico, permitindo outorgar título de propriedade a quem se encontra ou se encontrava na clandestinidade, atingindo, assim, a concretização da dignidade da pessoa humana.

Paiva (2013) nomeia as quatro modalidades de regularização fundiária previstas na legislação brasileira: a) regularização fundiária de interesse social; b) regularização fundiária de interesse específico; c) regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos; d) regularização fundiária em imóveis do patrimônio público.

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem buscar a essência de uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, especialmente os judiciais. O pós-positivismo foi de substancial importância para a mudança de paradigma constitucional, pois busca ir além da legalidade estrita (BARROSO, 2009).

5.2 A utilização de instrumentos jurídicos previstos no estatuto da cidade

Vamos abordar neste capítulo a gestão do estatuto da cidade, este normativo que instrumentaliza o município para garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

No estudo sobre as cidades, Oliveira (2001, p. 2) menciona que:

Os problemas urbanos não são novos. Fazem parte do cotidiano de nossas cidades e cada vez mais se avolumam: periferia longínquas e desprovidas de serviços e equipamentos urbanos essenciais; favelas, invasões, vilas e alagados nascem e se expandem; a retenção especulativa de terrenos é constante; o adensamento e a verticalização sem precedentes podem ser verificados com frequência; a poluição das águas, do solo e do ar assume grandes proporções, dentre outros variados e negativos aspectos.

A falta de planejamento urbano, o crescimento desordenado das cidades e o aumento populacional das mesmas sem dúvida são as principais causas dos problemas urbanos, advindo com eles não somente a questão de moradia e sim todos que envolvem o bem-estar de uma sociedade (saúde, segurança, sanidade, educação, meio ambiente entre outros).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 não teve o condão de tornar imediatamente eficazes todos os seus artigos. Vários deles precisariam se valer de leis que viessem dispor sobre a sua eficácia plena. Segundo Silva (2008), caberia assim a “imperiosa” necessidade de uma lei infraconstitucional para regulamentar os artigos 182 e 183, como foi o caso da exigência de cumprimento da função social do imóvel urbano.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é um instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor.

§ 3º. As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º. É facultativo ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - Impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo ;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§3. os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Os artigos referidos acima pretendem tutelar os atos voltados para a efetiva implementação dos objetivos para o uso adequado da propriedade, bem como

garantir aqueles desprovidos de lugar onde viver, um mínimo de respeito à sua dignidade humana. Desse modo, o artigo 182, caput, da Constituição Federal estatui que: a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivos ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Entretanto, o artigo 183, favorece o direito adquirido com os anos de moradia em imóvel de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), residindo por cinco anos ininterruptos no imóvel (Brasil, 2008).

Mesmo os artigos citados acima imprimindo ênfase ao exercício da cidadania; precisou passar mais de dez anos, até uma intervenção urbana responsável e que fosse pautada naqueles preceitos constitucionais de 1988 (Sousa, 2009).

A evolução urbana e social comprometeu o poder público a desenvolver a política urbana, adequando o seu normativo jurídico à nova realidade. Respalado em suas atitudes pela Constituição Federal do Brasil de 1988 que, inovou ao tratar em seu artigo 182 e 183, sobre política urbana, priorizando o plano diretor e a gestão participativa, porém, somente em 2001 teve sua regularização com a promulgação efetiva da Lei n. 10.257 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade.

A Lei n. 10.257/01 originou-se de projeto de lei de 1989, do senhor Raul Ferraz; esta lei regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana. de modo geral, a lei contém cinco capítulos: I - Diretrizes gerais; II - Dos instrumentos da política urbana, com as seções I a XII; III - Do Plano Diretor; IV - Da gestão democrática da cidade e V - Disposições gerais.

O estatuto da cidade passou a ser fundamental como ferramenta do direito urbanístico, no que tange as matérias relacionadas com a Proteção Ambiental e aos problemas sociais que atingem as camadas mais carentes da sociedade. Nesse sentido, cite-se novamente o posicionamento de Oliveira (2001). Segundo o qual:

Estatuto da Cidade, é, nesse momento, a esperança de mudança positiva no cenário Urbano, pois reforça a atuação do Poder Público local com poderosos e Instrumentos que, se utilizados com responsabilidade, permitem ações consequentes para a solução ou minimização dos graves problemas observados nas cidades brasileiras.

A Constituição Federal estabelece no artigo 21, inciso XX, a competência da União para fixar normas basilares que visem ao desenvolvimento urbano e o estatuto da cidade pode ser considerado uma dessas normas.

Sabe-se que muitos problemas sociais como da moradia vivenciado principalmente nas grandes cidades, tem garantia constitucional consolidado pelos direitos fundamentais. Dentro deste contexto, por se tratar de direito fundamental, à moradia é um direito de aplicabilidade imediata, nós temos no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. No entanto, alguns direitos fundamentais, como é o caso dos direitos sociais, dentre eles a moradia, necessita de políticas públicas urbanas para que possam concretizar-se, possuindo apenas eficácia jurídica plena, mas não real.

O estatuto da cidade é um mecanismo que possibilita a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais por meio dos instrumentos de política urbana nele previstos, como na usucapião especial urbana. A concretização de tais direitos fica na responsabilidade do legislador e da administração municipal.

Sobre o estatuto da cidade, Venosa (2003) conclui que:

Toda fundamentação dessa lei da cidade tem em mira colocaram Cidadão em um local Urbano e meio ambiente eficientes onde possa realizar seus desígnios com sua família, no que se denomina desenvolvimento sustentável.

O Estatuto da Cidade não só consolida o Marco conceitual de direito urbanístico, Instituído pela constituição federal de 1988, como também criou e regulamentou novos instrumentos de política e gestão urbana e de regularização fundiária, obedecendo a obrigatoriedade constitucional de sua existência em cidades com mais de vinte mil habitantes. Concedeu ao poder público desta forma a competência de planejar a sua cidade de modo a implementar políticas urbanas, se valendo dos novos instrumentos, como é o caso de IPTU progressivo, a licitação para edificação, outorga onerosa do direito de construir, os consórcios Imobiliários e outros.

Este normativo jurídico, se devidamente aplicado, permite que, sobretudo na Esfera dos governos municipais, sejam aprovadas diretrizes de planejamento, políticas públicas, programas sociais e estratégias de gestão Urbano ambiental, visando a promoção da reforma urbana brasileira. define que a Terra é a cidade tem que cumprir sua função social (Rodrigues, 2004).

O estatuto da cidade exige, sobretudo, a participação direta da população no planejamento e na gestão da cidade. Essa tarefa requer que os municípios adaptem suas legislações urbanísticas aos princípios e instrumentos da nova lei federal. Para que os conteúdos desta lei, com todas as suas possibilidades e limitações, tenham

efetividade prática e que a sociedade utilize seus instrumentos, é preciso que seja devidamente compreendido.

Cabe destacar a fixação das sanções para o prefeito e agentes públicos que não tomarem providências de sua alçada, inclusive, para o Prefeito, a sanção de improbidade administrativa; a instituição de gestão democrática e participativa, da cidade, e, finalmente, as alterações na Lei de Ação civil Pública para possibilitar que o judiciário torne concretas as obrigações de ordem urbanística, determinada pela lei, inclusive em relação a elaboração e aprovação do plano diretor.

Nas palavras de Alfonsin (2006, p. 24):

O Estatuto da Cidade representa uma ruptura paradigmática na Ordem Jurídica Brasileira, trazendo diretrizes e instrumentos para uma política urbana que garanta: Função Social da propriedade, Direito à Segurança da Posse e a moradia, Direito à Cidade, Direito à Gestão Democrática.

Conforme Medauar e Almeida (2004, p. 42),

O Estatuto da Cidade [...] veio preencher uma condição de executoriedade das normas contidas neste capítulo da Constituição Federal, sobretudo no artigo 182, uma vez que o artigo 183, igualmente disciplinado por esta Lei, já poderia entender-se autoexecutável [...] De modo, a prévia edição da lei federal que ora se comenta era elemento necessário à atuação legislativa dos municípios, ainda que alguns aspectos da previsão do artigo 182 da Constituição Federal já pudessem ser diretamente disciplinados por lei municipal.

Nas considerações sobre o Estatuto da Cidade destacamos a de Mukai (2002, p. 203),

Os pontos mais relevantes da Lei, a nosso ver, são a efetiva concretização do Plano Diretor nos Municípios, tornando eficaz a obrigatoriedade Constitucional de sua existência em cidades com mais de 20 mil habitantes; a fixação das diretrizes Gerais previstas no artigo 182, da Constituição Federal, para que o município possa executar sua política de desenvolvimento urbano; a criação de novos institutos jurídicos, ao lado da regulamentação do § 4º, do artigo 182, da Constituição Federal. (parcelamento e edificações compulsórias, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento de títulos); A fixação de sanções para o prefeito e agentes públicos que não tomarem providências de sua alçada, inclusive, para o prefeito, a sanção de improbidade administrativa; a implantação de gestão democrática e participativa, da cidade, e, finalmente, as alterações na lei de ação civil pública para possibilitar que o judiciário tome concretas as obrigações de ordem urbanística, determinadas pela lei inclusive em relação a elaboração e a aprovação do plano diretor.

O Estatuto da Cidade concentra boa parte de seu conteúdo aos instrumentos para a promoção da política urbana, em especial na esfera municipal, classificados, de acordo com sua natureza, em tributários, financeiros ou econômicos; jurídicos; administrativos e políticos.

O Estatuto da Cidade anexa importantes instrumentos urbanísticos, tributários e jurídicos que garantem a realização do plano diretor, responsável pelo delineamento da política Urbana no município e pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, sendo o que demonstra-se no descrito que segue.

De acordo com o artigo 21, inciso XIX da Constituição Federal, é competência privativa da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e Transportes Urbanos, cabendo à união estabelecer as normas gerais de direito urbanístico, no âmbito de competência Legislativa concorrente com os estados (artigo 24, inciso I).

Na doutrina de Meirelles (1990, p.107):

norma geral é a que estabelece princípios ou diretrizes de ação e se aplica indiscriminadamente a todo o território nacional. legislar e editar regras Gerais de Conduta; Não é intervir executivamente nas entidades federadas, impondo padrões estandarizados nos mais mínimos detalhes.

O que se reconhece a união é a possibilidade de estabelecer normas gerais de Urbanismo, portanto, imposições de caráter genérico e de aplicação indiscriminada em todo o território nacional (Meirelles, 1993).

Para Afonso da Silva (2001, p. 63),

Normas Gerais são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador Federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos estados e dos municípios.

As normas gerais não regulam exaustivamente uma matéria, pois isso é da competência das normas específicas, feitas pelo ente e que são mais detalhadas, bem como mais aplicadas ao interesse regional (normas estaduais) ou local (normas municipais). Elas não tem o objetivo de ferir a autonomia municipal, mas sim de manter um mínimo de uniformização das várias legislações localizadas, permitindo que cada local faça uma legislação específica de acordo com a sua realidade, mas sim disparidades exageradas (Taufner, 2010).

Para Moreira Neto (1988), as características das normas gerais aplicadas à matéria urbanísticas estão sintetizadas na seguinte disposição:

- I - estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais;
- II - não podem entrar em pormenores ou detalhes nem esgotar o assunto legislado;
- III - devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;
- IV - devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- V - devem referir-se a questões fundamentais;
- VI - são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (e ainda menos dos Municípios).

Apesar da complexidade para identificar se as normas do Estatuto da Cidade são normas gerais, que não interferem na autonomia dos entes federativos, especialmente dos Municípios, a identificação das normas do Estatuto serem adequadas como normas gerais deve ser sempre como critério básico a adequação destas a Constituição, em especial aquelas interrelacionadas com as normas da política urbana e com as competências constitucionais atribuídas aos entes federativos (Rolnik, 2002).

Sintetizando os principais pontos desta norma jurídica destaca-se o Capítulo I - Diretrizes Gerais, o Estatuto desenvolve os parâmetros que devem orientar a construção da política urbana, em todas as instâncias do Poder, o que julga-se mais relevante para o presente estudo. Em seu art. 2º potencializa as funções sociais da cidade e da propriedade urbana (Brasil, 2001).

A primeira diretriz do Estatuto reconhece e qualifica o direito às cidades sustentáveis, que passa a ter vigência como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo no conjunto dos direitos humanos. A Constituição brasileira, pelo § 2º do artigo 5º, estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil participe.

Pertence à categoria dos direitos difusos, como o direito ao meio ambiente, o direito às cidades sustentáveis preconiza a meta fundamental da norma brasileira para o desenvolvimento urbano: tornar as cidades brasileiras mais justas, humanas, democráticas e sustentáveis.

O direito à cidade é um novo direito fundamental positivado, oriundo da fonte legitimadora das normas constitucionais da política urbana, que incorporaram a emenda popular de reforma urbana apresentada na Assembléia Nacional Constituinte,

que já apontava a necessidade do reconhecimento constitucional dos direitos urbanos.

Assegurar o pleno exercício do direito à cidade é a diretriz chave da política urbana que deve ser implantada nas cidades brasileiras, tendo seus cidadãos como a prioridade desta política. O pleno exercício do direito às cidades sustentáveis compreende condições dignas de vida, de exercitar plenamente a cidadania e os direitos humanos (direitos civis e políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver numa cidade com qualidade de vida, sob os aspectos social e ambiental (Brasil, 2001).

A gestão democrática da cidade é reconhecida como uma diretriz para o desenvolvimento sustentável das cidades, com base nos preceitos constitucionais da democracia participativa, da cidadania, da soberania e participação popular.

Potencializar o exercício dos direitos políticos e da cidadania deve ser o objetivo que tem que ser respeitado nos processos de gestão nas cidades. O direito à participação popular será respeitado quando os grupos sociais marginalizados e excluídos tiverem acesso à vida política e econômica da cidade. Para ser exercido este direito pressupõe a capacitação política dos diversos grupos sociais.

Na gestão democrática da cidade, deve ser assumido politicamente, que existem diversos interesses conflitantes de vida nas cidades. O desafio é construir uma cultura política com ética nas cidades, viabilizando que os conflitos de interesses sejam mediados e negociados em esferas públicas e democráticas. Assume-se como princípio básico da política urbana, o imperativo de se discutir os rumos das cidades com os vários setores da sociedade. Garante-se, dessa forma, a participação da população nas decisões de interesse público, por meio dos instrumentos estabelecidos na Lei.

A comunidade e o Estado atuam assim, conjuntamente, na gestão e fiscalização da coisa pública. A gestão democrática da cidade pressupõe a organização da sociedade civil para interferir no processo político em nome das demandas sociais por meio do exercício da cidadania. Assim, a democracia participativa é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, reunidos, por sua vez, no direito à cidade (Brasil, 2001).

No inciso III, Da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização; determina-se aqui a dimensão da necessidade de parceria entre o poder público e os vários setores da sociedade civil

no planejamento, execução e fiscalização da política urbana, por meio de cooperação entre os investimentos públicos e privados, sempre tendo em vista o interesse da sociedade como um todo. esta diretriz contrapõe-se a uma noção de parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, cujo principal beneficiário seja o capital Imobiliário (Brasil, 2001).

O estatuto da cidade compreende o desenvolvimento urbano como um processo que pressiona o equilíbrio social e ambiental. A prática do planejamento Urbano, portanto, mais do que estabelecer modelos ideais de funcionamento das cidades, deve contemplar os conflitos e possuir uma função de correção dos desequilíbrios de todas as ordens que são causadas pela urbanização. Nesse sentido, deve haver uma compreensão integrada do desenvolvimento urbano e econômico, incluindo as relações entre as regiões urbanizadas e as áreas sob sua influência direta (Brasil, 2001).

Na abordagem tradicional, a Lei de Uso e Ocupação do Solo é vista como um mecanismo de regulação dos usos urbanos baseados principalmente em modelos ideais de distribuição de densidades e compatibilidade de usos. Aqui, complementa-se essa visão com uma nova maneira de tratar o uso e a ocupação do solo, incorporando a dimensão de seus efeitos sobre o processo de formação de preços no mercado imobiliário e na adequação entre as reais condições das diferentes partes da cidade e a ocupação que essas áreas podem receber. A lei de uso e ocupação do solo, portanto, pode passar a induzir usos e ocupações específicas, quando identifica entre a capacidade e a real utilização de cada parcela da cidade. da mesma maneira, a lei pode mediar conflito entre usos e ocupações incompatíveis na cidade (Brasil, 2001).

Para a integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais; leva-se em conta a relação de dependência entre as regiões urbanas e rurais, estendendo as premissas do Estatuto para além da região urbanizada do município. Esta Diretriz afirma a responsabilidade do município em relação ao controle do uso e ocupação do solo das zonas rurais, na Perspectiva do desenvolvimento econômico do município (Brasil, 2001) .

Em se tratando da distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização: um dos objetivos da política Urbana passa a ser o estabelecimento de mecanismos de correção destas distorções, de maneira a compensar perdas ou

ganhos excessivos em decorrência das alterações na dinâmica e dos investimentos públicos e privados na cidade (Brasil, 2001).

Na adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; coloca-se aqui a função redistributiva da política Urbana e a adequação dos investimentos e gastos públicos aos objetivos Gerais de desenvolvimento urbano. taxas e impostos, como o imposto predial e territorial urbano, os investimentos provenientes do orçamento público devem promover justiça social, e devem ser coerentes com os objetivos das políticas de desenvolvimento urbano (Brasil, 2001).

Reconhece-se no inciso XIII, a proteção do patrimônio, em suas várias dimensões, como parte do direito à cidades sustentáveis, a ser garantido pelos instrumentos urbanísticos.

O Estatuto da Cidade em seu inciso XIII marca a importância da participação dos cidadãos em audiência pública municipal nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; esta diretriz relaciona-se ao direito à gestão democráticas das cidades, garantindo à População o acesso e o poder de interferência nos processos de decisão e implementação da política Urbana.

Neste inciso está a maior garantia de moradia para a população com maior deficiência socioeconômica, que vivem em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica em áreas consideradas ilegais e irregulares, dispõe a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Esta diretriz visa a efetivar o direito à moradia de milhões de brasileiros que vivem em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica de proteção ao direito de moradia nas cidades, em razão dos assentamentos urbanos em que vivem serem considerados legais e irregulares pela ordem legal urbana em vigor.

Com esta Diretriz, o estatuto da cidade aponta para a necessidade da Constituição de um novo Marco legal Urbano que constitua uma proteção legal ao direito à moradia para as pessoas que vivem nas favelas, nos loteamentos populares,

nas periferias e nos cortiços, mediante a legalização e a urbanização das áreas urbanas ocupadas pela população considerada pobre ou miserável.

A simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas e edificações, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; parâmetros complexos e exigentes dificultam e reduzem a oferta de lotes e diminuem a possibilidade de oferta de lotes e moradias pelo mercado formal. A simplificação da legislação deve ser buscada, de maneira a permitir dentro da lei um uso intenso e racional dos recursos territoriais e dos investimentos públicos, sem que isso ameace a salubridade e qualidade ambiental. Se a legislação for mais simples, certamente será mais conhecida e praticada pelo conjunto dos cidadãos.

As diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade como normas gerais de direito urbanístico são, em especial para os Municípios, as normas balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos da política urbana regulamentados na lei. O Poder Público somente estará respeitando o Estatuto da Cidade, quando os instrumentos previstos forem aplicados com a finalidade de atender as diretrizes gerais previstas na lei.

5.2.1 Instrumentos jurídicos de regulação urbana

A existência destes instrumentos, se bem aplicados, podem promover uma Reforma Urbana, estruturando uma política fundiária que garanta a função social da cidade e da propriedade. Favorecendo a ocupação das áreas já dotadas de infraestrutura e equipamentos, mais aptas para urbanizar ou povoar, evitando pressão de expansão horizontal na direção das áreas não servidas de infraestrutura ou frágeis, sob o ponto de vista ambiental. Aumentar a oferta de terra e de edificação para atender à demanda existente, evitando assim que aqueles que não encontram oportunidades de moradia nas regiões centrais sejam obrigados a morar em periferias longínquas, em áreas desprovidas de infraestrutura, em áreas de risco de enchentes e de desabamento ou em áreas de preservação ambiental.

Em seu Capítulo III - Dos Instrumentos da Política Urbana, o Estatuto da Cidade nomeia tais instrumentos jurídicos onde os recursos provêm por parte do Poder Público Municipal, devendo ser objeto de controle social, garantindo a participação da comunidade e entidades sociais.

1) Utilização compulsória: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; esses instrumentos já vinham previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal de 1988. O que destacou a Constituição foi a possibilidade de, em áreas previamente definidas em lei municipal, baseada em plano de uso de solo, ou não uso pode deixar de ser uma faculdade desse *dominus* (Oliveira, 2002).

O Estatuto da Cidade conferiu status de concreção a este instrumento, dispondo, em seu art. 5º, que lei específica para a área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para a implementação da referida obrigação (Oliveira, 2002).

O imóvel será considerado subutilizado cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente. O problema surge na fixação deste mínimo, discutindo os doutos se em termos quantitativos, qualitativos ou em forma de tempo de utilização.

Após a notificação do Poder Executivo Municipal para o cumprimento da obrigação, com averbação no Cartório de Registro de Imóveis, e, decorridos os prazos para cumprimento da obrigação (incisos I e II, do § 4º, do art. 5º), virá a aplicação de IPTU progressivo no tempo mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. Decorridos cinco anos de cobrança do imposto progressivo sem que o proprietário cumpra a obrigação, o Município poderá proceder a desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (Brasil, 2001).

Esses títulos terão a prévia aprovação do Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais de 6% ao ano, diz o § 1º do art. 8º. No entanto, o § 2º dispõe que o valor real da indenização será refletido pelo valor de base de cálculo do IPTU, ou seja, pelo valor venal, que, conforme o cediço, é sempre muito inferior ao valor venal de mercado do imóvel. Relevante, portanto, a dúvida quanto à constitucionalidade do § 2º por afrontar a regra da justa indenização nas desapropriações (art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal).

2) IPTU Progressivo: Este importante instrumento, o IPTU progressivo no tempo; desde a matriz constitucional (art.182, § 4º, II) surge em relação ao imóvel subutilizado ou não utilizado a possibilidade de progressão do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, Quando forem infrutíferas as notificações para o parcelamento, edificação e utilização compulsórias (Brasil, 2001).

A exação de forma sancionatória deste tributo municipal, eminentemente fiscal, passará a brigar uma função extrafiscal com a progressividade, uma vez que servirá como instrumento de intervenção estatal no domínio social, não se restringindo apenas ao meio de formação do erário municipal.

O estatuto da cidade, em seu art. 7º, estabeleceu que o valor da alíquota não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15%, sendo defesa a concessão de isenções ou de anistia.

A cobrança desse imposto, nestas condições, comportaria, segundo parcela da doutrina nacional, como uma exceção ao princípio do não confisco, haja vista que se trata de uma “constitucionalidade inconstitucional”, cujo controle, não contraria com o amparo da Constituição Federal por ter sido legitimada pelo constituinte originário, autorizando, destarte, a contradição entre o direito de propriedade, agasalhado por cláusula pétrea, e o confisco pelo poder público.

Entendemos que a progressividade do IPTU resvala, primeiramente, no princípio da legalidade, uma vez que o art. 150, I, da Constituição estabelece que é defeso aos municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Embora neste dispositivo acha a permissão para lei ordinária, o artigo 146, II, da carta política disciplina que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, o que implica a afirmação de que, como o princípio da legalidade se encontra inserido na seção II, das limitações do poder de tributar, o Estatuto da Cidade, como a lei ordinária, não teria força para instituir um tributo, mesmo na superveniência de lei municipal específica (Marins, 2004).

Cabe ainda menção ao princípio da anterioridade, elementar em direito tributário, e que restaria violado, haja vista que o prazo de 90 dias inserido no artigo 58 seria aplicável unicamente às contribuições sociais. Conclui-se, desta feita, a presença de dupla inconstitucionalidade na provisão IPTU progressivo: formal (espécie Legislativa e inadequada) e material (violação ao princípio da anterioridade).

3. Usucapião especial: o art. 9º do Estatuto veio regulamentar o instituto, previsto no art. 183 da Constituição Federal, até 250 m² e com cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição. O art. 50 veio entender tal figura a imóveis com mais de 250 m² instituindo a usucapião em condomínio especialíssimo (usucapião coletiva) (Brasil, 2001).

A base jurídica para a concessão de escrituras chama-se Estatuto da Cidade, aprovado pelo Congresso Nacional em 2001. A lei limita o tamanho do imóvel e diz

que o candidato não pode ter outra propriedade. Além disso, ele tem de ser morador há mais de cinco anos, sem contestação do verdadeiro dono, e a casa não pode estar em área de risco nem de proteção ambiental (Meirelles, 1990).

O usucapião é considerado um dos mais tradicionais institutos do Direito Civil, por meio do qual se adquire o domínio de um bem imóvel, observados os requisitos fixados no ordenamento jurídico vigente. É, assim, um procedimento para aquisição da propriedade imobiliária através da prescrição aquisitiva, mediante o preenchimento das condições estabelecidas em lei.

O Estatuto da Cidade, norma legal diferenciada para a promoção da justiça social e para a redução das desigualdades sociais nas cidades, instituiu uma nova modalidade de aquisição da propriedade imobiliária, usucapião coletivo, com a finalidade da regulação fundiária, direcionada aos chamados bairros eventuais, aglomerados de moradia em centros urbanos, que nascem de maneira desordenada, à margem de qualquer regularização jurídica, as chamadas ocupações.

O usucapião é aquisição originária, pois não guarda nenhum liame jurídico ou relação de causalidade entre o domínio do possuidor do proprietário anterior, não havendo, portanto, desobediência ao princípio da continuidade que rege os registros públicos, configurando, assim, a mais clássica exceção ao mesmo.

Tratando sobre os requisitos legais, pode-se considerar em primeiro lugar os estabelecidos pelo ordenamento jurídico registral, tais como identificação das partes (qualificação completa dos autores) e caracterização do imóvel objeto da ação; e, em segundo lugar, as exigências constitucionais, as quais serão pontuadas com mais destaque nesta pesquisa e que sejam duas modalidades de usucapião especial urbana (gênero): singular e a coletiva.

As espécies de usucapião especial urbana são facilmente diferenciadas através dos destinatários e do objeto deste instituto processual. A forma singular destina-se à regularização da moradia de forma individual e coletiva, a solucionar o problema da moradia de um grupo de pessoas, envolvendo vários imóveis na demanda jurídica processual.

4. Usucapião especial singular: analisaremos os requisitos do usucapião especial urbana singular, observando o dispositivo legal a ela relacionado, o art. 9º da Lei n. 10.257/2001. Ressalta-se que este dispositivo legal se reporta a espécie de usucapião já prevista na Constituição Federal, conhecida genericamente por

usucapião especial, ou usucapião *pro morare* (Araújo, 2005). Com o estatuto da cidade vieram alterações que serão destacadas a seguir.

Observamos que a citada norma legal estabelece que terá direito ao domínio aquele que estiver na posse do imóvel com as seguintes características: 1. Urbano; 2. Limite de dimensão da área ou edificação: duzentos e cinquenta metros quadrados (Brasil, 2001).

Em complementação às características do imóvel acima indicadas, deverá ser utilizado para fins de moradia do titular da pessoa ou de sua família.

Destas prescrições surgem várias indagações doutrinárias, a primeira delas sobre a qualificação do imóvel como sendo urbano. Urbano será o imóvel, segundo o critério da localização, situado geograficamente na área delimitada como urbana, independente de sua forma de utilização.

Quanto à segunda característica, pondera-se que o legislador infraconstitucional acrescentou a palavra área na redação do dispositivo constitucional, o que vem causando grandes celeumas quanto à sua aplicabilidade, visto que o limite da dimensão do imóvel objeto da usucapião especial poderá estar relacionado com área ou com edificação.

Restringindo a análise do tema a finalidade da norma examinada, é forçoso concluir que quando a área territorial ou área edificada do imóvel força superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, não há possibilidade de aplicação desse procedimento de aquisição do domínio em tela, mas é admitido que uma área de até 250 m² esteja inserida em uma área maior (Brasil, 2001).

Todavia, somente o limite legal e constitucional será albergado na ação de usucapião especial urbana singular, o que sobejar poderá ser regularizado por outra espécie de usucapião prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar da possibilidade teórica acima esboçada, é muito difícil, na prática, alguém utilizar mais de uma forma de usucapião para regularizar a mesma propriedade, a não ser que os processos realmente fossem tutelados pelo princípio da celeridade.

Outra interpretação duvidosa é entender que a expressão “área ou edificação” significa possibilidade de usucapir imóvel sem construção, o que é uma aberração jurídica, pois como se pode admitir que uma pessoa habite um terreno? Na realidade, o legislador apenas estabeleceu um parâmetro, um limite material relacionado com a caracterização do imóvel, ou seja, como o imóvel deve servir de moradia para o sujeito

ativo desta ação, é necessário que exista uma edificação na área usucapida, por mais rudimentar que seja, e ainda, que esta área será de no máximo 250 m² e esta construção também não poderá ultrapassar este limite (Brasil, 2001).

Pertinente a ressalva de Gasparini (2002):

Essa regra não se aplica quando a usucapião constitucional Urbana tem por objeto um apartamento, construído, como se sabe, sobre Fração Ideal do terreno sempre menor que área total do apartamento, somadas, portanto, as áreas útil e comum. nesse caso o somatório dessas áreas não pode ultrapassar os duzentos e cinquenta metros quadrados (Gasparini, 2002, p. 80).

É pertinente o ensinamento de Gasparini (2002) no que tange a impossibilidade de usucapir os bens fora do comércio pela própria natureza, tais como o ar e a luz solar. Todavia, quando defende a teoria de que: “por área usucapível há de se entender a que pode ser objeto de livre negociação pelo seu proprietário; a que está no livre comércio” (Gasparini, 2002, p. 78). É pertinente lembrar que a usucapião, por ser modo de aquisição originária da propriedade, tem o condão de desconstituir gravames existentes no registro do imóvel.

Observe-se, por fim, com relação ao multicitado art. 9º, que omitiu o § 3 do art. 183 da Constituição Federal, que dispõe sobre a impossibilidade de aquisição de imóveis públicos por usucapião. Imóveis registrados em cartório, também podem ser usucapidos, apenas com um agravante, a necessária citação do proprietário, nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, sob pena de falta de requisito essencial da ação. Neste intuito, o prescribente deverá anexar nos autos prova de que o imóvel usucapido não está registrado em nome de ninguém ou em nome de quem está registrado, o que poderá ser comprovado através de certidão emitida pelo serviço imobiliário competente - Art. 12, da Lei n. 8.935/94:

Art. 12. Aos oficiais do registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinentes aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

No ingresso da ação, é conveniente verificar a circunscrição imobiliária a que pertence o imóvel usucapido. A certidão do registro imobiliário visa, neste contexto, a comprovar se a titular de domínio com interesse da demanda, com o fulcro de atender

o requisito processual fixado no art. 942, do Código de Processo Civil. Por tal razão, conclui-se por desnecessária a apresentação de certidão com base no indicador Real de Ofício Registral que não tem competência para registro de bem imóvel, pois a resposta é evidente, ou seja, negativa, pois não pode haver registro de imóvel em serventia incompetente, segundo o Princípio da Territorialidade albergado nos registros públicos.

Cabe lembrar ainda, que tanto o proprietário do domínio útil como o do domínio direto deverão ser citados na referida ação, caso contrário, a sentença estará passível de reforma via rescisória, nos termos previstos no Código de Processo Civil, art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição da lei.

O destinatário deste instituto é a pessoa ou família que esteja na posse do imóvel objeto da ação, para fins de moradia, ou seja, com *animus domini*. Diante dessa assertiva, conclui-se que a finalidade desta modalidade de usucapião é a solução do problema da moradia, assim sendo, não se admite a utilização deste instituto por pessoa jurídica, a qual não possui moradia, mas sede.

Destarte, será titular do direito de usucapir imóvel sob o escopo *pro morare* somente pessoas físicas, dentre elas abrangidos os brasileiros natos ou naturalizados, assim como os estrangeiros residentes no país regularmente (com visto válido de permanência), como assegura o art. 5º, XXII, da Constituição Federal.

Tais pessoas poderão ingressar em juízo isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente.

Ainda falando sobre o ocupante, cumpre frisar que a usucapião especial urbana é concedida em benefício da família, não apenas aquela constituída por casamento oficial, sendo admitida para casais sem filhos, viúvos e conviventes até do mesmo sexo, pois independente de configurar ou não uma família, o direito será concedido em favor da regularização da moradia da pessoa.

Outro detalhe importante que merece reflexão é o requisito de que o requerente do domínio não pode ser proprietário de um outro imóvel urbano ou rural. Tal circunstância dificilmente será comprovada por meio de prova documental que exigiria a negatificação de domínio expressada por todos os ofícios de registro de imóveis do país, desta forma, o interessado deverá declarar o atendimento deste requisito legal sobre as penas da lei, ou seja, sob crime de prestar declaração falsa.

Em sua colocação Pereira (2003) defende que tal circunstância deverá ser evidenciada pela certidões negativas dos ofícios imobiliários, mas tal exigência iria tornar inócuo o instituto da usucapião especial urbana, primeiro pelo custo exorbitante que tais certidões acarretaria e, segundo, pela demora na efetivação de todas as certidões Com base no indicador pessoal de cada serventia imobiliária existente no país.

Caso sejam solicitadas somente a certidões das serventias do município do imóvel objeto da ação, ainda assim seria um desnecessárias, pois não atingiriam o requisito legal previsto, ou seja, comprovar que o prescribente não é titular de nenhum outro imóvel Urbano ou Rural. Estar-se-ia comprovando, tão somente, que o autor não é proprietário de imóvel naquela dita localidade, o que reforça ainda mais a tese de que o meio de prova mais adequado para o cumprimento deste requisito legal é a declaração sob as penas da lei prestada pelo requerente da ação.

Sobre o § 1º do art. 9º, é conveniente frisar que o ferido o título aquisitivo será conferido ao “homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”, assim, esse usucapião é concedido em benefício da família. portanto, poderá uma pessoa casada requerer sozinha o domínio do imóvel. neste caso, o ministério público e o juiz deverão estar atentos para a qualificação do requerente, para as circunstâncias de início da posse e a participação do cônjuge para a constituição deste direito real, no intuito de não deixar de fora da ação parte essencial ao regular prosseguimento do feito, à luz da legislação processual civil (Brasil, 2001).

Ademais, as autoridades judiciárias deverão estar atentas para que os beneficiários deste tipo de ação não litigam de má fé, declarando, por exemplo, que a mulher mora sozinha em tal endereço e o homem preste a mesma declaração para outro endereço. Neste sentido, a oitiva das testemunhas e dos vizinhos terá salutar importância, assim como o depoimento pessoal das partes. Tais diligências inibirão práticas criminosas que desvirtuem o sentido da norma posta para sanar grave mácula urbanística (moradia).

A aquisição por meio de usucapião especial não poderá ser reconhecida ao mesmo possuidor mais de uma vez, nos termos do disposto no § 2º, do art. 9º, complementar a Legislação Federal, fixando o critérios no código de divisão e organização judiciária que possibilitem a verificação da distribuição de ações judiciais relacionadas com o nome do requerente e a natureza da ação, possibilitando, assim,

a aplicabilidade real deste dispositivo, caso contrário, será mais um requisito ao alvedrio da declaração do requerente (Brasil, 2001).

A posse para essa modalidade de usucapião deverá perfazer cinco anos e este lapso temporal deverá ser contado a partir da vigência da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, tal fato é irrelevante, visto que já se passaram mais de vinte anos do advento da Constituição de 1988. Todavia, o referido questionamento teve importante destaque nos debates doutrinários que se travaram logo após a edição do texto constitucional, por que havia ainda ação sobre a possibilidade de requerer o domínio de um imóvel, por meio de usucapião especial, por quem completasse cinco anos de posse antes do aniversário de cinco anos de vigência da Constituição Federal.

O § 3º do art. 9º do Estatuto da Cidade merece crítica, no que se refere a limitação da acessão das posses, aplicando-a somente no caso sucessório e na condição de o herdeiro estar residindo no imóvel na ocasião da abertura da sucessão, o que ratifica os objetivos do Estatuto da Cidade de resolver o problema da moradia, bem como a natureza pessoal da usucapião especial urbana (Brasil, 2001).

A posse para esta finalidade a de ser ininterrupta, isto é, contínua, bem como mansa e pacífica. a oposição caracteriza-se pela impetração das ações judiciais que o proprietário ou terceiros podem utilizar na defesa dos direitos que entendem ofendidos pelo prescribente (Gasparini, 2002).

Somente será considerado oposição a ação intentada por quem tenha legitimidade e, mesmo quando feita oposição por quem de direito, há de se observar se prosperou, pois se a resposta jurisdicional for desfavorável, não há de se falar em oposição válida, ou melhor, de descaracterização da mansidão da posse.

Assim, a simples certidão de distribuição positiva não configura quebra da tranquilidade da posse. A usucapião especial urbana ficará sobrestada aguardando o deslize da ação possessória que tiver prioridade, observando o disposto no art. 923, do Código de Processo Civil.

5) Usucapião Especial Coletiva: A preocupação com o problema de moradia, encontrado nas cidades, provavelmente sensibilizou o legislador federal na institucionalização da modalidade de usucapião coletivo previsto no art. 10 do Estatuto da Cidade. Este instituto é relevante para o pleno desenvolvimento da política social, visto que possibilita a regularização jurídica de área com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados ocupada por população de baixa renda para sua moradia, o que

denota, mais uma vez, uma nítida preocupação do legislador em resolver o problema social da moradia.

Sabe-se que a regularização imobiliária, ou seja, a publicidade dos direitos reais junto ao registro imobiliário é um procedimento oneroso e revestido de muitos requisitos formais estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente. Por tal razão, a população mais carente não tinha ferramentas jurídicas para materializar seu direito de propriedade. Assim, o estatuto da cidade criou a possibilidade de trazer para a regularidade registral muitos imóveis oriundo de invasões e ocupações, que sem ele continuariam sem cadastro, em face da impossibilidade de localização geográfica dos mesmos.

Desta forma, a ação de usucapião coletivo abre uma exceção ao princípio da especialidade, coroado nos registros públicos, sem pôr em risco a segurança jurídica por ele vislumbrada, criando a figura do condomínio especial. significa que cada moradia não precisará ser individualizada (medidas, áreas, pontos cardeais e confrontantes), apenas a área total que está sendo usucapida e está, por sua vez, será subdividida em termos de fração ideal, o que permite a regularização de verdadeiros bairros (Brasil, 2001).

Fixa ainda o legislador que a fração ideal deverá ser a mesma para todos, salvo acordo expresso dos condôminos. Tal dispositivo também simplifica o procedimento de regularização documental, porque nem sempre a comunidade dispõe de recursos financeiros necessários à contratação de profissional habilitado para efetuar o cálculo das frações ideais relacionadas com o terreno e a área edificada de cada moradia. assim, num grupo formado por quinze famílias, por exemplo, cada uma terá a fração ideal de um sobre quinze avos ou seis vírgula sessenta e seis por cento da área usucapida.

Todavia, verificada a hipótese de cálculo de fração diversa, o legislador não vedou a possibilidade de concessão de direitos diferenciados, apenas fixou a necessidade de realização de um acordo solene, na forma escrita.

6) Aspectos Comuns à Usucapião Especial Urbana Singular e Coletiva: Em ambas as modalidades legais: singular e coletiva, não há necessidade de comprovação de justo título nem de boa fé para a configuração da hipótese de usucapião especial, pois o que se vislumbra é a proteção da moradia da família. Basta, portanto, a posse mansa, pacífica e continuada, ou seja, ininterrupta e sem oposição.

Falando sobre aspectos processuais, o Estatuto da Cidade prevê que o rito utilizado no processo de usucapião especial será o sumário e que é obrigatória a intervenção do Ministério Público, que atuará como fiscal da Lei, o que já era previsto no Código de Processo Civil, “Art. 944 - Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do Processo o Ministério Público”. Quanto ao rito, esvaziasse na prática em razão da ampla necessidade probatória inerente ao usucapião, que macula a celeridade, principal característica do rito sumário.

Lembre-se, ainda, que o fórum competente para processual a ação será o local de situação do imóvel e será necessária a citação dos confrontantes, bem como a intimação das fazendas públicas, municipal, Estadual e Federal, e, ainda, a citação do proprietário do imóvel, assim como dos réus incertos e eventuais interessados, Por Edital, nos termos fixados no código de processo civil em seus Arts. 942 e 943, supracitados.

As partes poderão ser beneficiadas com a assistência judiciária gratuita, inclusive perante o registro de imóveis. Não é menos relevante enfocar que a Constituição Federal prevê não apenas a assistência judiciária gratuita, mas assistência jurídica gratuita, O que é bem mais abrangente, pois extrapola os procedimentos judiciais para a plena efetivação do direito do cidadão. então, como está tudo da cidade estabeleceu a gratuidade do serviço registral era mais apropriado referir-se a assistência jurídica e não judiciária, pois este último de nota apenas atos processuais, aqueles que se exaurem até o trânsito em julgado da sentença. No caso do registro do título de domínio, este somente poderá ser ultimamente após o trânsito em julgado da sentença que o reconheceu. assim, trata-se de ato extrajudicial, fora dos limites formais do processo judicial (Brasil, 2001).

Notamos ainda que “a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”, nos termos do Art. 13 do Estatuto da Cidade, o que não é novidade em nosso direito civil, pois o mesmo acontece com as demais espécies de usucapião existentes. A Inovação será em eliminar uma nova ação para reconhecer que esse direito alegado em matéria de defesa, o que consagra os princípios da economia e celeridade processual tantas vezes esquecidos ou marginalizados (Brasil, 2001).

Já o art. 11 do estatuto da cidade disciplina que “na pendência de ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestados quaisquer outras ações, petições ou

processuais, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo”, estabelecendo uma espécie de juízo universal (Brasil, 2001).

Com relação a individualização da unidade autônoma (moradias dos requerentes), ainda para o questionamento da necessidade ou não de apresentar, no momento do registro, a certidão do Instituto Nacional de Seguridade Social referente a área construída apontada no instrumento judicial. é de uma clareza de doer nos olhos que o uso campeão faz nascer um título registrado para o imóvel. neste caso, é desnecessária a exigência de tal certidão, pois não se trata de averbação da construção de um imóvel, mas tão somente a declaração de uma situação preexistente.

Neste ensejo, deve-se deixar claro, para apagar qualquer dúvida que ainda seja fomentada na cabeça de algum registrador, que a usucapião é modo originário e não derivado de aquisição da propriedade, porque brota como direito novo, independentemente de qualquer vinculação do usucapiente como o proprietário anterior, o qual, se existir, não será o considerado como transmitente do bem.

Também é salutar frisar, mais uma vez, que não há transmissão, por interposta pessoa, na aquisição originária. a aquisição é direta, fazendo para o adquirente seu o bem apropriado, sem que ele seja transmitido por outrem.

7) Título de Domínio: Passando a análise do § 1º do art. 9º em comento, observa-se a expressão “títulos de domínio”, a qual equivale ao dispositivo no art 10, § 2º, ambos do Estatuto da Cidade, ou seja, a sentença que “servirá de título para o registro no cartório de registro de imóveis” da circunscrição competente (Brasil, 2001).

É oportuno ponderar que o estatuto da cidade foi editado em 2001 e o legislador federal inadvertidamente utilizou a terminologia “cartório” para designar o serviço registral, designação superada desde o advento da Constituição de 1988, substituída por expressões mais apropriadas tecnicamente, como serviços registrares, serventias imobiliárias ou ofícios imobiliários, nos termos da Lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal.

Contendo todos os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico registral, o mandado é título hábil para ingresso no álbum registral, entende-se por requisitos aqueles relacionados com os princípios que regem os registros públicos, tais como o da Especialidade, que prevê a necessidade de que a descrição do imóvel usucapido seja individual ou coletivo, com a indicação de suas medidas, áreas, confrontantes e pontos cardeais, assim como a qualificação do adquirente do domínio, indicando

nome completo, nacionalidade, capacidade, estado civil, documento de identificação, inscrição no cadastro de pessoas físicas, domicílio, profissão, sendo casado, igual qualificação do cônjuge, e, ainda, o regime de bens e época de casamento. Se o casamento tiver sido celebrado com pacto antenupcial, deverá ser mencionada a escritura pública que o elegeu e o registro respectivo.

Sendo usucapião singular, será descrito o imóvel individualmente. Na hipótese de usucapião coletiva, será descrito o imóvel em sua totalidade, ou seja, a descrição será perimetral, com a identificação genérica das unidades autônomas, sem a caracterização individual, pois isto desvirtuaria a espécie.

O registrador é fiscalizado tão somente pelos atos que realiza, e não pelo que está a efetivar, razão pela qual não pode efetuar registros em detrimento dos princípios e normas que disciplinam o Direito Imobiliário.

Sabe-se que pode haver usucapião de imóvel registrado. Neste caso, o oficial de registro averbará a prescrição aquisitiva no registro existente e o encerrará, abrindo matrícula nova, preservando a continuidade do registro. Apresentado um título para registro, o oficial tem duas alternativas: registrá-lo ou não. A decisão sobre qual das alternativas será adotada repousa no exame da legalidade do título ao cartório de registro de imóveis. Sabe-se que cada título apresentado possui requisitos legais próprios, estabelecidos em leis específicas, como é o caso da usucapião especial urbana.

Examinados os requisitos legais do título, o oficial verificará se estão ou não de acordo com o que a legislação estabelece. Estando de conformidade com os mandamentos legais, o título é registrado e atinge efeito *erga omnes*, próprio da atividade de registro de imóveis. Por outro lado, se o documento apresentado apresentar alguma irregularidade, esta deve ser apontada ao interessado, para que este diligencie no sentido de providenciar o atendimento das solicitações do oficial de registro.

Dentro da mesma acepção, pode-se dizer que o exame da legalidade dos títulos é tarefa precípua do oficial de registro, pois precede todos os atos registrais por ele realizados. Sem ele o oficial estaria sempre no limiar de cometer requisitos recheados de irregularidades. Afinal, nem sempre as pessoas que buscam os serviços registrais imobiliários possuem conhecimentos técnicos suficientes para atender os requisitos estabelecidos nas leis específicas que norteiam o Direito Imobiliário.

Na explicação de Agharian (2001, p. 84),

Apresentado o título para registro, o mesmo será prenotado, ocasião em que se atribuirá eficácia provisória de direitos reais, isto enquanto o oficial, serventário, chamado conferente na linguagem dos cartórios de registros de imóveis, analisa a regularidade do mesmo documento apresentado, a fim de certificar-se de que o mesmo atende as exigências [...] Encontrando-se tudo em ordem técnica, procederá à efetivação do registro, propriamente dito.

Portanto, nem sempre o oficial poderá realizar o registro pretendido logo após a apresentação do documento ao cartório. Assim, acontece com o mandado de usucapião, cuja legalidade é examinada da mesma forma que a de uma escritura pública de compra e venda, por exemplo.

8) Direito de Superfície: Através do direito de superfície, é possível negocialmente separar o direito de construir do direito de propriedade do solo, afastando a incidência da acessão, abrindo alternativas de utilização do solo por quem não seja proprietário dele, sob a forma de um direito real, com a consequência de que o resultado concreto da atividade de edificar ingresse no patrimônio de quem construiu, constituindo propriedade separada (superfideciária) distinta da propriedade do solo.

A instituição do direito de superfície consuma o acalentado sonho dos urbanistas, que é a separação do direito de construir do direito de propriedade, realizada aqui pela via negocial, com as galas de um direito real sobre a coisa alheia. Sua valia ganha em resultado quando, partindo de terras públicas, pode apresentar-se como instrumento valioso de uma política de regularização fundiária, sobretudo quando articulado com outros instrumentos, como a usucapião especial urbana, que poderiam ser utilizados na titulação de áreas faveladas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares promovidos a *non domino* etc.

O art. 21 do Estatuto da Cidade veio instituir o direito de superfície, direito que poderá ser concedido a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada em cartório.

O Código Civil no seu título IV, trata do direito de superfície e no art. 1369 define-o semelhantemente ao que faz o art. 21 do Estatuto da Cidade. É interessante observar que o Código Civil, sendo lei posterior, revoga o Estatuto da Cidade naquilo que o contrariar, se incompatível com algumas de suas disposições.

O parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Revoga, em parte, portanto, o § 1º do art. 21 do Estatuto (“O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo”).

O art. 1.377 tem a seguinte disposição que o Estatuto nos traz: “O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”.

O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo (§ 4º, do art. 21) e, por morte do superficiário, seus direitos transmitem-se aos herdeiros (§ 5º). O superficiário responde integralmente pelos encargos e tributos sobre a área objeto de concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário ao contrato respectivo.

9) Direito de Preempção: O direito de preempção é o direito de preferência que o Poder Público Municipal terá para a aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. Depende de lei municipal baseada no plano diretor, que delimitará as áreas em que se dirá o direito e fixará um prazo de vigência não superior a 5 anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

O art. 26 dá um prazo de 30 dias para que o município, após a notificação que lhe for feita pelo proprietário da sua intenção de alienar o imóvel, para manifestar por escrito a sua intenção de comprá-lo. O § 3º do art. 27 diz que transcorrido esse prazo o proprietário estará autorizado a realizar a alienação para terceiro nas condições da proposta apresentada. O § 5º dispõe que a alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito e o § 6º diz que se ocorrer tal hipótese, o município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se for inferior àquele.

O direito de preempção trata da preferência, por parte do poder público, para compra de imóveis de seu interesse, no momento de sua venda. o poder público definirá a área sobre a qual incide este direito, desde que seja para projetos de regularização fundiária, programas habitacionais de interesse social, reserva fundiária, implantação de equipamentos comunitários, espaços públicos e de lazer ou áreas de preservação ambiental. Estes objetivos são bastante claros. Entretanto, o estatuto inclui a finalidade de “ordenamento e direcionamento da expansão urbana”, objetivo bastante genérico e preciso sobre a utilidade do instrumento, descrevemos:

A questão que se coloca saber se o direito de preensão tem utilidade prática para fins de planejamento Urbano. uma primeira vantagem é permitir ao poder público ser informado de todos os projetos de venda existentes na zona delimitada e, assim, tornar conhecimento das intenções dos particulares podendo evitar que se pratica em Atos de danosos ao ordenamento da área, com a demolição de prédios que devam ser conservados e outras situações semelhantes. evidente que, para esse fim, a prefeitura deverá ter um serviço de planejamento bem aparelhado, de forma permitir Aquele controle O que é raro nos municípios pequenos e muitos grandes (Azevedo, 2001, p. 89).

Outra vantagem que se aponta no direito de preensão é a possibilidade de o poder público adquirir progressivamente os terrenos necessários ao planejamento da cidade, antes que o aumento dos preços e a especulação torne inviável essa aquisição. Tal faculdade permite que o município construa uma reserva fundiária, um banco de terras, o que muito facilitaria a execução de seus projetos, dentro do plano diretor de desenvolvimento urbano, principalmente aqueles relacionados com a construção de habitações de interesse social. Essa vantagem, no Brasil, praticamente desaparece em face da escassez de recursos de que padecem a quase totalidade dos municípios, que sequer consegue resolver problemas mais graves e mais urgentes.

Argumento de maior peso é o de que a simples existência do direito de preempção, permitindo que o poder público adquira o imóvel posto à venda, deve contribuir para frear a alta dos respectivos preços. O objetivo do direito de preempção é facilitar a aquisição, por parte do poder público, de áreas de seu interesse, para a realização de projetos específicos.

10) Outorga Onerosa do Direito de Construir: Outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (solo criado). Cria-se solo quando se gera área adicional de piso artificial não apoiada diretamente sobre o solo natural, cria solo quem cria piso artificial.

O Instituto da outorga onerosa apresenta-se como instrumento útil, sendo forma de controle de adensamento urbano, da utilização desordenada dos lotes sem atenção aos equipamentos urbanos existentes, e, finalmente, pode constituir-se em meio razoável de volta de áreas ao poder público, sem a necessidade de vultosas e expropriações, inclusive para o estabelecimento de áreas verdes e a implantação de equipamentos comunitários.

Urbanisticamente, a ideia de solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo em determinada Municipalidade. Partindo dessa premissa, pode alcançar-se a concepção *stricto sensu* de solo criado é o excesso de

construção (piso utilizável) superior ao limite estabelecido pela aplicação do coeficiente único de aproveitamento.

Todo o aproveitamento do terreno, no subsolo, no solo e no espaço aéreo, implicando criação de solo (piso artificial, além do limite), desde consentido pelas condições peculiares do solo municipal, consubstancia para o beneficiário a obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de construção, que geralmente determina uma sobrecarga sobre o equipamento urbano, implantado e operado a expensa de todos.

O art. 28 do estatuto da cidade reza que o plano diretor fixará a área nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida e prestação pelo beneficiário. O § 1º define coeficiente de aproveitamento como a relação entre a área edificável e a área do terreno.

É o plano diretor que, se for o caso, deverá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para as áreas específicas dentro da zona urbana (art. 28, § 2º).

São dois os princípios que fundamentam a venda ou transferência do direito de construir: o direito de superfície (ou separação do direito de propriedade do direito de construir) e a função social da propriedade. portanto, ao estabelecer o direito de superfície (artigos 21 e 24), o estatuto da cidade dá um passo além, tornando este direito de construir na superfície, espaço aéreo ou subsolo do terreno (ou seja para cima ou para baixo do nível do terreno), independente do direito de propriedade. Isto quer dizer que, além de representar uma limitação do direito de propriedade, aquilo que se pode fazer sobre ou sob ela pode ser separado dela e desta forma ser concedido para outro, sem que isto represente a venda, concessão ou transferência da própria propriedade.

De acordo com a formulação presente no estatuto, o proprietário pode conceder o direito de superfície do seu terreno, (ou seja, o direito de construir sobre ou sob ele) por tempo determinado ou indeterminado, de forma gratuita ou onerosa. Desta forma, reconhece-se que o direito de construir tem um valor em si mesmo, independente do valor da propriedade, podendo agregar ou subtrair valor a esta.

O reconhecimento deste valor do direito de construir, concedido pela legislação urbanística e as eventuais injustiças decorrentes da apropriação deste valor pelos

proprietários dos terrenos, foi a grande motivação da introdução da ideia da outorga onerosa do direito de construir (ou solo criado) no Brasil.

11) Operações Consorciadas: As operações urbanas consorciadas constituem um tipo especial de intervenção urbanística voltada para a transformação estrutural de um setor da cidade. As operações envolvem simultaneamente: o redesenho deste setor (tanto de seu espaço público como privado); a combinação de investimentos privados e públicos para sua execução e a alteração, manejo e transação dos direitos de uso e edificabilidade do solo e obrigações de urbanização. Trata-se, portanto, de um instrumento de implementação de um projeto urbano (e não apenas da atividade de controle urbano) para uma determinada área da cidade, implantado por meio de parceria entre proprietários, poder público, investidores privados, moradores e usuários permanentes.

As operações urbanas recordam da ordenação geral do uso e ocupação do solo um conjunto de quadras e definem para estas um projeto de estrutura fundiária, potencial imobiliário, formas de ocupação do solo e distribuição de usos, distintas situações presentes desse setor e das regras gerais de uso e ocupação do solo vigentes para este. Trata-se, portanto, da reconstrução e desenho do tecido urbanístico/econômico/social de um setor específico da cidade, apontado pelo plano diretor, de acordo com os objetivos gerais da política urbana nele definidos.

As operações urbanas articulam um conjunto de intervenções, coordenadas pela prefeitura e definidas em lei municipal com a finalidade de preservação, recuperação ou transformação de áreas urbanas com características singulares. estas intervenções pode se dar através de obras públicas e ou privadas e o estabelecimento de um marco regulatório completamente diferente daquele em vigor para o conjunto da cidade, que muda as obrigações dos agentes públicos e privados envolvidos.

Como no caso da outorga onerosa do direito de construir, a ideia de introduzir operações urbanas como instrumento urbanístico, tem origem em dupla matriz: europeia (e particularmente francesa) e norte-americana. Tanto no caso europeu como no norte americano, um instrumento aparece para enfrentar um duplo desafio, de reutilização de áreas da cidade que sofrem esvaziamento em função de processos de reconversão produtiva e de mobilização direta de capital privado para alegrar essas transformações urbanísticas, considerando o contexto de crise fiscal e reforma do estado que restringir a capacidade de investimento do poder público.

Outro fato que alimentou a recepção bem sucedida da proposta de operações urbanas está na possibilidade desta representar uma alternativa para as amarras da legislação modernista funcionalista, uma possibilidade de flexibilização da legislação. Contra esse “engessamento”. Regras que pretendiam dar conta da normalização do uso do solo em instrumentos de indução comentários urbanísticos todo o território Urbano, desconhecendo, frequentemente, especificidades espaciais, sociais e ambientais, foram perdendo paulatinamente prestígio (Maricato, 2002).

A necessidade de tratamento específico a determinadas áreas ou bairros da cidade, a importância do envolvimento da sociedade na manutenção e no controle urbanístico, a flexibilização de regras muito rígidas que desconheciam rotinas diárias, a monotonia e a administração impessoal, o esvaziamento e a deterioração de bairros inteiros, foram alguns dos motivos para a demanda por novos instrumentos legais e novos procedimentos na gestão Urbana.

12) Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS: Este instrumento genuinamente brasileiro e que tem sido incorporado pelas estratégias de regularização fundiária Municipal é um instrumento urbanístico das ZEIS - Zonas Especiais de Interesse Social. constitui-se em um gravame urbanístico que reconhece a utilização de determinada parcela do território para fins de manutenção ou produção de habitação de interesse social (Brasil, 2001) .

O duplo papel do gravame de Zona Especial de Interesse Social, deve garantir o direito à igualdade, direito à cidade, direito à habitabilidade, direito à moradia digna, o direito à diferença, e, flexibilidade de padrões e regime urbanístico; respeito a produção social e cultural do do habitat. Garantir a igualdade quando a diferença implica em inferiorização. Garantir a diferença quando a igualdade implica em descaracterização (Alfonsin, 1997).

Os objetivos do estabelecimento de ZEIS são (Brasil, 2001):

- _ permitir a inclusão de parcela marginalizadas da cidade, por não terem tido possibilidades de ocupação do solo urbano dentro das regras legais;
- _ permitir a introdução de serviços e infraestrutura urbanos nos locais em que antes não chegavam, melhorando as condições de vida da população;
- _ regular o conjunto do mercado de terras urbanas, pois em se reduzindo as diferenças de qualidade entre os padrões de ocupação, reduzem-se também as diferenças de preços entre as terras;

_ introduzir mecanismos de participação direta dos moradores no processo de definição dos investimentos públicos em urbanização para a consolidação dos assentamentos;

_ aumentar a arrecadação do município, pois as áreas regularizadas passam a poder pagar impostos e taxas, Vistas nesse caso, muitas vezes, com bons olhos pela população, pois o serviço de infraestrutura deixam de ser vistos como favores, e passam a ser obrigações do poder público;

_ aumentar a oferta de terras para os mercados urbanos de baixa renda.

13) Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsória: Parcelamento ou edificação compulsórios são instrumentos urbanísticos a serem utilizados pelo poder público municipal, como forma de obrigar os proprietários de imóveis urbanos a utilizar socialmente esses imóveis, de acordo com o disciplinado no plano diretor do município. Esta obrigação pode ser: o parcelamento de uma área urbana subutilizada ou não utilizada, com a qual o proprietário está se beneficiando do processo de especulação imobiliária; ou a edificação de uma área urbana não edificada, visando ao máximo do potencial de uso e construtivo da propriedade, provocando uma destinação social benéfica à coletividade (Brasil, 2001).

O Estatuto da Cidade, por meio dos artigos 5º e 6º, disciplina os instrumentos do parcelamento ou edificação compulsórios, introduzindo o instrumento da utilização compulsória, que poderão ser aplicados nas propriedades urbanas situadas nas áreas urbanas delimitadas no plano diretor como áreas que não estão atendendo à sua função social.

De acordo com o art. 42 do Estatuto da Cidade, é conteúdo obrigatório do Plano Diretor a delimitação das áreas urbanas para a aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsória. Nos termos do inciso I deste artigo, o Plano Diretor deverá conter, no mínimo, a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização na forma do art. 5º.

O plano diretor tem a tarefa de delimitar as áreas urbanas onde será necessário uma ação coercitiva do poder público para as propriedades urbanas situadas nessas áreas terem uma real função social.

Em razão da exigência constitucional da necessidade de uma lei municipal específica para a aplicação desses instrumentos nos termos dos parágrafos 4º do art. 182, o Estatuto da Cidade, por meio do caput do art. 5º, atribui a lei municipal a

competência para definir as condições e os prazos para o cumprimento desta exigência nos seguintes termos: o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

Cabe a lei municipal específica conter de forma detalhada os critérios específicos de uso e ocupação do solo para a área urbana incluída no plano diretor. A lei municipal específica deve dispor sobre o detalhamento das exigências concretas para a propriedade urbana atender a função social, bem como sobre o procedimento e o prazo para o cumprimento da obrigação de parcelar ou edificar, ou de utilizar pelo proprietário de imóvel urbano considerado não edificado, subutilizado ou não utilizado como base nas exigências fundamentais de ordenação da cidade definidos do plano diretor (Brasil, 2001).

Por meio do parcelamento ou edificação compulsória o poder público municipal condiciona o proprietário para assegurar o uso social da propriedade a um comportamento positivo, de utilizar, de construir, de parcelar, de eliminar a subutilização.

O estatuto da cidade estabelece o critério geral para identificar se uma propriedade urbana se enquadra na categoria de propriedade subutilizada. De acordo com o § 1º do art. 5º, O imóvel é considerado subutilizado no caso do aproveitamento ser inferior ao mínimo definido no Plano Diretor.

A averbação no registro de imóveis é um procedimento necessário, pois no caso da alienação do imóvel, posterior à notificação, às obrigações previstas na lei municipal específica (plano urbanístico local) são transferidas ao adquirente ou promissário comprador, não se interrompendo o prazo fixado para o parcelamento, a edificação ou a utilização. Essa medida visa impedir que por meio de alienação do imóvel, seja iniciada novamente a contagem dos prazos para o cumprimento da obrigação.

Nos termos do art. 6º, a alienação ou transferência do imóvel não gera a extinção da obrigação. De acordo com este artigo a transmissão do imóvel, por ato intervivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização, sem interrupção de quaisquer prazos.

14) Desapropriação para Fins de Reforma Urbana: A desapropriação prevista no inciso III do § 4º do art. 182 é um dos casos de exceção ao art. 5º, inciso XXIV da Constituição, Pelo qual a desapropriação será efetuada mediante justa e prévia

indenização em dinheiro. O poder público municipal poderá efetuar essa desapropriação no caso do proprietário deixar de cumprir com a obrigação de conferir uma destinação social a sua propriedade urbana, nos termos e paz estabelecidos no plano urbanístico local, após o término do prazo máximo de cinco anos da aplicação do imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo.

Pela forma como está prevista no texto constitucional, essa desapropriação é um instrumento urbanístico que possibilita ao poder público aplicar uma sanção ao proprietário de imóvel urbano, por não respeitar o princípio da função social da propriedade, nos termos do plano diretor e do plano urbanístico local.

A desapropriação se configura como sanção pelo critério definido para fins do pagamento da indenização, que será mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e juros legais. Por ser um instrumento destinado a garantir o cumprimento da função social da propriedade, podemos caracterizar essa desapropriação destinada a promover a reforma Urbana, isto é promover transformações na cidade e, portanto, merece um tratamento especial (Sundfeld, 2006).

De acordo com o art. 8º do Estatuto da Cidade, a desapropriação para fins de reforma urbana poderá ser procedida pelo município, quando forem decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização.

Outra norma fundamental para conferir eficácia ao texto constitucional é a prevista no § 4º do art. 8º, que estabelece a obrigatoriedade do município, por meio do poder público municipal, proceder a o adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 5 anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. Isto significa que a obrigação para a propriedade urbana ter uma função social passa a ser do poder público, que deve promover as medidas necessárias para que a destinação social prevista seja concretizada.

O Estatuto, pelo § 5º do art. 8º, estabelece duas possibilidades para o aproveitamento do imóvel. a primeira refere-se ao aproveitamento ser efetivado diretamente pelo poder público. neste caso é fundamental que haja respeito ao § 1º do art. 40 do Estatuto, pelo qual o orçamento municipal devem incorporar as diretrizes e as prioridades contidas no plano diretor. a partir da definição do plano diretor como uma das suas prioridades conferir o aproveitamento necessário para as áreas que não

cumprem com a função social, deverão ser previstos recursos no orçamento para o poder público realizar as obras necessárias para o aproveitamento do imóvel, seja de parcelar, edificar ou de utilizar para atender uma demanda social ou ambiental da cidade.

A segunda é promover uma parceria com os agentes privados, e empreendedores imobiliários ao permitir a alienação ou a concessão a terceiros, por meio de licitação para o aproveitamento do imóvel.

Neste caso, a responsabilidade é transferida a um particular interessado em promover o aproveitamento do imóvel, que pode ser um empreendedor privado. Na licitação, devem constar os critérios sobre como será o pagamento pela realização das obras, os benefícios que o empreendedor receberá, como por exemplo o de receber um estoque de potencial construtivo em áreas onde a outorga onerosa do direito de construir e as operações urbanas consorciadas sejam permitidas, na lei municipal específica que definiu a obrigação que deve ser cumprida para o imóvel atender a sua função social.

Alienação ou a concessão a terceiros para o aproveitamento do imóvel está condicionada a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, determinada na lei municipal específica baseada no Plano Diretor e previsto no artigo 5º do estatuto. De acordo com o § 6º do art. 8º, o adquirente de imóvel por meio da alienação pública efetuada, deve cumprir com as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização determinadas pelo poder público municipal nos termos do artigo 5º do estatuto.

Esta norma visa assegurar que o imóvel urbano cumpra com a sua função social, nos termos estabelecidos no Plano Diretor e na lei municipal específica que definiu qual deve ser a destilação concreta do imóvel.

15) Consórcio imobiliário: Consórcio imobiliário é um instrumento de cooperação entre o poder público e a iniciativa privada para fins de realizar urbanização em áreas que tenham carência de infraestrutura e serviços urbanos e contenham Imóveis urbanos subutilizados e não utilizados. Através do consórcio, o poder público realiza as obras de urbanização (abertura de vias públicas, pavimentação, rede de água, iluminação pública) e o proprietário da área recebe uma quantidade de lotes urbanizados, correspondente ao valor total das áreas antes de ser recebido os benefícios. os demais lotes ficam com o Poder Público que poderá comercializá-lo para atender a população que necessita de habitação.

De acordo com o § 1º do artigo 46, considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao poder público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente organizadas ou edificadas.

O consórcio imobiliário deve ser regulamentado pelo município, sendo a lei do plano diretor a lei municipal adequada para dispor sobre os objetivos, as diretrizes, os critérios para a utilização deste instrumento, em razão da sua finalidade estabelecida no artigo 46 do estatuto de viabilizar as condições financeiras para o aproveitamento do imóvel que não cumpre com a sua função social.

O objetivo do consórcio imobiliário deve ser regulamentado no município pelo Plano Diretor e de viabilizar uma utilização do imóvel que atenda os objetivos da política urbana e atenda o princípio da função social da propriedade.

O consórcio imobiliário deve ser formalizado por um contrato entre a administração pública e o proprietário, especificando as condições para transferência do imóvel para o poder público, as condições para a realização da obra, a forma de pagamento ao proprietário através do recebimento das unidades Imobiliária urbanizadas ou edificadas.

16) A Concessão de Uso Especial para fins de moradia, significado e finalidade: A concessão de direito real e de uso é um instrumento anterior à publicação do estatuto da cidade. Foi instituída através do Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, que dispôs, também, sobre loteamento urbano e concessão do espaço aéreo. A CDRU pode ser definida como um direito real resolúvel, aplicável a terrenos públicos ou particulares, de caráter gratuito ou oneroso, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

O direito à concessão de direito especial de uso para fins de moradia foi reconhecido pela Constituição Federal, nos termos do parágrafo primeiro do artigo. Na medida em que é vetada a aquisição do domínio pleno sobre as terras públicas através de usucapião, conforme o parágrafo terceiro daquele artigo, a concessão de direito especial de uso para fins de moradia é o instrumento hábil para a regularização fundiária das terras públicas informalmente ocupadas pela população de baixa-renda.

Tendo em vista que o Usucapião Urbano serve para garantir uma destinação social para os imóveis urbanos privados, visando atender à função social da

propriedade, a concessão de uso deve ser utilizada para atingir esse objetivo com relação aos imóveis públicos urbanos.

Quando se fala em função social da propriedade urbana, esse princípio é norteador, como condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada como pública.

Ao contrário do Usucapião Urbano, o direito de uso especial para fins de moradia não foi aplicado desde logo. Para a regularização fundiária de áreas públicas, vem sendo utilizada a Concessão de Direito Real de Uso, que abordaremos a seguir.

Diante da revolução conceitual que sua definição impõe, ou seja, o reconhecimento pelo Poder Público do direito subjetivo do ocupante de áreas públicas de obter a declaração do domínio útil sobre o imóvel que ocupa, até mesmo sua regulamentação foi mais difícil.

De fato, os artigos 15 a 20, que regulamentavam no Estatuto a concessão de uso especial, foram integralmente vetados pela Presidência da República nos termos do veto n. 730. Finalmente, sua regulamentação foi objeto da Medida Provisória n. 2.220, publicada em 05 de setembro, em vigor desde então, para regulamentar a concessão especial de uso mencionada no artigo 183, parágrafo 1º da Constituição Federal. Esta garantiu o direito à concessão de uso especial, de forma individual ou coletiva, de áreas públicas federais, estaduais, municipais ou do Distrito Federal, de até 250 m², localizados em área urbana.

O direito à Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia não será reconhecido ao mesmo possuidor por mais de uma vez.

Pelo § 3º do artigo 1º o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Desta forma é reconhecido o direito ao herdeiro legítimo que já morasse no local, acrescer o prazo de posse de seu antecessor.

A concessão especial de uso será outorgada coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários de outro imóvel urbano ou rural, conforme o artigo 2º.

A medida provisória respeita o comando constitucional de a concessão de uso especial ser um instituto destinado a reconhecer o direito à moradia das populações pobres que vivem nas favelas situadas em áreas públicas. Isso ocorre em razão de a concessão de uso coletiva ser admitida somente para as áreas públicas ocupadas por população de baixa renda.

Não é admissível a concessão de uso especial para fins de moradia para áreas públicas ocupadas por população de renda média ou alta. Não se configura, neste caso, um direito subjetivo para os ocupantes de áreas públicas cujo padrão de renda seja elevado e cujas ocupações sejam de alto padrão.

A concessão de uso deixa de ser uma faculdade do Poder Público para efeito de promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda. Essa norma constitucional, de forma idêntica ao Usucapião Urbano, caracteriza a concessão de uso como direito subjetivo, que deve ser declarado por via administrativa ou pela via judicial mediante provocação dos interessados nos termos do 6º da Medida Provisória. De acordo com este artigo, o título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

Uma característica específica da concessão de uso especial para fins de moradia, que a diferencia das demais modalidades de concessão de uso - principalmente da Concessão de Direito Real de Uso - é da justicialidade do direito à moradia como componente deste instituto constitucional. Isto é, a pessoa que atender aos requisitos constitucionais estabelecidos na Medida Provisória deve ter o seu direito à moradia reconhecido mediante uma decisão do Judiciário, na qual o juiz declarará - mediante sentença - o direito à Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia, que poderá ser registrada como título no cartório de registro de imóveis nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 6º.

Esta previsão demonstra claramente que existe um tratamento especial conferido pela Constituição para o uso dos bens públicos ocupados por populações de baixa renda até a data de 30 de junho de 2001 que atendam aos requisitos do artigo 183 da Constituição Federal regulamentados no artigo 1º da Medida Provisória. Na aplicação das demais modalidades de concessão de uso para fins de moradia, em especial a Concessão de Direito Real de Uso, não é admissível que a outorga do título possa ser exigida por via administrativa ou via judicial como um direito subjetivo.

5.3 A utilização de instrumentos jurídicos dos demais dispositivos legais

Os principais normativos dos demais dispositivos, aquém do Estatuto da Cidade, e seus instrumentos jurídicos relacionados com a regulação fundiária serão discutidos neste item.

Inicia-se com a Lei n. 6.766/1979, a lei de parcelamento do solo urbano, que estabelece normas para o loteamento e desmembramento de áreas urbanas, garantindo a infraestrutura básica necessária, como saneamento e vias de circulação. O parcelamento do solo é um processo essencial para a organização e desenvolvimento urbano, que consiste na divisão de uma área em lotes para fins de edificação, com cada lote possuindo matrícula independente no Registro de Imóveis (Moss, 2024).

Um dos principais pontos da lei é a obrigatoriedade de registro de loteamentos nos órgãos competentes, como as prefeituras municipais e os cartórios de registro de imóveis. Esse registro é necessário para garantir a legalidade e a segurança das transações imobiliárias.

A Lei n. 6.766/79 estabelece diversos requisitos que devem ser observados na criação de loteamentos, incluindo: Infraestrutura: o loteamento deve contar com infraestrutura básica, como redes de água, esgoto, eletricidade, e vias de acesso; Áreas Verdes e de Uso Público: deve haver destinação de áreas para uso público e espaços verdes, visando ao bem-estar da comunidade; Lotes Mínimos: a lei estabelece os tamanhos mínimos dos lotes em função da zona urbana em que se encontram; Lotes de Esquina: são incentivados, pois permitem a abertura de novas vias e melhoram a circulação urbana (Brasil, 1979).

Importante examinar, para entender o tema, o que se consideram áreas urbanas; afinal, o parcelamento do solo nas modalidades aqui estudadas só é permitido nessas áreas, conforme determinado no artigo 3º da Lei 6766/79: “Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal” (Brasil, 1979).

O cumprimento da Lei n. 6.766/1979 favorece a inclusão social ao garantir a acessibilidade a moradias dignas para diferentes grupos socioeconômicos. A criação de zonas mistas e a definição de áreas de interesse social promovem a interação entre diferentes segmentos da sociedade. Embora o planejamento adequado do parcelamento de solo favoreça a inclusão social, um crescimento não regulamentado pode acentuar a segregação socioespacial. O surgimento de favelas e bairros

precários é uma realidade em muitas cidades em crescimento rápido, o que pode resultar em desigualdades sociais e falta de acesso a serviços básicos (KNAK, 2023).

A falta de planejamento pode levar a decisões arbitrárias sobre o uso do solo, minando a governança e a participação pública. A ausência de regulamentações adequadas pode permitir o desenvolvimento de projetos que não atendam às necessidades da comunidade, comprometendo a qualidade de vida e a coesão social. A legislação aqui trabalhada estabelece diretrizes claras para o parcelamento de solo e requer uma abordagem participativa, envolvendo a comunidade e partes interessadas. O processo transparente fortalece a governança urbana, permitindo que os cidadãos influenciem o desenvolvimento de suas cidades. A falta de adesão a essa legislação pode comprometer a governança e a participação pública (Knak, 2023).

Na década de 80, num contexto histórico de retomada da democracia no Brasil, aconteceu no país o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, que pode ser considerado elemento fundamental para a inserção do Capítulo de Política Urbana na Constituição de 1988. Dentre algumas interpretações existentes acerca do próprio capítulo de Política Urbana (artigo 182), é possível afirmar que a principal delas é a definição do Município como espaço político institucional, ou seja, compete ao próprio estabelecer políticas urbanas adequadas, com a finalidade de alcançar as diretrizes estabelecidas. De fato, as pressões populares, especialmente advindas do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, abriram portas para a inserção de diversos dispositivos na constituição que refletiram em mudanças importantes no cenário da política urbana brasileira - ainda que alguns artigos sejam, até hoje, interpretados de maneira arbitrária pelos nossos governantes.

O Capítulo II da Constituição Federal de 1988, que trata da política urbana, abrange os artigos 182 a 183. Este capítulo estabelece que a política urbana tem como objetivo garantir o bem-estar dos habitantes e ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade. Algumas das principais disposições do Capítulo II da Constituição Federal sobre política urbana são: a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências do plano diretor; as desapropriações de imóveis urbanos devem ser feitas com indenização em dinheiro; o poder público municipal pode exigir que o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado promova seu adequado aproveitamento; o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana; a União tem competência para instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e

transporte urbano; a política urbana é executada pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios (BRASIL, 1988).

No contexto ponderam Maricato e Santos Júnior (2006), ao mesmo tempo, em termos institucionais, a política urbana nunca esteve entre as prioridades do Estado brasileiro mesmo na única oportunidade que mereceu uma formulação holística, durante o Regime Militar. Os sucessivos governos nunca tiveram um projeto estratégico para as cidades brasileiras envolvendo, de forma articulada, as intervenções no campo da regulação do solo urbano, da habitação, do saneamento ambiental, e da mobilidade e do transporte público. Sempre de forma fragmentada e subordinada à lógica de favorecimento que caracterizava a relação inter-governamental, as políticas urbanas foram de responsabilidade de diferentes órgãos federais. Tomando como referência a política de habitação, vale a pena registrar que, de 1985 a 2002, a política de habitação foi de responsabilidade de diferentes Ministérios: de 1985 a 1987, do Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente; de 1987 a 1988, do Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente; de 1988 a 1990, do Ministério do Bem Estar Social; de 1990 a 1995, do Ministério da Ação Social; de 1995 a 1999, da Secretaria de Política Urbana, vinculada ao Ministério do Planejamento; de 1999 a 2002, da Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano, vinculada à Presidência da República.

Na perspectiva da agenda da reforma urbana, a realização das conferências nacionais, bem como a implantação e o funcionamento do Conselho das Cidades deveria criar uma nova dinâmica para a gestão das políticas urbanas, com a participação do poder público e dos movimentos populares, organizações não governamentais, segmentos profissionais e empresariais. Depois de duas conferências realizadas e de mais de dois anos de funcionamento do Conselho das Cidades, podemos realizar um primeiro balanço, indicando os avanços na direção da elaboração de uma política nacional de desenvolvimento urbano para o país (Maricato; Santos Júnior, 2006).

O reconhecimento do direito à moradia digna foi caracterizado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, já na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, foi recepcionado e lavrado na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, caput. “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o

lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 2000)

Demonstrado, portanto, a constitucionalização do direito à moradia, e sua inclusão dentre os direitos sociais, abriu uma discussão acerca da validade e eficácia de tal norma. Sem dúvida de que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais traz repercussões ao mundo fático que não podem ser esquecidas pelos juristas (Meirelles, 2008).

O direito à moradia é um direito humano, fundamental e social, cujo conteúdo implica em prestações concretas, assim como os demais direitos sociais. Buscar-se a sua fundamentação é tarefa indispensável, como aqui se defendeu, para que se delineie o seu alcance, o seu propósito e o seu conteúdo. Os direitos sociais, dependentes de prestações positivas para sua efetivação, demandam aportes de custeio, dos quais nem todas as pessoas podem dispor. Em consequência, especificamente no tocante ao direito à moradia, a situação atual no panorama global é verdadeiramente crítica, tanto sob o aspecto deficitário – a ausência de moradias, quanto sob o aspecto qualitativo das mesmas, vez que o exercício pleno do direito à moradia só é considerado se for possível esta moradia ser identificada como adequada (Sarlet, 2009).

Com a Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005, criou-se o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), esta lei também criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e instituiu o Conselho Gestor do FNHIS. Com o objetivo de promover o acesso à moradia digna para a população de baixa renda. O FNHIS centraliza e gerencia recursos orçamentários para os programas do SNHIS. O Conselho Gestor do FNHIS é um órgão deliberativo composto por representantes da sociedade civil e do Poder Executivo. O Ministério das Cidades preside o Conselho.

Para aderir ao SNHIS, os municípios, estados e o Distrito Federal devem cumprir algumas obrigações, como: instituir um Fundo de Habitação de Interesse Social; instituir um Conselho Gestor do Fundo de Habitação de Interesse Social; elaborar um Plano de Habitação de Interesse Social.

Ao longo do tempo, o Brasil tem produzido leis que estão beneficiando a população, com o objetivo de regularizar a propriedade imóvel com o fim de que todos possam ter a casa própria, em cumprimento ao Direito de Moradia que o cidadão tem assegurado pela Constituição Federal.

A comprovação disso está na publicação da elogiável Lei n. 11.481/2007, que estabeleceu novas diretrizes para regularização da propriedade imobiliária, bem como criou novos Direitos Reais, acrescentando no art. 1.225 do Código Civil, os incisos XI – a concessão de uso especial para fins de moradia e XII – a concessão de direito real de uso. Também acrescentou, como bens passíveis de hipoteca, no art. 1.473, os incisos VIII – o direito de uso especial para fins de moradia; IX – o direito real de uso e X – a propriedade superficiária (Colégio Registral-RS, 2007).

Para demarcação desses terrenos visando à regularização fundiária de interesse social, a União poderá lavrar auto de demarcação nos seus imóveis, sendo considerada como de interesse social a regularização destinada a atender famílias com renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos.

Também é importante salientar que as operações imobiliárias envolvendo terrenos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, implicam a apresentação de Declaração sobre Operações Imobiliárias em Terrenos da União - DOITU em meio magnético, pelos Cartórios de Notas, Registro de Imóveis e Títulos e Documentos, com relação às suas áreas de responsabilidade (Colégio Registral-RS, 2007).

A Lei n. 11.481/2007 alterou o parágrafo e acrescentou outro no art. 22, da Lei nº 9.514/97, introduzindo os incisos II – o direito de uso especial para fins de moradia; III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; e, IV – a propriedade superficiária, além do § 2º. Finalmente, a referida Lei acrescentou o artigo 290-A na Lei n. 6.015/73, instituindo casos de gratuidade no Registro de Imóveis, específicos para regularizações fundiárias de interesse social e para a primeira averbação de construção residencial de até 70m² em áreas urbanas que tenham sido objeto dessas regularizações, desnecessária a comprovação do pagamento de tributos ou contribuições previdenciárias (Colégio Registral-RS, 2007).

A Lei n. 11.888/08 garante a execução de serviços permanentes e gratuitos de assistência técnica nas áreas de arquitetura, urbanismo e engenharia através trabalhos de projeto, acompanhamento e execução da obra a cargo dos profissionais para edificação, reforma, ampliação ou regularização fundiária da habitação. Fomenta a formação de convênios ou termos de parceria para viabilizar a execução dos projetos bem como mobilização do conhecimento, estabelece a inclusão de métodos participativos no desenvolvimento das atividades com as famílias, exige a participação dos profissionais que devem apresentar RRT (Registro de Responsabilidade Técnica)

ou ART (Anotação de Responsabilidade Técnica). Cada ator deve cumprir seu papel para que a lei possa vigorar. À União e Estado cabe garantir recursos, estimular ações – criar convênios, implantar e fiscalizar; aos profissionais fica a responsabilidade de incentivar e divulgar a legislação, conhecer e propor alternativas para construção de baixa renda e ao cidadão compete conhecer, participar e exigir seu direito (Linassi, 2014)

A Lei nº 13.465/17 estabelece a isenção de custas e emolumentos para o primeiro registro da Reurb-S. A Reurb-S é a Regularização Fundiária Urbana. Além do primeiro registro, a isenção também se aplica a outros atos registrais relacionados à Reurb-S, como: Registro da legitimação fundiária; Registro do título de legitimação de posse; Abertura de matrícula para cada unidade imobiliária urbana regularizada; A isenção de custas e emolumentos aplica-se a partir da classificação do imóvel como Reurb-S pela autoridade competente.

A Lei 6015/73 também concede um desconto de 50% nas taxas de registro e escritura do primeiro imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

Portanto, a regularização fundiária é um instrumento de concretização da dignidade humana e do direito à moradia, pois permite que os ocupantes de imóveis irregulares tenham a titulação de seus imóveis, no capítulo a seguir demonstra-se este instrumento sendo efetivado na prática.

6 ANÁLISE DE CASO PRÁTICO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA A FIM DE VERIFICAR A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DA INSTRUMENTALIZAÇÃO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A regularização fundiária, assim sendo, tem a finalidade de garantir que o indivíduo tenha o direito de permanecer no âmbito onde percebe como sua moradia e mantém suas relações sociais. Dessa forma, deve-se assegurar não somente a habitação, mas também a consolidação do direito humano e fundamental à moradia. Neste capítulo segue um caso prático da concretização da Regularização Fundiária instrumentalizado pelo princípio constitucional da solidariedade

6.1 O Caso do Loteamento “Bairro São Paulo” em Sant’Ana do Livramento-RS

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul buscou resolver o problema da propriedade informal, tema recorrente no Brasil, e, em grande parte, conseguiu a estabelecer requisitos e autorizar o Poder Judiciário, por meio da iniciativa pública e/ou privada, a retirar da ilegalidade o parcelamento irregular ou clandestino do solo, pelo procedimento de jurisdição voluntária.

Este projeto foi idealizado pelo brilhante Desembargador Décio Antônio Erpen, quando Corregedor-Geral da Justiça, e consolidado através dos Provimentos nº 39/95-CGJ e nº 1/98-CGJ. Posteriormente, sofreu alterações decorrentes da publicação dos Provimentos nº 17/99-CGJ e nº 24/04-CGJ, que instituiu o “More Legal 2 e 3”, através do Corregedor-Geral, Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, gestões 1998/1999 e 2004/2005, trazendo novidades. Hoje, o Projeto está incluso na Consolidação Normativa Notarial e Registral (Prov. 32/06).

O Projeto “More Legal” tem na sua finalidade maior, solucionar um problema social, acabando ou reduzindo o número de propriedades informais, atribuindo um título dominial ao possuidor do terreno, através da regularização do solo urbano pelo registro de loteamento, desmembramento, ou fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, ainda que localizadas em zona rural, que apresentam situações de posses consolidadas e irreversíveis (Paiva, 2013).

Tem sua fundamentação em base legal com o provimento nº 39/95-CGJ/RS, posteriormente reproduzido na antiga Consolidação Normativa Notarial e Registral,

Provimento nº 01/98-CGJ/RS, em seus artigos 532 e seguintes, onde encontrávamos as situações fáticas que poderiam ser regularizadas pelo projeto. Em seguida, a matéria foi disciplinada pelo Provimento nº 17/99-CGJ/RS, de 11 de outubro de 1999. Hoje, a matéria é regulamentada pelo Provimento nº 32/2006, nos artigos 512 e seguintes da Consolidação Normativa Notarial e Registral - Corregedoria-Geral da Justiça (CNNR-CGJ) (Rio Grande Do Sul, 2015).

As formas de regularização previstas pelo “more legal” são: pelo Loteador e/ou Proprietário (mediante notificação para cumprir sua obrigação de regularizar o empreendimento); pela Municipalidade (compete ao Município o direito/dever de proceder à regularização do empreendimento quando o loteador, regularmente notificado, não o faça. Assim, é à Municipalidade que a lei confere poderes para requerer a regularização); por terceiros interessados (quando o Município for regularmente notificado e permanecer inativo, entende-se que a legitimidade para postular a regularização pelo “More Legal” será transferida a terceiros interessados, tais como: promitentes compradores, possuidores e detentores de títulos precários) (Rio Grande Do Sul, 2015).

O procedimento para o processo de regularização está em o interessado apresentar um requerimento dirigido ao Oficial do Registro de Imóveis (artigo 519, “caput”), instruído com a documentação necessária. Realizado o exame e qualificado o título, a fim de verificar a sua regularidade em atenção aos princípios registrais, o Registrador, diante de um parecer favorável, remeterá ao juízo competente. Caso contrário, impugnará o título e devolverá a parte, para que essa complemente ou retifique a documentação apresentada. Neste caso, quando a parte não se conformar com as exigências do Oficial/Registrador, o apresentante deverá requerer a suscitação da dúvida, a qual será julgada concomitantemente com o pedido de regularização (Rio Grande Do Sul, 2015).

Logo, havendo ou não uma suscitação de dúvida, o procedimento do More Legal será autuado e processado no Cartório Judicial. O Magistrado ouvirá o representante do Órgão do Ministério Público e em ato contínuo, os autos serão conclusos ao Juiz de Direito competente, o qual poderá determinar a publicação de editais para conhecimento de terceiros, evitando assim futuros litígios. Por fim, será prolatada a sentença deferindo ou não o pedido (Rio Grande Do Sul, 2015).

O ato de registro da regularização será feito na matrícula do imóvel. Se a gleba for formada por diversas aquisições constantes de várias matrículas, deverá haver prévia unificação com abertura de matrícula única. Se a área regularizada fizer parte de uma área maior, faz-se mister que se realize prévio desdobro, com abertura de matrícula própria para a área objeto da regularização. Tais procedimentos preliminares (unificação ou desdobro) e até possível retificação de área, poderão ser realizados concomitantemente no mesmo processo (Rio Grande Do Sul, 2015).

. Uma vez registrada a regularização, o Oficial deverá abrir as matrículas individuais para cada lote. A existência de ônus ou gravames de qualquer natureza, incidentes sobre a gleba, deve ser transportada, por averbação, para cada matrícula individual de cada lote, e seguidos todos os demais regramentos sobre cautelas e técnicas registrais.

Portanto, pode-se apontar benefícios que esse processo “More Legal” de regularização causa positivamente, resolvendo um grave problema social, com benefícios para todos (Paiva, 2013):

- a) para a Municipalidade, pois poderá atualizar o cadastro para fins tributários;
- b) para o possuidor, eis que se tornará proprietário de um imóvel, podendo aliená-lo ou onerá-lo (com acesso ao crédito);
- c) para notários e registradores, porque praticariam atos passíveis de emolumentos;
- d) para o ordenamento jurídico, em decorrência da segurança jurídica e da paz social gerada pelos Registros Públicos, quando identificado o titular do domínio.

O Projeto More Legal já foi alterado algumas vezes, para albergar instrumentos de regularização fundiária oriundos da Lei 11.977/2009 e outros aperfeiçoamentos.

Um dos artigos que foi introduzido trata da localização de áreas urbanas em condomínio, o qual estabelece ser possível localizar/estremar/individualizar ditas áreas utilizando um método já consagrado no Projeto Gleba Legal. A instrumentalização do ato para fins de localização da parcela é feita mediante escritura pública declaratória, com as anuências de todos os confrontantes do terreno/lote a localizar, sejam ou não condôminos na área maior (Paiva, 2013).

E o novo acréscimo ao “More Legal”, que foi o estabelecimento de isenção de emolumentos em duas hipóteses: a) para o primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas e em áreas rurais de agricultura familiar; b) para a primeira averbação de

construção residencial de até 70m² edificada em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social. Parágrafo único. O registro e a averbação de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo independem da comprovação do pagamento de quaisquer tributos, inclusive previdenciários (Rio Grande Do Sul, 2015).

Consolidando a finalidade do Projeto para solucionar um problema social, diminuindo o número de aglomerados urbanos informais, atribuindo um título dominial ao possuidor do terreno que se encontra em situação consolidada.

Em Setembro de 2015 o Poder Público Municipal, representado pela Secretaria Municipal de Habitação e Assuntos Fundiários da comarca de Sant’Ana do Livramento solicitou ao Registro de Imóveis da comarca de Sant’Ana do Livramento a Regularização Fundiária da área do Bairro São Paulo, mediante o Provimento nº 21/2011-CGJ, “More Legal IV”, provimento vigente naquela época, que foi atualizado pelo novo Provimento nº 34/2023 – CGJ – “More Legal V”, que instituiu nova redação aos dispositivos legais na Consolidação Normativa Notarial e Registral do RS vigente (Anexo A).

O Loteamento Bairro São Paulo tratava-se de uma área de ocupação consolidada totalmente urbanizada, com infra-estrutura básica e equipamentos urbanos satisfatórios, porém estava irregular. O acesso básico a rede de água e energia elétrica pública e domiciliar, as ruas pavimentadas em concreto simples permitiram que a ocupação do terreno fosse aumentando ao longo dos anos.

A referida área ocupada era de propriedade privada, estava localizada dentro de uma área maior e não apresentava risco aos moradores que ali habitavam, assegurando a dignidade da pessoa humana a todos.

O projeto “More Legal” foi instituído pela Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, visando resolver problemas de loteamentos já consolidados e irreversíveis, que não observaram a legislação.

Conforme disposto no §1º do Art. 737 da CNNR/RS: “A regularização fundiária urbana pelo More Legal V tem como objetivos a promoção do direito à moradia adequada, a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e o desenvolvimento sustentável das cidades”.

O Loteamento Bairro São Paulo, pelo seu histórico social e urbano, não havia possibilidade de reversão, embora estivesse localizado dentro de área de propriedade de particulares, em razão do tempo da ocupação, da natureza das edificações, da localização das vias de circulação e da presença de equipamentos públicos, entre

outras circunstâncias que levaram ao Poder Público Municipal a manifestar interesse em regularizar aquela área, unindo esforços com o Registro de Imóveis, e a atuação do Ministério Público, apreciados pelo Poder Judiciário que tem poder de decisão.

Diante da situação que chegou até o Registro de Imóveis, não havia outra forma de regularização do loteamento em questão se não pelo “Projeto More Legal” que já havia sido eficaz na concretização da dignidade humana ao conceder título de propriedade a algumas famílias que moravam em áreas irregulares até então. Partindo daí o Registro de Imóveis encaminhou ao Poder Judiciário o pedido do Poder Público Municipal de regularização fundiária do Loteamento Bairro São Paulo, pedido esse que foi contestado pela proprietária registral da área ocupada levando à decisão ser julgada em 2ª Instância pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O processo de regularização teve dois (2) anos de duração em que Poder Público Municipal, Registro de Imóveis, Ministério Público e Poder Judiciário não mediram esforços para tornar realidade o sonho da moradia digna para mais de 200 famílias que ali construíram mais do que moradias habitacionais, construíram e realizaram sonhos, histórias e memórias, com muito trabalho e esforço por muitos anos.

O processo de regularização fundiária torna-se eficaz quando se coloca a frente de tudo a dignidade da pessoa humana, pois não visa retorno financeiro para quem o executa muitas vezes como foi o caso do Registro de Imóveis que liderado pela doutoranda desta tese foi a campo realizar o trabalho de coleta de dados de todas as famílias do Bairro São Paulo, por um longo período, disponibilizando parte da equipe de trabalho do cartório em conjunto com a Secretaria de Habitação e a Juíza de Direito competente a julgar o caso, a fim de cooperar com o processo judicial de regularização fundiária.

Em todas as visitas que se fez no Bairro São Paulo, era evidente que se tratava de um caso concreto consolidado e irreversível, e que aquelas pessoas não podiam mais ficar desamparadas, pelo caráter social que o inciso XXII do Art. 5º da Constituição Federal/88 apresenta ao determinar que a propriedade atenderá sua função social.

Portanto, com base na Constituição Federal que consagra o direito de propriedade cuja finalidade visa atender o interesse social, principalmente em relação a pessoas de baixa renda, que possuem imóveis em situações irregulares e

irreversíveis, é que a Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, instituiu um projeto, objetivando a regularização dessas moradias informais, dispensando exigências relacionadas à origem de aquisição do imóvel e simplificando o procedimento judicial e registral.

No Bairro São Paulo, foi realizado o levantamento de mais de 200 famílias, sendo que a maioria morava no local há mais de 20 anos, conforme cadastros realizados pela Prefeitura Municipal de Santana do Livramento juntamente com o Cartório de Registro de Imóveis. Havia naquela época, e ainda há, igrejas, padaria, lenharia, clube de mães e novas construções sendo executadas. O local é conhecido na comarca e já consolidado com o nome de Bairro São Paulo, conforme informaram moradores que ali já residiam há mais de 40 anos.

Muitos registros, como fotografias anexadas ao processo judicial comprovaram que haviam na área ocupada algumas construções de alvenaria e outras em condições precárias, sendo pessoas de baixa renda, vivendo uma vida sem dignidade alguma, e a regularização do seu lote iria possibilitar o abastecimento de água e luz regular para suas moradias, assegurando condições básicas de moradia adequada à uma vida humana, com serviços essenciais ao bem-estar físico, moral e social.

O direito à moradia digna teve seu reconhecimento e foi implementado, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, foi recepcionado na Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, caput.

O artigo 6º da Constituição Federal/88 expõe que:

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)

Assim como o Estatuto da Cidade prevê que compete ao município realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e reforça a necessidade da garantia do direito à cidade sustentável, "entendido como o direito à terra urbana, **à moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (Lei nº 10.257/2001, Art. 2º, I). (grifo nosso)

Evidentemente que o sucesso para a concretização da dignidade humana a partir da instrumentalização pelo princípio constitucional da solidariedade na efetivação do direito à moradia no Loteamento Bairro São Paulo, além da prova documental farta no sentido de que na área ocupada havia uma situação consolidada e irreversível, foi a união de esforços de todos os envolvidos; o Judiciário, pelo poder jurisdicional e correcional que exerce; o Ministério Público, que efetivamente zelou pelo interesse social do projeto; e igualmente do Serviço Registral, com conhecimentos suficientes viabilizando o desenvolvimento técnico e analisando os requisitos legais registrais da presente demanda, mas sempre com um olhar atento à sua função social em todas as etapas do processo, participando ativamente no levantamento de cada família que seria beneficiada pelo programa até a entrega do título de propriedade concedido a cada uma daquelas famílias que sonharam com a matrícula atualizada de sua moradia, registrada em seu nome.

A implementação do Projeto “More Legal IV” no Loteamento Bairro São Paulo, acabou com inúmeros problemas sociais daquela comunidade, levando benefícios para a toda população atingida, ao extinguir com a propriedade informal, regularizando os imóveis com o registro imobiliário competente, de forma simplificada documentalmente falando, tanto sobre o imóvel, como dos moradores que ali residiam, ou seja, a situação fática ali provada bastou para o sucesso da ação promovida. Sem contar com os benefícios levados até eles, pois ao conferir o direito de propriedade para quem detinha apenas título de posse ou nem isso, teve a possibilidade de aliená-lo ou onerá-lo, através de financiamentos bancários a fim de proporcionar melhores condições de moradia a cada família.

A concretização do direito à moradia digna concedida, teve voto de louvor da Desembargadora e Corregedora-Geral da Justiça, Denise Oliveira Cezar sobre a magnífica decisão julgada procedente, que transitou em julgado em 05 de Março de 2018, sendo os mandados judiciais expedidos em Agosto do mesmo ano viabilizado a abertura das matrículas atualizadas com o registro de propriedade em nome dos moradores, que foram entregues em uma linda cerimônia com a presença da Corregedoria Geral de Justiça do nosso Estado e demais autoridades que fizeram parte desse exitoso projeto no dia 11 de Setembro de 2018.

Uma vez realizada a Regularização Fundiária, todos os moradores do Bairro São Paulo ficaram seguros quanto a sua posse sobre o seu imóvel, pois o título de propriedade concedido pelo Poder Judiciário, afastou todo e qualquer risco de serem

removidos do lugar onde moram. Além disso, depois da regularização, o bairro está cada vez mais próspero e integrado à cidade, pois as pessoas passaram a ter seu endereço reconhecido, as moradias ficaram mais valorizadas uma vez que saíram da clandestinidade, passando por melhorias, pela ação dos governos municipais e das comunidades interessadas, uma vez que agora podem ter acesso a créditos imobiliários que antes era uma realidade muito distante para eles.

Cumprir destacar, que a moradia regularizada é um caminho para a integralização de outros tantos direitos fundamentais para as pessoas, tais como o trabalho, o lazer, a educação, a segurança e a saúde.

Não há dúvidas que a Regularização Fundiária promovida no Bairro São Paulo pelo projeto More Legal, gerou mudança de perspectiva de vida para as famílias beneficiadas, através dos relatos de alguns moradores trazidos neste capítulo.

6.2 O Princípio Constitucional da Solidariedade na Concretização do Direito à Moradia

A solidariedade tem por pano de fundo, um sentimento impulsionador que é o amor, responsável imediato por um novo pacto entre os seres vivos. “Tem a ver, como já dizíamos anteriormente, com um gesto amoroso, acolhedor, respeitador do outro, da natureza e da Terra. Quem cuida não se coloca sobre o outro, dominando-o, mas junto dele, convivendo, dando-lhe conforto e paz” (Boff, 2017, p.87).

O Princípio da Solidariedade se manifesta no mundo jurídico, inicialmente, pelo postulado da Dignidade Humana. Princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorrem os Direitos e Garantias Fundamentais.

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, e dentro do processo de intersecção entre o público e o privado, afirmativamente o princípio da dignidade da pessoa humana passou a constituir núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro, pois foi decretado como fundamento da República brasileira. Atribui-se, que o princípio da solidariedade é um dos principais, senão o mais relevante, princípio instrumentador da dignidade da pessoa humana. Tratando então, de um novo paradigma jurídico na contemporaneidade, que remete a uma nova compreensão da relação existente entre a pessoa e a sociedade, através de uma feição humanista

incorporada pela teoria constitucional, em detrimento do egoísmo e individualismo (Vargas, 2022).

Com início na sua consagração do propósito da construção de uma sociedade solidária entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a solidariedade se torna um critério de interpretação, um plano de ação e um caminho a ser trilhado por toda a sociedade brasileira.

Nesse sentido, Massaú (2012, p. 147) observa que:

A solidariedade, embora seja um tema fortemente voltado à sociologia e às suas subáreas, adquire relevância a partir do momento em que o Direito é afetado por dinâmicas conflitivas cujos seus mecanismos não suportam a contingência dos fatores que o próprio regula devido a sua intensidade. Destarte, a solidariedade assume elemento principal de conexão interindividual própria da *condição humana* de ser social mantendo o ser individual. Duas dimensões inerentes ao Homem que devem coexistir sem que uma se sobreponha a outra, não de pessoas passivas, mas de cidadão conscientes e articulados na efetivação dos direitos humanos e na efetivação dos mandamentos constitucionais.

A ideia do individualismo encontra-se intimamente ligada à indiferença entre os seres humanos, o que se dá de forma velada e gradualmente despreziosa, condicionando o viver humano voltado, unicamente para si e por si, visando atender ao seu próprio bem-estar (Bagatini, 2016, p. 91). Percebe-se, que no contexto contemporâneo há um forte destaque para a individualidade e egoísmo nas relações interpessoais cotidianas.

O princípio da solidariedade funciona como ferramenta de transformação social, que busca exatamente realizar uma contrapartida deste individualismo, incentivando comportamentos que não apenas impeçam a violação de seus próprios direitos e aos dos demais, mas, sobretudo, que visam a concretização do bem coletivo.

O Estado Democrático de Direito depende de uma sociedade solidária. O Princípio da Solidariedade é fundamental para o desenvolvimento nacional e para o respeito ao princípio essencial do nosso ordenamento jurídico: A Dignidade da Pessoa Humana.

Neste íterim, Comparato (2019, p. 69-70) assevera que:

A contrapartida dos direitos humanos são deveres da mesma natureza. Até o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, os deveres correspondentes aos direitos humanos eram considerados incumbidos apenas ao Estado. Hoje, reconhece-se que, além dos Poderes Públicos,

todos os indivíduos e as pessoas jurídicas de direito privado têm o dever de respeitar os direitos humanos de qualquer espécie.

Com seu pensamento, Nabais (2007, p. 136) enfatiza que a primeira solução assistencial encontrada pelo Estado social foi a solidariedade denominada “mutualista”, que é “traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e ao bom desenvolvimento da sociedade”. Aponta Machado (2017) que apesar de representar um grande avanço, este tipo de solidariedade ainda se demonstrou insuficiente para atender os anseios e acompanhar o desenvolvimento da sociedade.

Segundo Sarlet (2018, p. 49) a solidariedade possui uma característica distintiva, predominante, qual seja: a titularidade coletiva. Assim, em princípio, a figura do titular não está relacionada à pessoa-indivíduo, singularmente considerado, destinando-se à proteção de grupos humanos para uma melhor qualidade de vida.

O princípio da solidariedade encontra diversas aplicações em nosso ordenamento jurídico, neste caso será exposto o estudo no Direito à Moradia, considerado um dos direitos fundamentais sociais. O direito à moradia encontra-se sancionado na Carta Magna de 1988 em seu artigo 6º, caput “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

O atendimento à função social exigida da propriedade (art. 5º, XXIII da CF e art. 2.025, do Código Civil) e dos contratos (art. 421, do CC) é uma expressão do Princípio da Solidariedade.

Deve-se ter em mente que a solidariedade, enquanto princípio constitucional, com aplicabilidade e exigibilidade jurídica, não se restringe apenas a um dever do Estado. Acima de tudo, se refere a obrigações recíprocas entre as pessoas como responsáveis umas pelas outras na convivência coletiva. Nesse sentido Reis (2007, p. 2039) pondera:

[...] o sentido visado pelo legislador constituinte para solidariedade é no plano jurídico. E, muito embora o Estado seja o destinatário principal do princípio da solidariedade, certamente não é o único, ou seja, destina-se também às relações interprivadas, face à abrangência dos princípios constitucionais,

ainda que numa forma mais “branda”, podendo-se afirmar que o princípio constitucional da solidariedade “é um fundamento adicional e de reforço à vinculação dos particulares a direitos fundamentais”

Não há dúvida de que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais traz repercussões ao mundo fático que não podem ser desconsideradas pelos juristas (Gonçalves, 2006). Assim, no que se refere à propriedade urbana, esta também deve cumprir sua função social. A Constituição Federal do Brasil de 1988, regulamenta tal dever em seu artigo 182, determinando que o Município, através do Plano Diretor, é quem estabelece critérios para aplicação da função social da propriedade urbana, ordenando a cidade de forma a garantir o bem-estar dos seus habitantes e seu desenvolvimento. “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.[...]” (Brasil, 1988).

Na Carta Magna, o direito à propriedade foi garantido enquanto direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXII, sendo um direito inviolável e essencial ao ser humano, lançado ao lado de outros direitos, como a vida, a liberdade, a saúde, etc. e, também, foi atribuído ao direito de propriedade, o interesse social, vez que no mesmo artigo, inciso XXIII preleciona o seguinte: “a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988), ficando, portanto, condicionada à efetividade de sua função social.

Como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) reclama na sua dimensão positiva a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, sempre seria possível reconhecer um direito fundamental à moradia, independente de haver previsão expressa na ordem constitucional, pois a moradia é inequivocamente destinada à proteção da dignidade (Sarlet, 2011).

Assim, tendo em vista que o direito à moradia é um direito social e que tal direito é caracterizado por sua dimensão positiva, cabe ao Estado efetivá-lo, promovendo políticas de proteção deste direito.

O 'déficit' de infraestrutura e habitação associado à pobreza e à ineficácia das políticas públicas para equacionar essas questões impulsiona os moradores a encontrarem soluções próprias para lidar com esse cenário. Seja na provisão de

habitação e de infraestrutura urbana, seja na criação de mecanismos de ajuda mútua, os pobres agem de forma solidária uns com os outros para enfrentar as dificuldades do cotidiano. É nesse contexto que se começa a constituir uma cultura de solidariedade mais individualizada ou em pequenos grupos, estruturada nas necessidades, dificuldades e precariedade de moradia nesses locais. A proximidade das residências também é outro facilitador de ocorrência dessas manifestações com mais frequência (Santos, 2008).

A estrutura normativa brasileira impõe a realização de uma série de políticas de habitação e de infraestrutura urbana não há como serem consideradas mínimas. Não há, em termos normativos tanto internacionais como de direito interno, qualquer possibilidade de se compreender de outro modo. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a aprovação de orçamento para a realização de obras e, ato contínuo, sua devida realização. Em síntese, o patamar mínimo do direito à moradia adequada previsto no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais elevado que a atual vontade política do Estado na promoção desse direito (Sarlet, 2011).

O princípio da solidariedade demanda o reconhecimento da responsabilidade mútua entre as pessoas, isto é, umas pelas outras e de cada uma delas por todas as demais inclusive pelas gerações futuras. O programa de solidariedade arquitetado pelo texto constitucional em vigor é mais bem entendido com a análise das garantias e direitos fundamentais por ele instituído, pelos subsistemas de proteção social e, finalmente, pela análise dos objetivos fundamentais da República, como: erradicação da pobreza e da discriminação, redução de desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos (Constituição Federal art. 3º, III e IV). Vale mencionar também que a ideia de solidariedade acompanha os chamados direitos fundamentais ditos de terceira geração os quais envolvem a proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e dos direitos difusos de maneira geral.

Aponta-se uma pesquisas exploratórias nas localidades de morros, descobriu-se que os moradores frequentemente se ajudam em caso de queda de barreira ou outro tipo de acidente, fazem cota para a cesta básica, acolhem os desabrigados em suas casas, principalmente parentes e amigos. Ocorrem também outras expressões de solidariedade associadas à construção de casas uns dos outros, por ajuda mútua, além de iniciativas localizadas que buscam lidar com as dificuldades do cotidiano. É o ato de tomar conta dos filhos, de olhar a casa, de doar comida e, de forma mais

esporádica, a solidariedade motivada por um acidente ou socorro que, em algumas situações, pode salvar uma vida (Silva, 2011).

A construção de uma comunidade por vezes está associada a movimentos sociais de luta por moradia. Peralva (2021) argumenta que os movimentos sociais emergem pela ação conjugada de 3 princípios:

- 1) princípio de oposição: em que o grupo percebe um perigo, uma ameaça; 2) princípio de identidade: desenvolvido a partir da constatação pelo indivíduo de que o outro é portador de atributos similares aos dele, o que gera simpatia, aceitação e aliança para conquistar ou preservar valores comuns a ambos, e esse princípio é fonte de solidariedade; e
- 3) princípio de totalidade: por meio do qual eles percebem que uma ação coletiva pode evitar ou minimizar uma ameaça.

Diversas são as formas de construção de uma comunidade, mas, mesmo com históricos diferenciados, algumas características parecem ser-lhes comuns e podem estar associadas aos princípios de Touraine. As lutas para a ocupação da área, para permanecer no chão, a busca de melhorias habitacionais e de infraestrutura urbana os une em torno de objetivos comuns e fortalece e consolida os primeiros laços para a formação dessa comunidade. A luta e a resistência contra um adversário comum caracterizam o princípio de oposição de Touraine. As dificuldades e as batalhas diárias semelhantes, que vão sendo superadas de forma solidária ou coletivamente, vão consolidando e dando coesão ao grupo de famílias que ocupou a área, enquanto os objetivos comuns fortalecem a identidade do grupo (Peralva, 2021).

No que lhe diz respeito, às políticas públicas urbanas não tiveram a eficácia necessária para combater a desigualdade e a pobreza urbana, cujas causas possuem grande complexidade.

Santos em sua obra *Urbanização brasileira* já salientava a importância que o fenômeno da pobreza adquire, por atingir todos os países, porém mais duramente os países subdesenvolvidos, mas também chama a atenção para a vinculação da expansão da pobreza em ritmo igual à urbanização galopante que atinge os países subdesenvolvidos (Santos, 2008).

A cidade como direito possui vários significados e conteúdos – sociológicos, filosóficos, o que demonstra a complexidade do processo de urbanização, da produção do espaço, da reprodução ampliada do capital, das desigualdades sociais,

econômicas e socioespaciais. Dimensionar tal direito envolve compreender as concepções materiais, políticas, simbólicas, além das jurídicas, para garantir-lhe definição. E para tanto, não é possível olvidar que, pensar a questão urbana envolve refletir sobre a complexidade de um território ocupado por pessoas dos mais variados interesses e necessidades, destinatárias dos mesmos direitos formais, carentes do atendimento que demandam (Santos, 2008).

A regularização fundiária tem como finalidade, conforme o próprio termo indica, tornar regular um situação fundiária que se apresenta juridicamente em desconformidade com o ordenamento jurídico. Isso significa trazer para a legalidade situações que, apesar de ilegais na sua origem, merecem ser harmonizadas com a norma jurídica, pelas mais variadas razões. Os demais adjetivos, "urbana" e "interesse social", apenas qualificam mais o tipo de regularização fundiária (Nascimento, 2013).

O texto constitucional consagra a dignidade humana como princípio estruturante de nosso sistema jurídico, poucos habitantes de nossa cidade desfrutam do direito à vida segura e vivem em habitações dignas. Vale aduzir que a habitação digna é uma das prioridades que a União definiu para a realização de programas e políticas de desenvolvimento urbano. A Constituição também define como competência de todos os entes da Federação a promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (Constituição Federal, art. 23, IX) (Dias, 2012).

Assim, a efetivação de direitos difusos, garantias e direitos fundamentais e direitos sociais uma interpretação sistêmica que objetiva, da forma mais ampla possível, dar força normativa aos preceitos e objetivos constitucionais, aos fundamentos da República Federativa do Brasil. A interpretação constitucional busca também delimitar as diretrizes valorativas que deverão estar espelhadas nos instrumentos jurídicos que propiciarão a aplicabilidade das normas constitucionais e, por consequência, a efetividade de referidos direitos. Dar plena eficácia aos preceitos constitucionais implica a produção de normas infraconstitucionais que possibilitem a realizabilidade desse direito e também a sua efetividade (Dias, 2012). O direito à moradia é um direito humano, fundamental e social, cujo conteúdo implica em prestações concretas, assim como os demais direitos sociais. Buscar-se a sua fundamentação é tarefa indispensável, para que se delimite o seu alcance, o seu propósito e o seu conteúdo. Os direitos sociais, dependentes de prestações positivas

para sua efetivação, demandam aportes de custeio, dos quais nem todas as pessoas podem dispor.

Em consequência, especificamente no tocante ao direito à moradia, a situação atual no panorama global é verdadeiramente crítica, tanto sob o aspecto deficitário e a ausência de moradias, quanto sob o aspecto qualitativo das mesmas, vez que o exercício pleno do direito à moradia só é considerado se for possível esta moradia ser identificada como adequada (Sarlet, 2009).

Sarlet (2009) afirma que o legislador constitucional acertou ao não adjetivar o direito à moradia como moradia adequada pois à luz da Carta Magna não se pode, em qualquer hipótese, se ter uma interpretação deste direito como um direito à moradia não adequada ou não descente.

A sua previsão expressa pela Constituição da República no rol dos direitos fundamentais sociais, o que ocorreu em 2000, veio para afirmar necessidades presentes num mundo globalizado de se enfrentar o problema da moradia, tanto sob o ponto de vista de sua promoção quanto da sua proteção. Assim, a inclusão expressa no texto constitucional vem acompanhar esse movimento internacional de promoção e proteção dos direitos humanos a respeito da efetivação deste direito (Costa, 2015).

O momento em que este direito chega a ser previsto de forma expressa na Carta Magna é o momento no qual afirma a ética da solidariedade, a ética baseada na concepção transindividual do homem que, sem negar que este é um ser individual, considera sempre a sua condição de ser que coexiste. E por ser um direito, como afirmado por tantas vezes, relacionado a aspectos tão intrínsecos da natureza humana é que se faz necessária a busca de sua fundamentação ética, que se torna possível com o princípio da dignidade da pessoa humana (Costa, 2015).

Este princípio assume o papel de delinear o conteúdo do direito à moradia no que diz respeito à pessoa em seu aspecto mais humano e a sua personalidade, a sua identidade. A fundamentação é o único caminho para a promoção e proteção do direito à moradia da forma como se almeja, que é a adjetivando como adequada. Num panorama constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, trabalhando conjuntamente ética da solidariedade, é que vai tornar possível a promoção concreta da igualdade de existência digna, identificando o homem como o fim de toda e qualquer ação do Direito e realizando os objetivos fundamentais da República.

6.3 Relatos de Pessoas Beneficiadas pela Moradia Digna Comprovações da Concretização da Dignidade Humana

O primeiro relato que exposto aqui é da moradora Marta Beatriz Cortez Suarez, moradora beneficiada pelo Projeto More Legal no Loteamento Bairro São Paulo, com obtenção do seu título de propriedade devidamente registrado do Cartório de Registro local, juntamente com mais de 200 famílias. Na época da regularização do Loteamento a Sra Marta já era moradora do Bairro São Paulo há mais de 40 anos, residindo na mesma casa até os dias atuais. A mesma relatou que, como o seu esposo foi trabalhador da cooperativa que detinha propriedade registral daquela área, o mesmo recebeu o direito de moradia no lugar que construiu sua residência para morar com sua família, concessão essa feita de forma verbal e gratuita pelos responsáveis da cooperativa. A Sra. Marta conta que a regularização de sua moradia trouxe segurança e estabilidade para ela em sua velhice. Prestes a completar 5 décadas morando no mesmo lugar, a Sra. Marta não pensa em se mudar de lá, pois a concessão do seu título de propriedade viabilizou reformas e melhorias em sua residência, proporcionando mais dignidade e conforto para ela e sua família.

Dignidade inclusive de ter todos os impostos regularizados e pagos ao Município, cumprindo com suas obrigações como cidadão Santanense pois antes morava de forma clandestina e, portanto, nunca pagou IPTU ao município.

Ao final da entrevista, a Sra. Marta expressou grande gratidão a esta Doutoranda, pois já havia me procurado diversas vezes para a regularização de sua casa, e estudando o instituto legal do More Legal e unindo esforços com os demais Poderes (Público e Judiciários) vi que o sonho dela e o de muitas famílias poderia ser concretizado.

O segundo relato é da moradora Suzana Beatriz Cortez Suarez Gisler que morava e ainda mora no Bairro São Paulo desde os seus 3 anos de idade, atualmente ela tem 47 anos. A Sra. Suzana também recebeu o direito de posse de forma verbal e gratuita, onde construiu sua residência mas nunca teve título de aquisição, o que gerava para ela muita insegurança de que a qualquer momento ela poderia ser convidada a se retirar do seu lote concedido para moradia. Hoje ela manifesta gratidão e muita felicidade pela conquista da sua moradia digna, através do seu título de propriedade e um alívio em saber que no futuro o bem poderá ser transmitido por herança para sua filha. Ela não manifesta interesse em se mudar de sua residência,

está muito satisfeita pois tem todas suas necessidades básicas atendidas, com o fornecimento de água e luz, transporte público e a tranquilidade e segurança jurídica que o registro de propriedade lhe proporcionou através do Projeto More Legal.

O terceiro relato é da moradora Marlene Fatima Chaves Silva, que mora no Bairro São Paulo há 25 anos. A mesma também recebeu o direito de posse de forma verbal e gratuita, onde construiu sua residência mas nunca teve título de aquisição de propriedade. Hoje ela celebra e agradece a cooperação de todos os envolvidos que regularizaram o Loteamento, proporcionando a ela o registro da sua casa em seu nome, onde ela criou os filhos e hoje ajuda a criar os netos, garantindo a eles moradia digna e segurança jurídica de no futuro transmitir o bem a eles através de sua herança. Sua satisfação com o More Legal foi tanta, que ela não cogita em se mudar de lá, pois a construção de memórias afetivas ao longo desses anos morando ali fazem com que ela se sinta feliz e realizada naquele lugar que escolheu para construir sua residência.

Diante de um país que revela-se crucial o índice de informalidade fundiária das cidades brasileiras que segundo Edésio Fernandes (2002), essa informalidade pode atingir, por exemplo, quase 50% da população das duas principais metrópoles brasileiras (São Paulo e Rio de Janeiro). Estendendo para o resto do país sabe-se que a realidade não é muito diferente.

Visto que, a regularização fundiária consiste em regularizar a posse dos habitantes e promover a urbanização do local sem recorrer à remoção da população para outras localidades. A regularização fundiária é frequentemente limitada à transferência de títulos fundiários, sobretudo os de propriedade privada.

A chave da insegurança fundiária, aborda Comby (2007), não está tanto na carência de meios técnicos (cadastro informatizado, estudos topográficos, qualidade de demarcações etc.), mas geralmente na inadequação do sistema jurídico e da máquina administrativa para atender às realidades sociais específicas de cada localidade. A legislação brasileira, no que diz respeito à regularização fundiária, tem feito, certamente, consideráveis progressos nessas últimas décadas, mas os procedimentos de legalização do solo permanecem bastante complexos, dificultando os êxitos dessas iniciativas.

Na exposição dos relatos dos moradores do bairro São Paulo, que tiveram suas casas regularizadas, demonstra a satisfação das pessoas de sua dignidade sendo

reconhecida e positivando que é possível a intervenção da ligação dos poderes de forma amistosa para que o feito se concretize.

7 CONCLUSÃO

Com certeza o amparo nos novos paradigmas trazidos pelo Constitucionalismo Contemporâneo, é algo que não apenas fortalece a estratégia

hermenêutica dentro da teoria do Direito constitucional contemporâneo mas também, cria uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação dos direitos fundamentais.

O direito civil constitucional implica em valores e princípios constitucionais que se disseminam por toda a teoria do direito civil e isto, por conseguinte, pode suavizar a dicotomia direito público e direito privado, sem ferir a autonomia privada. O Estado interveio nas relações privadas e pessoais e, com isto, aproximou o direito público do direito privado, ou seja, há o entrelaçamento do direito público ao direito privado, nas relações jurídicas, por força da constitucionalização do direito civil.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana demonstra sua superioridade na hierarquia das normas e diante de outros princípios fundamentais.

A Regularização fundiária como concretizador do direito à moradia digna e sua concreta regularização de posse, apresenta um direito ético e justo, na finalidade de um bem social fazendo com que as individualidades se compatibilizem com os interesses sociais da coletividade.

A filosofia aqui não se apresenta como um fim em si mesma, mas um meio para a compreensão do conceito de dignidade. A filosofia possibilita a inteligência da solução, ela é uma orientação, possibilitando os meios de direção para a que se concretize na prática.

A Dignidade humana no sentido jurídico, estaria no direito fundamental de todo ser humano, cidadão ou não. Como tal, é inalienável, em princípio. Na perspectiva jurídica ela é objetiva, desprovida de um sentimento da pessoa em condição vulnerável, toda pessoa tem dignidade porque é pessoa. Por isso, os comportamentos que violam esse princípio são qualificados de crimes.

A moradia, apesar de ter sido incluída na relação dos direitos fundamentais sociais, não se apresenta assegurada de maneira efetiva e concreta a todos os brasileiros, sendo certo que a previsão Constitucional implica obrigação para o Estado no sentido de implementar políticas públicas socialmente ativas para tornar este direito efetivo.

Contudo, a dignidade da pessoa humana, considerado fundamento maior do Estado Democrático de Direito, só se torna realizada a partir da garantia de outros direitos básicos do cidadão, tendo o Estado o dever de cumprir o compromisso que assumiu constitucionalmente, promovendo diversas ações sociais por meio de

políticas públicas para concretização de direitos básicos, no qual está incluso o direito à moradia.

A dialética entre a pessoa e a pessoa como interpretação pela filosofia e, dessa forma o de dignidade, está descrita desde as primeiras indagações da natureza humana na história.

A interpretação conceitual de Dignidade humana, a fundamentação dos direitos da pessoa variam com a época histórica e local. Se os mesmos direitos fundamentais podem ser identificados em distintos momentos históricos, a maneira de interpretá-los, contudo, modifica-se continuamente.

A história da humanidade tem demonstrado que a moradia é uma necessidade fundamental dos seres humanos, e, nem se entende que ele seja apenas o direito a um teto, um abrigo, tendo em vista que a moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida, a dignidade da pessoa, mas se tornou um problema social de considerável dimensão, para o Estado, a quem cabe de maneira responsável o desenvolvimento de política públicas, em cumprimento do próprio normativo constitucional.

Os direitos fundamentais sociais garantidos pelo normativo constitucional, os tratados internacionais e todos os dispositivos jurídicos que vem a proteção desse direito, a moradia digna, não tem sido seguido com a sua real finalidade.

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, foi recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, por instituição da Emenda Constitucional n. 26/2000, em seu artigo 6º, 'caput'.

Quando se escreve no artigo 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais, que todos os brasileiros têm direito à moradia, isso significa que a partir da entrada em vigor desta emenda o Estado brasileiro está obrigado a traçar, conceber, implementar e executar políticas públicas que tornem a moradia um direito mínimo de cada brasileiro.

Não se discute que o direito à moradia é uma necessidade básica de todos os pessoas, e, nem se entende que ele seja apenas o direito a um teto, um abrigo, tendo em vista que a moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida.

Dentro desse contexto este artigo se propõe a discutir o Direito à Moradia como direito fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana.

O entendimento do princípio da solidariedade transpõe conceitos, a doutrina demonstrou que já na Antiguidade Clássica vislumbraram-se os primeiros escritos a respeito do valor solidariedade em razão das teorias generalistas de Platão e de Aristóteles, as quais objetivavam uma convivência social justa e harmoniosa, seguindo a tendência ideológica da generalidade defendida em seu território grego.

Outrossim, para que o princípio da solidariedade seja de fato consolidado, faz-se necessário o sentimento humanitário que deve estar implícito à materialização da percepção de justiça. Destaca-se a importante contribuição sociológica do francês Émile Durkheim, em que o autor defendeu a tese de que a sociedade era mantida coesa graças a forças de unidade denominadas de solidariedade.

O princípio da solidariedade justifica o apontamento de diversos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição. Pode ser encarado como a contraprestação devida pela existência dos direitos fundamentais: se tenho direitos, tenho, em contrapartida, o dever de prestar solidariedade àqueles que se encontram em posição mais frágil que a minha. A noção de “dever de solidariedade” é, portanto, o estágio mais avançado da cidadania.

A Constituição Brasileira trouxe a imperiosa necessidade de se aplicar o princípio da solidariedade na efetivação de direitos e deveres em uma sociedade para minimizar as desigualdades sociais. Não se trata mais de um sentimento pessoal – ou de uma aspiração de alguns grupos; trata-se de garantias constitucionais no ordenamento jurídico que representa o desejo da maioria da população. A responsabilidade solidária também pode abranger toda a sociedade civil, cada cidadão, não somente de responsabilidade do Estado.

Sendo assim, a função social da propriedade é uma condição imposta ao direito de propriedade para impedir que o interesse individual possa prevalecer em relação ao bem coletivo. Ao estabelecer uma função social para a propriedade, o Estado brasileiro preza pela justiça social e pela utilidade da propriedade.

No Brasil, a política de regularização fundiária tem evoluído na sua consolidação com novas leis e instrumentos, que visam facilitar o processo. Mesmo assim ainda é muito lento na maioria das situações. A política avança em sua intenção, mas convive com uma não compreensão, da proliferação de novas ocupações irregulares.

A regularização fundiária urbana ao longo dos anos, é uma luta constante dos diversos governos, todavia, tem enfrentado barreiras nos mais diversos fatores que

dificultam a sua realização efetiva, aponta-se motivação política como uma delas. Quer dizer, as normas foram atenuadas, mas não procede o direito de propriedade de forma plena.

Na consideração deste estudo demonstrou-se a importante relevância e complexidade das competências do Registros de Imóveis, na efetivação da regularização da propriedade, particularmente quando se tem a responsabilidade de abranger fatores econômicos e sociais.

A função registral com suas competências está regulada pela ordem jurídica, para fins do cumprimento do princípio da segurança jurídica, fundamentado no Estado Democrático de Direito, nomeado na Constituição Federal, a ordenar a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. concretizando pressupostos da dignidade da pessoa humana, diante da função social e do princípio constitucional da solidariedade.

A Constituição Brasileira trouxe a imperiosa necessidade de se aplicar o princípio da solidariedade na efetivação de direitos e deveres em uma sociedade para minimizar as desigualdades sociais. Não se trata mais de um sentimento pessoal ou de uma aspiração de alguns grupos; trata-se de garantias constitucionais no ordenamento jurídico que representa o desejo da maioria da população.

O grande mérito do princípio da solidariedade reside em ser instrumento de humanização de direitos e de trazer para a seara jurídica valores essenciais para a vida em sociedade.

O “More Legal” que foi criado pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sem dúvida se presta ao seu objetivo ou seja flexibilizar a comprovação documental para aquisição de propriedade sem descuidar a observância das normas que regulamentam os registros públicos.

Visto que, para a efetivação das regularizações através do “More Legal”, está no comprometimento da união de esforços de todos os envolvidos, seja do Judiciário, pelo poder jurisdicional e correicional que exerce; do Ministério Público, que efetivamente zela pelo interesse social; a Classe Registral, com conhecimentos suficientes para viabilizar o desenvolvimento técnico do projeto; o “proprietário”, detentor de um título dominial precário, maior interessado na regularização; e, principalmente, o Poder Público Municipal, cuja função primordial visa à execução de atos em benefício dos cidadãos que o integram, não devendo olvidar sua obrigação legal.

Esse projeto “More Legal” segue a atual tendência de desjudicialização, possibilitando que todo o procedimento ocorra na via extrajudicial. Positivado pela experiência concretizada na análise de caso apresentado nesta tese, do bairro São Paulo em Sant’Ana do Livramento.

Diante do problema proposto: Como a regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, a fim de efetivar a dignidade humana dessas pessoas? A resposta ao problema proposto esteve presente em toda a tese, a que se considerar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana ao cidadão na aquisição de sua moradia. No processo de regularização fundiária que visa legalizar a posse de terras ocupadas irregularmente, de modo a garantir o direito à propriedade e a segurança jurídica dos ocupantes, ressalta-se a importância da convergência do direito público e o privado para a concretização do processo. Assim, o princípio da solidariedade e o direito à moradia são previsões constitucionais que estão integradas ao princípio da dignidade da vida humana. Onde a regularização fundiária solidária é uma aplicação do princípio da solidariedade na prática, foi demonstrado no caso do loteamento do bairro São Paulo, no município de Santana do Livramento-RS.

A regularização fundiária urbana, no processo das intersecções jurídicas entre o público e o privado, característico do constitucionalismo contemporâneo, e instrumentalizada pela solidariedade, pode auxiliar na concretização do direito à moradia para a parte da população brasileira desassistida deste direito fundamental, efetivando a dignidade humana dessas pessoas, a partir da aplicação dos instrumentos legais, judiciais e extrajudiciais, postos à disposição dos operadores do direito e dos administradores da coisa pública, adaptados à realidade dos fatos e com verdadeiro espírito de solidariedade às pessoas necessitadas de tais direitos.

Sem dúvida, a questão da casa, da moradia, da habitação merece ser repensada e revisada. Ainda, apresenta-se um árduo caminho a trilhar, e o importante é não se olvidar a experiência que possa ser espelhada no passado.

Diante de todo o estudo, há que se considerar que mesmo configurando-se a solidariedade com o princípio ainda ténue no texto constitucional vigente, obriga-se o seu pronto e imediato cumprimento, seja por ato de iniciativa estatal, ou por provocação dirigida aos Poderes Públicos.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALFONSIN, Betânia. **Instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE-GTZ-IPPUR/UFRJ, 2006.

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. (Coord.). **Regularização da terra e da moradia: o que é e como implementar**. 2006. Disponível em: <<http://polis.org.br/uploads/949/949.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. A unificação do direito privado no Brasil. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 30, n. 126, p. 14-31, jun. 1973.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo Andrade. **O princípio da função social da propriedade urbana**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Organizador). **Interesse Público Versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. Usucapião especial e imóvel urbano. O instrumento de regularização fundiária e de concretização do direito de propriedade. In: XV Congresso Internacional de Direito Registral. Fortaleza. **Boletim do IRIB em Revista**, 2005.

ARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 17, n. 48, p. 151-166, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2016.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, p. 250, 2005.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Direito de preempção. In: **Estatuto da Cidade**. São Paulo: CEPAM, 2001.

BAGATINI, Júlia. A solidariedade no direito. **UNITAS – Revista do Curso de Direito**, n. 1, p. 90-105, 2016. Disponível em: <<http://revista.faifaculdades.edu.br:8080/index.php/direito/article/view/175>>. Acesso em: 21 ago. 2024.

BARCELLOS, Logan Caldas. Uma Breve Introdução ao Pensamento Jurídico de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 12, Jul - Dez 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como Ideologia Vitoriosa do Século XX. **Publicum**, n. 4, p. 14 - 36, 2018b.

BERGOGLIO, Jorge Mario. **A solidariedade: Jorge Mario, Abraham Skorka, Marcelo Figueroa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile: la norma giuridica. I soggetti**. Milano: Giuffrè, 1990. v. 1.

BÍBLIA SAGRADA. **Carta de São Paulo aos Gálatas**, capítulo 3, versículos 26 a 28. São Paulo: Ave Maria, 1998.

BLAIS, Marie-Claire. **La solidarité. Histoire d'une idée**. Paris: Gallimard, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é - o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 6. Porto Alegre, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Estatuto da Cidade**: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos deputados, 2001. (Série Fontes de Referência. Legislação, n. 40).

BRASIL. **Lei n. 11.977/2009**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11977-7-julho-2009-589206-publicacaooriginal-114190-pl.html>> Acesso em: 08 de abril/2023.

BRASIL. **Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.977/2009. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11977-7-julho-2009-589206-publicacaooriginal-114190-pl.html>> Acesso em: 08 de abril/2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. Programa Direito à Cidade. **A efetividade dos processos de Regularização Fundiária**. Brasília: Ministério das Cidades, 2017. p. 6.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 13.465/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Brasília, 2017. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Forense. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALDERALE, Alfredo. Alle origini della codificazione brasiliana: le fonti del diritto privato e Augusto Tei-xeira de Freitas. In: _____. **Diritto privato e codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 386.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Nova, 2013. p. 131-133.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional didático**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Restrições aos direitos fundamentais no Estado Constitucional**. Porto: Juruá, 2019.

CARVALHO, Paulo Pires; OLIVEIRA, Aluísio Pires de. **Estatuto da Cidade: anotações à Lei nº 10.257/2001**. Curitiba: Juruá, 2003.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. São Paulo: Bushatsky, 1972. v. 1.

CIMBALI, Enrico. **La nuova fase del diritto civile: nei rapporti economici e sociali**. Roma: Torino Unione Tipografico, 1885.

CLAVAL, Paul. **Terra dos homens**. São Paulo: Contexto, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMBY, j. Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne. **Etudes Foncières**, n. 128, p. 38-44, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22-4.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COMTE-SPONVILLE, André. **A Sabedoria dos Modernos**. São Paulo : Martins Fontes. 1999.

COSTA, Maria Amélia da. **Direito à moradia na Constituição da república – considerações a respeito de sua positivação e fundamentação**. 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58d2d622ed4026ca>> Acesso em: set. 2024

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e cidadania. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 5, n. 10, 2000. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1539>>.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo : Moderna. 2002.

DENIS, Léon. **O problema do ser, do destino e da dor: os testemunhos, os fatos, as leis: estudos experimentais sobre os aspectos ignorados do ser humano**. 32 ed. Brasília: FEB, 2020.

DIAS, Daniela S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica do CEAF**. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. v. 1, n.1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art1.pdf> Acesso em: 9 set. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Solidariedade. In: **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Edipro, 2016.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo horizonte: Del Rey, 2001.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Dos princípios fundamentais. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). **Constituição Federal interpretada**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FERRAZ, Sérgio. **Usucapião Especial**. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elemento de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GARCIA, Maria. **O Constitucionalismo do Século XXI num enfoque juspositivista dos valores humanos e dos princípios fundamentais de direito**. In: QUARESMA, Regina, et al. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.188-189.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. V.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HERMANY, Ricardo; Bonotto; Carmem Denise. A concretização do direito constitucional à moradia a partir de políticas de inclusão na esfera local. In: **Direito, Cidadania e Políticas Públicas: direito do cidadão e dever do Estado**. Porto Alegre: Free Press, 2007.

HERRERA, Carlos Miguel. El concepto de solidaridad y sus problemas político-constitucionales. Una perspectiva iusfilosófica. Bogotá, Colombia, **Revista de Estudios Sociales**, n. 46, mayo 2013. p. 63-73.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HIERRO, Libório L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. DOXA. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p.249-271. Disponível em: < <http://bib.cervantesvirtual.com> > Acesso em: 09 set. 2024.

HOBBSAWM, E. **A era dos extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 99.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia e a efetividade do processo: contratos do Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 2002.

ISENSEE, Patrick. O que é o Direito à Cidade? 2013. Disponível em: <<http://rioonwatch.org.br/?p=7921>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

JUSTINIANO, César Flávio. Trad. VILLEGAS, Júlio César Navarro. **Libro 4 del Digesto de Justiniano**. Klinderulimited, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KILDARE GONÇALVES DE CARVALHO. **Direito constitucional didático**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A unificação do Direito Privado e as relações entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. **Revista CEJ**, Brasília, a. 11, n. 39, p. 65-6, out/dez. 2007.

KNAK, Eduardo Henrique. **Benefícios do parcelamento de solo para o desenvolvimento urbano ordenado: uma abordagem multidimensional para cidades sustentáveis**. 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/beneficios-do-parcelamento-de-solo-para-o-desenvolvimento-urbano-ordenado/1930696192>> Acesso em: 02 de nov. 2024.

LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1998, p. 119.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. Participação Social na Administração pública. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Empoderamento Social Local**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 51-76.

LOMAR, José Villela. **Usucapião coletivo e habitação popular**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n. 31, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Universidad Iberoamericana; Alianza, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona; Paidós, 1990.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MACHADO, Jeanne da Silva. **A solidariedade social na responsabilidade ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MANETTI, Giannozzo. Della dignità e dell'eccellenza dell'uomo. In: GARIN, Eugenio. **Prosatori latini del Quattrocento**. Milano: Riccardo Ricciardi, 1952. p. 445.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MARICATO, Ermínia; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade. **Teoria e Debate**, n. 66, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.undp.org/legalempowerment/reports/National%20Consultation%20Reports/Country%20Files/7_Brazil/7_5_Urban_Policy.pdf> Acesso em: 02 de nov. 2024.

MARICATO, Erminia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2014.

MARINS, Vinicius. O Estatuto da Cidade e a constitucionalização do direito urbanístico. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 223, fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4806>> Acesso em: 06 jul. 2024.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: problemas temporais e espirituais de uma nova sociedade. São Paulo: Cultor de livros, 2018.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1956. p. 112.

MARITAIN, Jacques. **Três reformadores: Lutero, Descartes e Rousseau**. São Paulo: Cultor de livros, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Victor Hugo Teixeira. **Habitação, infra-estrutura e serviços públicos: conjuntos habitacionais e suas temporalidades em Londrina-PR**. 2007. Dissertação (Mestrado em Geografia, Meio Ambiente e Desenvolvimento), Programa de Pós-Graduação em Geografia do Departamento de Geociências, Universidade Estadual de Londrina, 2007.

MASSAUÍ, Guilherme Camargo. A perspectiva da solidariedade a ser considerada pelo direito. **Systemas Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Campo Grande, v. 4, p. 133-148, 2012.

MASTRODI, Josué. O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 113-134, julho/dezembro de 2013.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. v. 1. p. 272–83.

MEDAUAR, O.; ALMEIDA, F. M. (coord.). Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MEDEIROS, Sara Raquel F. Queiroz de. **A casa própria: sonho ou realidade? Um olhar sobre os conjuntos habitacionais em Natal**. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Centro de Ciências Humanas Letras e Artes. Natal, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: **JusPodvim**, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista da Ajuris**: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, v. 31, n. 94, p.227-50, jun. 2004.

MELO, Marcelo A. S. de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 429, set. 2004. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>. Acesso em: 23 mar. 2022.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2012. V. 4.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 57.

MONTORO, André Franco. Cultura dos direitos humanos. In: **Direitos Humanos: legislação e jurisprudência** (Série Estudos, n. 12), V. 1. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

MORAES, Filomeno. **Política e Direito em Norberto Bobbio: Luzes a liberdade, a igualdade, a democracia e a república**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NASCIMENTO FILHO, F. (org.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 167-190

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação de normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 100, p. 159, out./dez.1988.

MOSS, Lucas Rezende. **Lei de parcelamento do solo: modalidades da Lei 6766 e aplicação**. Disponível em: <<https://mmf-law.com.br/lei-parcelamento-solo/>>

MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa G. **Regularização Fundiária urbana de interesse social no Direito Brasileiro**. Dissertação, Universidade de São Paulo, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Anticristo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985. p. 34.

NOVAIS, Jorge Reis. **Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra, Portugal: Coimbra, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. **Estatuto da Cidade: para compreender**. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandez de. **Estatuto da Cidade: comentários à Lei 10.257/01**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização Fundiária de Interesse Social**. 2. ed. São Paulo: IRIB, 2013.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade da moradia. In: OLIVEIRA NETO, José Rodrigues de. (Org.) **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASSERON, Jean-Claude. **O Raciocínio Sociológico – o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995. p. 36.

PENA, Luciana da Silva; OLIVEIRA, José Luiz de. Efetividade dos direitos fundamentais: caminho para o exercício da democracia na perspectiva de Norberto Bobbio. **Revista Eletrônica do Grupo PET – Ciências Humanas, Estética da Universidade Federal de São João Del-Rei**, a. 11, n. 10, Janeiro a Dezembro de 2017. Disponível em: <https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/04_Efetividade_dos_direitos_fundamentais_artigo_finalizado_para_publicacao.pdf> Acesso em: ago. 2023.

PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

PERALVA, Angelina. Conflito e movimentos sociais no acionalismo de Alain Touraine. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-160194/106>> Acesso em: 23 maio 2021.

PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PÉREZ, M. C. La solidaridad: un acercamiento desde la educación. In: **Educación y solidaridad: propuestas de reflexión y acción**. Madrid: Narcea, 1987.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: RIHJ, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jan./dez. 2004.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e Seus Críticos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

REALE, Miguel. **O Homem e seus Horizontes**. São Paulo: Topbooks, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **O projeto do Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

RIBEIRO, Rudy Tavares. **Direito à moradia, federalismo e solidariedade: uma proposta crítica ao tema do ativismo judicial.** Disponível em: <<https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-33-AUTOR-Rudy-Tavares-Ribeiro.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. PODER JUDICIÁRIO. CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. **Consolidação Normativa Registral e Notarial.** Porto Alegre, 2015.

RODRIGUES, Alicia Fernandino. **Planejamento urbano no Brasil, Estatuto da Cidade e o GIS.** In: Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico, 2004.

ROLNIK, Raquel. Plano Diretor, Estatuto da cidade. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 25, n. 52, p. 14, jan./jun. 2002.

ROLNIK, Raquel. **Territórios em conflito: São Paulo-espaço, história e política.** São Paulo: Três Estrelas, 2017.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direitos e Garantias Individuais**, Vitória, n. 3, p. 11-30, jul./dez., 2008.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Ivanaldo. **Jacques Maritain e a reconstrução dos direitos humanos: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.** São Paulo: Cultor de Livros, 2019.

SANTOS, Milton. **Urbanização brasileira.** 5. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 296-310.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de direito e democracia**. Canoas, v. 4, n. 2, p. 327-83, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em: 02 de nov. 2024.

SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg. **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2006.

SARMENTO, Daniel org. **Interesse Público Versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. O princípio da solidariedade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9315>. Acesso em: 24 maio 2021.

SILVA, Edinéa Alcântara de Barros e. **Solidariedade em comunidades de baixa renda**: análise das práticas cotidianas e da relação com o lugar a partir do sistema da dívida. Recife: O autor, 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, CAC. Arquitetura, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo : Martins Fontes. 1998.

SOARES, André Marcelo M. Um breve apontamento sobre o conceito de dignidade da pessoa humana. 2017. Disponível em: <<http://goo.gl/AdUzhN>.> Acesso em: 02 jun. 2021.

SOUSA, Sandro Luis de. A função social da propriedade no Estatuto da Cidade. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 13, n. 2182, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13028>> Acesso em: 06 de jul. 2024.

SOUZA, Renato Gobetti. A necessidade histórica do constitucionalismo contemporâneo. Marília. **Revista do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, 2015. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>> Acesso em: maio 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade (comentários à lei federal 10.257/2001)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o Direito. Desvelando obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

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

STRECK, Lenio Luiz. O Que é Isto – O Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 2, p. 27 - 41, out. 2014b.

VARGAS, Thiago de Castro Brandão. **Regularização Fundiária sob a ótica do princípio constitucional da solidariedade como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, 2022.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAUFNER, Domingos Augusto. Os pressupostos necessários para elaboração legislativa municipal em matéria de direito urbanístico. 2010. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/novos_desafios_domingos_augusto_taufner.pdf> Acesso em: 06 de jul. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**. v. 65, p.21-32, 1993.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica – Obras completas**. Trad. Francisco Barbado Viejo. Madrid: BAC, 1957, q. 29, a. 4.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

USTÁRROZ, Elisa. A Constitucionalização do Direito Privado e o Princípio da Subsidiariedade. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Ainda sobre a unificação do direito privado no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <

VALLADÃO, Haroldo. Justiça Social, Desenvolvimento e Integração: repercussões principais sobre o direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, V. 66, n. 229, p. 4, jan./mar., 1970.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant. Themis, **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, n. 15, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ANEXOS

ANEXO A: MORE LEGAL V (Redação dada pelo Provimento n. 34/2023-CGJ)

MORE LEGAL V (Redação dada pelo Provimento n. 34/2023-CGJ)

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 737 - A regularização fundiária de núcleos urbanos informais consolidados, a ser promovida pelo Poder Judiciário, obedecerá ao disposto neste título.

§ 1º - A regularização fundiária urbana pelo More Legal V tem como objetivos a promoção do direito à moradia adequada, a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e o desenvolvimento sustentável das cidades.

§ 2º - Consideram-se núcleos urbanos informais os loteamentos, desmembramentos e outras formas de assentamentos urbanos irregulares e clandestinos, ou nos quais não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização.

§ 3º - Consideram-se consolidados os núcleos urbanos informais de difícil reversão, em razão do tempo da ocupação, da natureza das edificações, da localização das vias de circulação e da presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Juiz.

§ 4º - Na aferição da condição de núcleo urbano informal consolidado, serão valorizados quaisquer documentos provenientes do Poder Público ou apresentados pelos legitimados para requerer a regularização.

§ 5º - Em caso de dúvida ou lacuna decorrente da interpretação das disposições deste título, deverá o Juiz decidir de acordo com as normas previstas na Lei nº 13.465/2017.

Art. 738 - Nas Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, a autoridade judiciária competente poderá autorizar ou determinar o registro do núcleo urbano informal consolidado.

Parágrafo único - Poderão requerer a regularização fundiária:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta;

II - os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana;

III - os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores;

IV - a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes; e

V - o Ministério Público.

Art. 739 - O More Legal V permitirá a regularização fundiária de interesse social, que compreende os núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, e a regularização fundiária de interesse específico, aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não compreendida como de baixa renda.

§ 1º - O requerimento da regularização fundiária deverá conter a classificação do núcleo urbano a ser regularizado, nos termos do caput deste artigo, podendo a autoridade judiciária acolher a classificação proposta ou determinar aquela que entender adequada ao caso.

§ 2º - À regularização fundiária de interesse social, aplicam-se as isenções previstas no artigo 13, § 1º, da Lei nº 13.465/2017.

§ 3º - Nos casos do parágrafo anterior, o ressarcimento dos emolumentos pelo Funore será realizado mediante utilização do EQLG20.

Art. 740 - Com o requerimento de regularização fundiária, o legitimado deverá juntar:

I - o projeto de regularização fundiária, devidamente aprovado pelo Município;

II - certidão atualizada da matrícula ou certidão da situação jurídica atualizada do imóvel objeto da regularização, se houver;

III - certidão negativa de registro do imóvel, na hipótese de regularização de área sem procedência registral;

IV - listagem identificando os sujeitos de direito com nome completo, nacionalidade, estado civil e número do CPF, vinculados com cada parcela objeto da regularização, para fins de reconhecimento do seu direito através do expediente de regularização.

Parágrafo único - O projeto de regularização fundiária de que trata o inciso I deste artigo deverá atender às exigências contidas no artigo 35 da Lei nº 13.465/2017.

Art. 741 - Na regularização fundiária de interesse social, a autoridade judiciária poderá dispensar a juntada do projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município sempre que o legitimado comprovar justificadamente a impossibilidade de apresentar o documento.

§ 1º - No caso do caput, a autoridade judiciária fixará prazo para que o legitimado junte o projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município, em prazo que não poderá exceder doze meses, permitida uma prorrogação por seis meses, desde que devidamente justificada.

§ 2º - Havendo requerimento fundamentado do legitimado, o Juiz poderá determinar ao Município que proceda à elaboração e à aprovação do projeto de regularização fundiária do núcleo urbano informal, fixando prazo para o cumprimento da obrigação, que não poderá exceder doze meses, permitida uma única prorrogação por seis meses, desde que devidamente justificada pelo Poder Público municipal.

§ 3º - Na hipótese regulada neste artigo, poderá o Juiz, de ofício ou a pedido do requerente ou dos ocupantes, ajustar que instituição universitária, profissional ou pessoa jurídica especializada produza um ou mais dos estudos necessários para a regularização fundiária do núcleo urbano, mantida a exigência de aprovação do respectivo projeto pelo Município.

§ 4º - O Juízo competente poderá manter cadastro de profissionais e pessoas jurídicas especializados na elaboração de um ou mais itens do projeto de regularização fundiária, cujos serviços poderão ser contratados pelo núcleo urbano informal interessado, sem ônus para o Poder Judiciário.

Art. 742 - Na regularização fundiária de interesse social, a autoridade judiciária também poderá dispensar a apresentação das certidões e da listagem previstas nos incisos II, III e IV do artigo 740, desde que o requerente comprove fundamentadamente a impossibilidade de cumprir a exigência com o requerimento, caso em que o Juiz deferirá prazo para o cumprimento da exigência.

Parágrafo único - Na hipótese do caput, havendo requerimento justificado do legitimado, o Juízo procederá às buscas necessárias para determinar a titularidade do domínio dos imóveis onde está situado o núcleo urbano informal a ser regularizado, podendo solicitar a realização de buscas e a expedição de certidões pelo Registro de Imóveis.

Art. 743 - O projeto de regularização fundiária deverá contemplar proposta de solução e cronograma de implantação de obras de infraestrutura essencial.

§ 1º - Para fins deste artigo, consideram-se infraestrutura essencial vias de acesso, ligações domiciliares de energia elétrica e água potável, iluminação pública e soluções de esgotamento sanitário e drenagem urbana.

§ 2º - A autoridade judiciária não poderá concluir a regularização fundiária de núcleos urbanos informais sem que estejam implantadas ligações domiciliares de energia elétrica e água potável.

§ 3º - Para viabilizar a implantação das medidas de infraestrutura essencial previstas neste artigo, poderá a autoridade judiciária, ou pessoa por ela designada, realizar audiências com os requerentes, o Poder Público municipal e os entes públicos ou privados responsáveis pelo fornecimento dos respectivos serviços públicos, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

§ 4º - A regularização fundiária pelo More Legal V de núcleo urbano informal situado em área de risco geotécnico, de inundação ou de outros riscos especificados em lei dependerá da realização de estudos técnicos para examinar a possibilidade de eliminação, de correção ou de administração de riscos na parcela por eles afetada, e da implantação das medidas neles indicadas.

CAPÍTULO II DO PROCEDIMENTO

Art. 744 - O pedido de regularização do núcleo urbano informal será apresentado perante o Juiz de Direito Diretor do Foro, nas Comarcas do interior, ou na Vara de Registros Públicos, onde houver.

§ 1º - Autuado o pedido, incumbirá ao Juiz a análise do preenchimento das condições para o processamento da regularização fundiária pelo More Legal V.

§ 2º - Não sendo caso de aplicação do More Legal V, o Juiz indeferirá o pedido e extinguirá o procedimento, cabendo recurso de apelação da decisão.

§ 3º - Se a qualquer momento da tramitação o Juiz concluir que não estão presentes as condições para a regularização fundiária do núcleo urbano informal pelo More Legal V, poderá extinguir o procedimento, cabendo recurso de apelação da decisão.

§ 4º - O procedimento será regido pelas normas que regulam a jurisdição voluntária, aplicando-se, no que couber, os preceitos das Leis nºs 6.015/73 e 13.465/17.

Art. 745. Recebido o pedido de regularização, deverá a autoridade judiciária:

I - abrir prazo comum de 10 dias úteis para que o Município e o Ministério Público manifestem-se sobre a classificação da regularização fundiária e sobre a existência ou não de risco geotécnico, de inundação ou outro risco previsto em lei na área a ser regularizada;

II - abrir prazo de 20 dias úteis, prorrogável por igual período mediante justificativa, para o Registro de Imóveis manifestar-se, com o intuito de analisar, auxiliar e fornecer informações relevantes que possam vir a fundamentar a decisão judicial.

§ 1º - Se o Município ou o Ministério Público discordar da classificação da regularização fundiária, o Juiz ouvirá o requerente no prazo de dez dias, decidindo em seguida se alterará a classificação.

§ 2º - Se o Município ou o Ministério Público demonstrar que a área a ser regularizada é de risco, o Juiz condicionará a regularização fundiária à realização de estudos técnicos para examinar a possibilidade de eliminação, de correção ou de administração de riscos na parcela por eles afetada, e à implantação das medidas neles indicadas.

Art. 746 - Tratando-se de imóveis públicos ou privados, caberá ao Juízo competente intimar os titulares de domínio, os responsáveis pela implantação do núcleo urbano informal, os confinantes e os terceiros eventualmente interessados, para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da intimação.

§ 1º - Poderá o Juiz ouvir o Município ou qualquer outra pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que possa ter relação com o imóvel, bem como terceiros potencialmente interessados, e determinar a publicação de edital para conhecimento amplo e geral acerca da pretensão de regularização.

§ 2º - A publicação de edital, caso necessária, será realizada preferencialmente por meio eletrônico.

§ 3º - A anuência prévia com o requerimento de regularização dos titulares de domínio e dos confinantes, devidamente comprovada, dispensa a intimação prevista no caput.

Art. 747 - Caso a autoridade judiciária identifique a existência de litígio possessório sobre a área a ser regularizada, poderá submeter a solução do conflito a audiências de mediação e conciliação, que podem ser realizadas pelo próprio Juiz competente para a regularização ou por órgãos judiciais de mediação e conciliação de conflitos fundiários coletivos devidamente autorizados pelo Nupemec do Tribunal de Justiça, sem prejuízo da competência do juiz natural em caso de litígio judicializado.

§ 1º - O Ministério Público e a Defensoria Pública deverão ser intimados a comparecer nas audiências de mediação e conciliação de conflitos possessórios coletivos realizadas no curso da regularização fundiária.

§ 2º - Antes da prolação da sentença, será oportunizada vista ao Ministério Público para manifestação.

Art. 748 - Na regularização fundiária pelo More Legal V, o Juiz poderá utilizar todos os institutos jurídicos previstos em lei para titulação de posse e propriedade, inclusive a legitimação de posse e a legitimação fundiária reguladas na Lei nº 13.465/2017.

§ 1º - A decisão judicial que deferir o pedido de regularização servirá como título para permitir o registro do núcleo urbano informal e titulações, conforme a realidade apresentada no projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município.

§ 2º - A sentença transitada em julgado que deferir a regularização da área servirá para a abertura de matrícula do imóvel, caso seja necessária, bem como para os registros do núcleo urbano regularizado e da legitimação aplicável, além das averbações cabíveis.

§ 3º - A regularização fundiária pelo More Legal V poderá ser implementada por etapas, abrangendo o núcleo urbano informal de forma total ou parcial.

Art. 749 - A sentença judicial que deferir a regularização fundiária deverá conter o nome do núcleo urbano regularizado, a localização, a modalidade da regularização e, quando necessário, as responsabilidades pela implantação das obras e serviços constantes do cronograma previsto no projeto de regularização fundiária.

§ 1º - Se ao sentenciar o Juiz constatar a pendência da implantação de medidas de infraestrutura essencial e de soluções ambientais e urbanísticas no núcleo urbano regularizado, será dada ciência ao Ministério Público para adoção das providências legais cabíveis.

§ 2º - Para fins de registro da regularização fundiária, a autoridade judiciária deverá providenciar a listagem com os nomes dos ocupantes que houverem adquirido a posse ou a propriedade da respectiva unidade, bem como o estado civil, a profissão, o número de inscrição no cadastro das pessoas físicas e do registro geral da cédula de identidade, quando houver, e a filiação.

§ 3º - Na hipótese de a regularização fundiária servir como titulação, os atos registrares poderão ser realizados independentemente da apresentação de guia de recolhimento de imposto de transmissão.

§ 4º - A decisão judicial que deferir a regularização deverá decidir sobre a manutenção ou liberação de eventuais restrições administrativas, ônus reais ou gravames judiciais regularmente inscritos sobre o imóvel.

§ 5º - A regularização poderá envolver inclusive as acessões, independentemente da apresentação de habite-se e prova de quitação da contribuição previdenciária.

Art. 750 - Transitada em julgado a decisão, será o Registro de Imóveis competente comunicado eletronicamente para o respectivo cumprimento.

Art. 750-A - No registro da regularização de núcleos urbanos informais pelo More Legal V, deverão ser aplicadas as regras para registro da regularização fundiária urbana previstas na Lei nº 13.465/2017.

Art. 750-B - O procedimento de registro tramitará em prenotação única, no prazo de 20 (vinte) dias úteis, podendo ser prorrogado por igual período.

Art. 750-C - A qualificação realizada pelo Registro de Imóveis será meramente formal, não lhe cabendo impugnar a decisão, devendo cumpri-la nos exatos termos do determinado, ressalvada eventual necessidade de esclarecimento complementar sobre a forma de seu cumprimento, devendo, neste caso, observar o que preveem os arts. 436 e 437 desta CNNR.

Art. 750-D - A apresentação da decisão transitada em julgado, ou do respectivo mandado, legitima a prática de todos os atos necessários ao registro da regularização e a titulação dos seus beneficiários, se assim decidido pelo Juiz.

Art. 751 - A decisão judicial que deferir a regularização valida a descrição do imóvel que constitui o núcleo urbano informal constante do projeto, independentemente da aplicação de prévio procedimento retificativo ou demarcatório.