

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Flávio Cassel Júnior

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO EFETIVADORA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO
NA PERSPECTIVA DE INTERSECÇÕES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO**

Santa Cruz do Sul, março de 2017

Flávio Cassel Júnior

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO EFETIVADORA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO
NA PERSPECTIVA DE INTERSECÇÕES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul, março de 2017

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação de mestrado é sempre uma obra coletiva. Os defeitos e os erros são de minha inteira responsabilidade. Quanto aos acertos, esses devem ser divididos entre as muitas pessoas que direta e indiretamente me ajudaram.

Primeiro agradeço aos meus pais, pela formação pessoal, jurídica e pelo exemplo de vida.

A minha esposa Daiani e a minha filha Júlia, que foram as mais sacrificadas no tempo de convivência. Mas que sempre foram inesgotáveis fontes de estímulo.

Aos demais parentes e amigos, pela força e pelo incentivo.

Ao professor Jorge Renato dos Reis, meu orientador, pela seriedade, rigor, lealdade e, sobretudo, pela paciência e incentivo. Jamais esquecerei que com o senhor apreendi o real significado de solidariedade.

Ao professor Luiz Gonzaga Silva Adolfo pela amizade, incentivo e valiosas lições.

Aos demais docentes do PPGD-UNISC, especialmente aos professores Caroline Muller Bitencourt, Clóvis Gorczewski, Janriê Rodrigues Reck, João Pedro Schmidt, Mônia Clarissa Hennig Leal, Raimar Rodrigues Machado e Rogério Gesta Leal pelo privilégio de ter sido aluno.

À Coordenação e à secretaria do PPGD-UNISC, por toda a ajuda prestada.

Aos colegas discentes do PPGD-UNISC, companheiros de jornada, pela amizade.

Aos colegas do grupo de estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, por me proporcionarem a participação em acalorados debates, que me renderam grande aprendizado.

À professora Norma, minha mãe, pela ajuda na correção.

Aos desafortunados, desabrigados e excluídos, que são os que mais necessitam de ações afirmativas para terem assegurado um mínimo de dignidade e, para tanto, inclusive, uma moradia digna.

E por derradeiro, ao grande arquiteto.

Saudosa Maloca

Adoniran Barbosa

Se o senhor não tá lembrado
Dá licença de conta
Que acá onde agora está
Esse adifício arto
Era uma casa véia
Um palacete assobradado

Foi aqui seu moço
Que eu, Mato Grosso e o Joca
Construímos nossa maloca
Mas um dia, nós nem pode se alembrá
Veio os homis c'as ferramentas
O dono mandô derrubá

Peguemos todas nossas coisas
E fumos pro meio da rua
Apreciá a demolição
Que tristeza que nós sentia
Cada táuba que caía
Doía no coração

Mato Grosso quis gritá
Mas em cima eu falei:
Os homis tá cá razão
Nós arranja outro lugar
Só se conformemo quando o Joca falou:
"Deus dá o frio conforme o cobertor"

E hoje nós pega páia nas gramas do jardim
E prá esquecê, nós cantemos assim:
Saudosa maloca, maloca querida
Dim-dim donde nós passemos os dias feliz de nossa vida
Saudosa maloca, maloca querida
Dim-dim donde nós passemos os dias feliz de nossas vidas

RESUMO

A pesquisa aqui transcrita abordou o seguinte problema: Os mecanismos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária urbana, previstos na legislação brasileira, determinam a efetividade do direito fundamental à moradia, em seu sentido mais amplo, no constitucionalismo contemporâneo, na perspectiva de intersecções entre o público e o privado? Trata-se de estudo de natureza bibliográfica em que o método de abordagem é o dedutivo, enquanto que o método de procedimento utilizado é o histórico-crítico e o analítico. Assim inicia-se abordando o conceito, a origem e evolução do constitucionalismo contemporâneo, buscando assim reconstruir o processo que conduziu ao atual modelo constitucional. Na sequência, é estudada a efetivação dos direitos fundamentais e o fenômeno da constitucionalização do direito e o surgimento da teoria das intersecções jurídicas entre o público e o privado. Após é analisado o direito fundamental à moradia, buscando compreender as suas origens e o seu processo de evolução. Na continuação, são analisados os seus principais fundamentos que são a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Por fim, é abordada a sua eficácia e a sua efetividade na sua dupla perspectiva: defensiva e prestacional. Então, é analisada a regularização fundiária urbana, que é abordada como concretizadora do direito fundamental à moradia e como mecanismo essencial de combate à informalidade da moradia urbana. Assim busca-se compreender os instrumentos normativos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária na legislação brasileira. A pesquisa conclui que os atuais instrumentos normativos de regularização fundiária são apenas parcialmente suficientes para determinar a concretização do direito à moradia em seu sentido pleno, necessitando de um aprimoramento e de uma interpretação mais adequada à realidade social brasileira e que esteja em consonância com o texto constitucional.

Palavras-chave: Direito à moradia, Regularização fundiária, Constitucionalismo contemporâneo, Função social da propriedade e Intersecções entre o público e o privado.

ABSTRACT

This research presents the following problem: Do judicial and extrajudicial mechanisms of urban land regularization, predicted in Brazilian law, determine the effectiveness of the fundamental right to housing, in its broadest sense and in the contemporary constitutionalism, under the perspective of intersections between public and private properties? It is a bibliographic study that the method of approach is deductive and the procedure method is historical-critical and analytical. The study starts focusing on the concept, the foundation and the evolution of contemporary constitutionalism, and aims to reconstruct the process that conducted to the current constitutional pattern. After that, we focused on the effectiveness of fundamental rights and the phenomenon of law constitutionalization and the appearance of the theory of legal intersections between what is private and what is public. After, the fundamental right to housing was analysed, in order to understand its sources and evolution process. Next, its main foundations were analysed; they are: the dignity of the person and the denominated "existential minimum". And finally, its efficiency and effectiveness were also addressed, over both perspectives: defensive and state provider rights. At the time the urban land regularization is studied and seen as the concretizing of the right to housing and also as an essential mechanism which avoids the urban housing informality. Then, this article aims to understand the legal and out-of-court normative instruments of land regularization in Brazilian's jurisdiction.

Key-words: Right to housing, Land regularization, Contemporary constitutionalism, Intersections between public and private properties and The social function of property.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CENSEC	Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNNR	Consolidação Normativa Notarial e Registral
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PDP	Plano Diretor Participativo
PMCMV	Programa Minha Casa, Minha Vida
PNAD	Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
ZEIS	Zonas Especiais de Interesse Social

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	12
2.1	O constitucionalismo contemporâneo no Brasil: conceito, origem e evolução do fenômeno	13
2.2	A efetivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo	23
2.3	A intersecção entre o público e o privado na constitucionalização do direito	33
3	DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO	40
3.1	Da evolução do direito fundamental à moradia	41
3.2	Da fundamentação do direito à moradia: dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial	48
3.3	Da eficácia e da efetividade do direito fundamental à moradia na sua dupla perspectiva: defensiva e prestacional	53
4	A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO CONCRETIZADORA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	69
4.1	A regularização fundiária como mecanismo de combate à informalidade da moradia urbana	70
4.2	Instrumentos normativos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária na legislação brasileira	79
4.3	A usucapião extrajudicial como mecanismo de efetivação da regularização fundiária	97
5	CONCLUSÃO	110
	REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

O crescimento da indústria e o conseqüente êxodo rural, ocorrido no Brasil a partir do início do século XX, geraram uma expansão desordenada nas cidades, criando diversos espaços habitacionais em situações irregulares, que carecem de infraestrutura e serviços básicos. Nesse contexto, a informalidade habitacional urbana passou a ser uma das características das cidades brasileiras, determinando que em meio ao seu território surgissem muitas favelas, construções precárias realizadas de forma desordenada, ocupações por meio de posse, loteamentos irregulares, entre outros, demonstrando a face de uma sociedade deficiente, em que as disparidades socioeconômicas preponderam, favorecendo o caminho para a irregularidade como alternativa à solução do problema da moradia. Morar de forma irregular significa marginalizar a condição da pessoa humana, excluindo-a das garantias asseguradas pela Constituição Federal, ferindo, portanto a sua dignidade.

Quanto ao número de moradias em situação de inadequação fundiária (localizadas em terrenos não legalizados), o último levantamento oficial foi realizado com base nos dados das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) dos anos 2011 e 2012 e divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em fevereiro de 2014, e apontaram para a existência de 2,117 milhões de unidades em 2011 em situação de inadequação fundiária, e 2,041 milhões em 2012. Isto representa 3,9% e 3,7% dos domicílios particulares permanentes urbanos do país, respectivamente.

Ao lançar os olhares para essa realidade, constatar-se-á que são os setores mais pobres da população brasileira os que mais sofrem com a irregularidade fundiária, que impõe à pessoa a subutilização do imóvel que possui, restringindo seu uso a mero abrigo das intempéries. A irregularidade fundiária enclausura os cidadãos em uma cela de insegurança jurídica quanto à ocupação e às transações que têm por objeto esses bens imóveis. Mas constatada irregularidade restam ao Poder Público duas opções: regularizar ou reverter, já que falhou na prevenção que seria a melhor solução. A reversão é obtida por meio da desocupação forçada seguida da demolição, medida extrema de grande impacto social, e que deve ser evitada e somente utilizada em situações como ocupações em

áreas de risco e/ou de grande impacto ambiental. A regularização fundiária é sem dúvida alguma a forma mais justa para sanar o problema, eis que se trata de um complexo de medidas destinadas a regularizar os imóveis sob o aspecto dominial, sendo que é um dos instrumentos de concretização do direito fundamental à moradia, do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Contudo, considerando a necessidade de uma limitação do tema acerca das diversas problemáticas que envolvem a matéria, limita-se a presente dissertação ao estudo da regularização fundiária urbana no Brasil como mecanismo de efetivação do direito fundamental à moradia, dentro do constitucionalismo contemporâneo, pós Constituição Federal de 1988. Assim o problema, em si, veio a ser delimitado do seguinte modo: Os mecanismos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária urbana, previstos na legislação brasileira, determinam a efetividade do Direito Fundamental à Moradia, em seu sentido mais amplo, no constitucionalismo contemporâneo, na perspectiva de intersecções entre o público e o privado?

O objetivo geral do presente estudo é responder ao questionamento antes formulado. E de forma específica busca-se: analisar os aportes históricos e críticos acerca do constitucionalismo contemporâneo na perspectiva de intersecções entre o público e o privado; compreender o direito fundamental à moradia, sua eficácia e aplicabilidade dentro do constitucionalismo contemporâneo; e, por fim, verificar os mecanismos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária urbana, previstos na legislação brasileira, com o objetivo de saber se os mesmos são aptos a garantir a efetividade do Direito Fundamental à Moradia.

Nesse sentido, uma pesquisa mais aprofundada acerca dos instrumentos de regularização fundiária urbana, realizada sob a luz do constitucionalismo contemporâneo na perspectiva de intersecções entre o público e o privado, poderá fomentar o debate acadêmico e, se bem sucedida, servir para uma aplicação mais efetiva desses instrumentos e assim propiciar dados ao poder público capazes de reduzir o número de imóveis em situação de inadequação fundiária.

De outra banda, é preciso desde já compreender que o direito constitucional contemporâneo caracteriza-se pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo

desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional; visa a dar uma maior efetividade para os direitos fundamentais. Nesse contexto, merece ser questionada a eficácia e a aplicabilidade da norma Constitucional através dos mecanismos infraconstitucionais, legais e administrativos, que garantem o direito fundamental à moradia. Assim, a presente dissertação está adequada à linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação em Direito, que busca compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias inerentes a uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa.

Estudar a regularização fundiária urbana como efetivadora do direito fundamental à moradia nada mais é do que problematizar a inter-relação entre o público e o privado no atual contexto sócio-jurídico-político, tendo em vista as várias ambiências em que esses temas se inserem, seja no processo de constitucionalização do direito privado, seja no processo de privatização do direito público, muito especialmente nos campos de entrelaçamento desses institutos no contexto tutelado pela norma infraconstitucional, sempre interpretada à luz da Constituição.

Levando-se em conta que o trabalho será de natureza bibliográfica, o método de abordagem será o dedutivo. O método de procedimento a ser utilizado será o histórico-crítico e o analítico. No que tange à técnica de pesquisa, valer-se-á da documentação indireta, utilizando-se de referências doutrinárias e jurisprudenciais publicadas em documentos científicos, como obras doutrinárias, artigos, periódicos, revistas e assemelhados. O presente trabalho também se valerá dos dados obtidos pelas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD). Dessa forma, pretende-se recolher informações e adquirir conhecimento acerca do tema, polarizando entendimentos que irão diversificar e prestar fundamentação ao trabalho.

Tendo em vista o objetivo aqui proposto, parece essencial que se inicie a pesquisa a partir das características do constitucionalismo contemporâneo brasileiro pós Constituição de 1988. Assim inicia-se o primeiro capítulo abordando o seu conceito, a sua origem e evolução, buscando assim reconstruir o processo que conduziu ao atual modelo constitucional. Na sequência, é estudada a efetivação dos direitos fundamentais, eis que a Constituição Federal acolhe a ideia da

universalidade dos direitos humanos na medida em que consagra o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Após é analisado o fenômeno da constitucionalização do direito e o surgimento da teoria das intersecções jurídicas entre o público e o privado.

O segundo capítulo enfoca em um primeiro momento o direito fundamental à moradia no constitucionalismo contemporâneo brasileiro, buscando compreender as suas origens e o seu processo de evolução. Na sequência, são analisados os seus principais fundamentos que são a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Por fim é abordada a sua eficácia e a sua efetividade na sua dupla perspectiva: defensiva e prestacional.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo da regularização fundiária urbana, que é abordada como concretizadora do direito fundamental à moradia e como mecanismo essencial de combate à informalidade da moradia urbana. Assim busca-se compreender os instrumentos normativos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária na legislação brasileira. Por fim é analisado o novel instituto da usucapião extrajudicial ou administrativa como um mecanismo de efetivação da regularização fundiária.

Fecha-se a presente dissertação com a apresentação sintética das principais conclusões a que se chegou em cada capítulo, conduzindo as conclusões gerais.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

“A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente e ainda não alcançados”.

Luís Roberto Barroso

A Constituição Federal Brasileira de 1988 simbolizou a definitiva superação do autoritarismo militar e político e trouxe junto com a redemocratização uma intensa preocupação em garantir uma maior efetividade aos direitos fundamentais. Foram incorporados ao texto constitucional profundos avanços em sede de direitos sociais, buscando a maximização dos benefícios sociais. Com a Constituição o princípio da dignidade da pessoa humana passou a exercer uma função de superprincípio, em decorrência de sua característica atrativa, central e unificadora do sistema jurídico.

O direito constitucional brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a se caracterizar pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, pelo caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Nesse mesmo contexto, ocorre uma expansão da jurisdição constitucional, causada pela ampliação do direito de propositura e pela criação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade

Para entender-se o atual momento do direito constitucional brasileiro, é preciso primeiramente abordar a evolução dos aspectos que envolvem a relação de alguns dos elementos como Estado, Constituição, Jurisdição e separação de poderes, tentando-se dessa forma demonstrar as bases em que se assenta a ordem democrática e assim reconstruir o processo que conduziu ao atual modelo de jurisdição constitucional.

2.1 O constitucionalismo contemporâneo no Brasil: conceito, origem e evolução do fenômeno

A questão da jurisdição constitucional e sua legitimidade tem sido objeto de amplos e acirrados debates teóricos ao longo do tempo, especialmente após a segunda grande guerra e o florescimento de um Estado vinculado a noções de respeito aos direitos humanos. A discussão encontra-se vinculada à noção do que a própria constituição desempenha em cada momento histórico, sendo possível afirmar que as funções e prerrogativas pelas Cortes Constitucionais encontram na Teoria Constitucional o seu argumento, coerente com o “modelo” constitucional vigente. Assim é preciso demonstrar como se deu o processo dessa compreensão que garante ao Poder Judiciário um papel de destaque no controle de constitucionalidade e, a partir dessa perspectiva, discutir os fundamentos teóricos e argumentativos que se apresentam a favor e/ou contra o seu exercício (LEAL, 2007, p. 6).

À extensão dos direitos fundamentais, e em especial o direito à moradia, encontra-se diretamente ligado à forma como se encara o Estado, a sociedade e os direitos humanos. É possível dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais na modernidade em duas fases, que são o Estado Liberal e o Estado Social. Modernamente, fala-se, no esgotamento do modelo do Estado Social, e na emergência de um novo paradigma denominado de pós-social, também denominado de Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2006, p. 03). Segundo DIAS e REIS o principal traço distintivo entre o Estado de Direito hodierno e o modelo liberal, diz respeito à concepção acerca dos direitos fundamentais e sua inserção nas relações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo. (2011, p. 53).

O novo constitucionalismo tem como “berço” a Revolução Francesa de 1789, pois, com a queda do modelo feudal, a forma concentrada de organização do poder político, justificado pela vontade divina, sofre um profundo desgaste, abrindo espaço para a teoria do contrato social. Tal teoria parte da premissa de que o indivíduo está no centro da teoria política e coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e direitos. Surge então a ideia de que o Estado está a serviço do homem e não o contrário, o que permite a imposição de limites a sua

atividade e ao seu poder. O moderno constitucionalismo está ligado, de um lado, aos princípios do jusnaturalismo, e de outro lado aos da chamada revolução democrática que encontra fundamento no consenso racional dos cidadãos (LEAL, 2007, p. 8).

Partindo da premissa de que o homem é anterior ao Estado e de que ele é o seu fundamento, dá-se a inversão na perspectiva da garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, que passa a ser regido por dois princípios fundamentais: o princípio da distribuição e o da organização. O primeiro princípio pode ser sintetizado na máxima de que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido. O segundo princípio dá origem à separação entre os poderes, segundo ele o poder se divide em competências circunscritas, o que acentua ainda mais o caráter limitado da atuação estatal (LEAL, 2007, p. 10).

O Estado liberal se incumbiu de romper com o poder excessivo do Estado Absolutista, tripartindo as funções estatais (três poderes) e trazendo o resguardo dos direitos fundamentais. Além destas características aderiu-se também a noção de dissociação entre a sociedade civil e o ente público, ou seja, trata-se do nascedouro da dicotomia do público e privado, baseada em um pensamento individualista, que propunha o livre desenvolvimento mercantil do indivíduo (FACCHINI NETO, 2010, p. 42).

No Estado liberal a separação entre o direito público e o privado era sustentada pela prevalência da autonomia da vontade, bem como da visão estatal negativa, devendo o Estado ter seu poder limitado. Essa linha de raciocínio fundamentou as doutrinas modernas que resistiam ao processo de constitucionalização do direito, com base na ideologia de uma suposta autonomia do direito civil (DIAS e REIS 2011, p. 53).

Com a revolução industrial, sobreveio o incremento em níveis inimagináveis do trabalho subordinado e das relações comerciais. A igualdade formal e o individualismo burguês, expresso nas Constituições e nos Códigos da época, evidenciaram uma forma de exploração do homem pelo homem. Os contratos de trabalho e as demais espécies de contratos, pressupunham uma ampla

“autonomia de vontade” tanto para o empregador como para o empregado¹. FINGER citando ORWEL lembra que a realidade da época demonstrou que é totalmente vazio de sentido se afirmar que todos são iguais, quando na verdade uns são mais iguais que os outros (2000, p. 88).

Nesse contexto o direito passa a ser identificado com a lei, isto é, o direito passa a se identificar com o direito legislado, com as fontes formais, surgindo então o positivismo. A lei vem marcada com os atributos da abstração e da generalidade, isso para atender ao princípio da legalidade expressa. Pelo primeiro atributo, a lei é tida como uma criação racional, voluntarista e convencional, em que são estabelecidas as condutas, o que é permitido e o que é proibido. Já o segundo é a essência da lei no Estado de Direito, atendo-se aos requisitos de moderação e da separação dos poderes, bem como ao ideal de igualdade jurídica (LEAL, 2007, p. 12-14).

Para vincular também ao Estado, porém, ela precisa ter um *status* diferenciado, capaz de obrigar a todos os entes políticos. O instrumento que melhor pode ordenar os regramentos sobre competências e atribuições de uma maneira neutra e racional é a lei, mas para atingir o Estado ela precisa adquirir uma condição que ultrapassa o mero âmbito legal. Nesse contexto, para atender as ambições liberais da época, surge a ideia de Constituição e a de sua superioridade hierárquica com relação às demais normas. Nessa nova estrutura de poder o legislativo passa a ser visto como um órgão privilegiado. Fecha-se, assim, o círculo de consolidação da nova ordem, em que a burguesia, que já tinha o poder econômico, assume o poder político, fazendo da lei racional e da igualdade jurídica seus instrumentos de atuação no sentido de consecução de seus interesses (LEAL, 2007, p. 15).

Nesse período surge a chamada “Era da Codificação”, que teve dois grandes momentos: o Código de Napoleão, de 1804, e o Código Civil Alemão, de 1896. Tal período, ainda se perpetuou nas chamadas “codificações tardias”, como ocorreu no Brasil, em que o Código Civil só entrou em vigor a partir de 1916. A codificação propunha um sistema fechado em que a atividade do intérprete ficava restrita a isolar o fato e a identificar a norma jurídica aplicável. Esse modelo satisfazia aos interesses da burguesia, que via no princípio da legalidade uma forma

¹ Nesse aspecto o Código Civil Brasileiro de 1916 não foi diferente, eis que em seus artigos 1216 e seguintes o contrato de trabalho era tratado como locação de serviço.

de fornecer certeza ao direito e também uma aplicação uniforme em todo o território estatal, que seriam as condições necessárias para uma operacionalização da economia de mercado. Assim os Códigos se transformaram no centro do sistema jurídico e constituições ficaram reduzidas a simples “leis orgânicas dos poderes políticos” (FINGER, 2000, p. 87).

De outra banda, é importante ressaltar a grande contribuição dos Estados Unidos que foi a de fazer constar em uma constituição escrita o parâmetro normativo superior que decide a validade das leis do Parlamento, fazendo com isso que desapareça a noção de soberania do órgão legislativo ordinário, já que subordinado a outro corpo criador do direito. Nas concepções europeias, o poder legislativo tende a ser visto sempre como uma força originária e não subordinada. No sistema da *common law* a lei aparece mais como um produto de justiça do que como uma manifestação da vontade política soberana, eis que o poder está vinculado a direitos preexistentes (LEAL, 2007, p. 22).

A contribuição mais relevante para a moderna teoria dos direitos humanos, dada pelo constitucionalismo norte-americano, foi a de compreender tais direitos como limites impostos ao próprio legislador, cuja inobservância pode ser fiscalizada pelo controle de constitucionalidade dos atos normativos, a ser realizado pelo judiciário (SARMENTO, 2004, p. 19).

O sistema liberal adotado pela França após a revolução de 1789 era caracterizado pela vinculação à lei e pela supremacia do legislativo. Em consequência disso, o Magistrado ficava proibido de interpretar a lei, cabendo a ele, tão-somente, a tarefa de aplicar a norma (geral) ao caso concreto (subsunção), não lhe cabendo qualquer atividade criativa. Isso atendia aos ideais de certeza e de segurança jurídica defendidos pela burguesia. Situação oposta se verificou nos Estados Unidos, onde havia uma grande desconfiança com relação à lei, ao contrário da França, onde havia uma desconfiança em relação ao judiciário. No sistema norte-americano o legislativo é limitado pelos direitos, cabendo ao judiciário um papel ativo de salvaguarda desses direitos, surgindo assim o ativismo judicial, que caracteriza esse sistema (LEAL, 2007, p. 22).

A postura vinculada à lei permaneceu durante longo período no direito europeu continental, só vindo a terminar no começo do século XX, quando ocorreram mudanças de fundo com relação à Constituição no constitucionalismo

social. Trata-se do período denominado de Bem-Estar Social e que repercute na percepção da Constituição e de seu papel na sociedade (LEAL, 2007, p. 29-31).

É importante destacarmos que no Estado Liberal temos a consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito à propriedade, ao lado da contenção do poder do Estado. A proteção da liberdade ocorria de duas formas distintas: a primeira nas relações entre o Estado e indivíduo, era regulada pela Constituição, que limitava a ação dos governantes em favor da liberdade individual; a segunda, nas relações entre os indivíduos, era regulada pelo Código Civil, que se baseava na ideia de autonomia privada e na igualdade meramente formal. Feitas essas considerações sobre o período do Estado Liberal, passo à análise do Estado social.

As constituições liberais, conforme dito anteriormente, são eminentemente jurídicas e sua prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos. Já as Constituições do 2º pós guerra caracterizam-se por ser eminentemente políticas, dotadas de conteúdo político, englobando princípios de legitimação do poder, e não somente de organização (LEAL, 2007, p. 31).

Nesse contexto histórico, é importante ressaltar que o período do 2º pós guerra marca a decadência do positivismo jurídico, conforme BARROSO “sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.” Esses movimentos políticos e militares segundo o autor “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.” A segregação racial da comunidade judaica na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Assim, ao fim da “Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido” (2013, p. 146).

Diante das desigualdades sociais que caracterizavam a época, criadas em virtude da noção de igualdade jurídica deixada entregue ao livre

desenvolvimento do mercado, começam os movimentos sociais a reclamar uma atuação mais forte por parte do Estado, no sentido de corrigir as distorções provocadas pelo modelo liberal. Surge então um novo modelo estatal, denominado de Estado de Bem-Estar Social (ou *welfare State*), orientado por um novo entendimento do princípio de igualdade, que deixa de ser meramente formal e passa a ser material (LEAL, 2007, p. 31).

Assim ocorre a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, o Estado deve agir para proteger o mais fraco do mais forte. O advento dessa segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas. O Estado não mais se contentava com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo a promoção efetiva dessa igualdade no plano dos fatos. Assim, o Estado que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um, da proteção aos direitos humanos passa a ser o agente promotor desses direitos (SARMENTO, 2006, p. 19).

Em relação aos Direitos Sociais, contrariamente ao que ocorre no Estado Liberal, no Estado Social há uma clara linha programática de maximização dos benefícios sociais. Isso decorre do fato de que, no constitucionalismo contemporâneo foi superada a proposta do minimalismo constitucional, tendente a destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, atribuindo-lhe um papel meramente procedimental. Essa visão de cunho claramente social do Direito fica já manifesta no caput do artigo 1º da Constituição Federal, que institui o Estado Democrático de Direito, tendo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político como seus fundamentos (ADOLFO, 2016, p. 1).

O constitucionalismo social caracteriza-se por conter normas de conteúdo pragmático, o que acabou por “dissolver” em certo sentido o jurídico das constituições liberais. Nesse contexto, surge a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito, cenário propício para o surgimento do Estado de feição intervencionista, deslocando-se, então, o polo de tensão do poder legislativo para o executivo (LEAL, 2007, p. 31).

Conforme lecionam DIAS e REIS o “Estado Democrático de Direito é um plus normativo em relação ao Estado Social, ofertando diversos mecanismos para a implementação das políticas do *welfare state*”. Segundo os autores a “preocupação nesse período era, sem dúvida, acautelar-se contra os horrores vividos nas grandes guerras e pelos regimes totalitários, o que se buscava exatamente por meio da previsão e efetivação de direitos.” (2011, p. 512-513).

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, também denominado de pós social, a constituição passa a ser principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, isso em decorrência do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade da pessoa humana. Diante da necessidade de concretização dos direitos, ocorre um novo deslocamento do polo de tensão entre os poderes, agora para o judiciário (LEAL, 2007, p. 31).

Nessa seara é importante fazer-se algumas considerações sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, que é 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. É concebido como um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da Constituição no sistema jurídico, tendo ganhado destaque no Brasil após a promulgação da Constituição federal de 1988.

Possui como marco histórico, na Europa Continental, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, esses marcos são a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização. Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou de algo pouco importante ao seu apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica; deve haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. Ela trouxe um sentimento constitucional ao País, o que é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de respeito profundo pela Lei Maior. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição e ao estudo do Direito Constitucional (BARROSO, 2013, p. 191).

O marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo é o pós-positivismo. A sua fundamentação localiza-se na confluência de duas grandes

correntes de pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. O momento atual é marcado pela sublimação desses modelos puros por um conjunto difuso e abrangente denominado de forma genérica de pós-positivismo, caracterizado pela interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, inspiradas em uma teoria da justiça, mas sem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2013, p. 192).

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas evitando recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias que buscam abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais criada a partir da dignidade da pessoa humana, reaproximando assim o direito e a ética (BARROSO, 2011, p. 271).

Conforme destaca SOARES (2007, p. 213) podem ser destacados, “no campo teórico pós-positivista, dois pilares básicos: a proposta de uma nova grade de compreensão das relações entre direito, moral e política; e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista do positivismo jurídico.” Dentro do pensamento jurídico pós-positivista, embora existam outras referências importantes, é preciso destacar as contribuições de John Rawls, ainda que numa abertada síntese.

Nesse contexto, destaca-se a importância do pensamento voltado ao estudo das relações entre direito, moral e política como os de John Rawls. Em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, publicada em 1977 é apresentada a sua teoria sobre o que é justiça com o objetivo de ser uma alternativa as teorias que predominavam na época, o utilitarismo e o intucionismo. A teoria apresentada tem espeque em um contrato hipotético, cuja as características distintivas desse contrato são descritas a partir da chamada “posição original”. Trata-se do *status quo* inicial criado por Rawls com o objetivo de assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. O referido contrato, segundo o autor, tem como objetivo último estabelecer certos princípios básicos de justiça. Esses princípios não visam resolver os casos cotidianos de justiça e nem os conflitos particulares de interesse, mas se

destinam a ser aplicados à “estrutura básica da sociedade”. Conforme Rawls (1997, p. 8): “O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais, e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes, entendo a constituição política e as principais disposições econômicas e sociais.” Por fim, cabe frisar, que os princípios decorrentes do contrato hipotético preconizado por Rawls são aplicáveis a sociedades bem organizadas, nas quais vigoram as circunstâncias de justiça. Antes de recorrermos ao contrato hipotético, precisamos determinar como será construída a “posição original”, a partir da qual serão definidos os princípios de justiça.

Segundo Paulo Bonavides (2015, p. 269), com o pós-positivismo os princípios passam a ser tratados como direitos, eis que as constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

O constitucionalismo contemporâneo tem como marco teórico as três grandes transformações hermenêuticas que alteraram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2013, p 192).

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito constitucional brasileiro passa a se caracterizar pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, pelo caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Nesse mesmo contexto, ocorre uma expansão da jurisdição constitucional, causada pela ampliação do direito de propositura e pela criação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, tais como a ação declaratória de constitucionalidade² e arguição de descumprimento de preceito fundamental³.

² Inserida no ordenamento jurídico por meio da EC nº 03/93 (artigo 102, I, a, 2ª parte e § 4º do art. 103 da Constituição Federal), tendo sido regulamentada pela Lei nº 9.868 de 10/11/99.

³ Introduzida no ordenamento jurídico pela EC n. 03/93 (artigo 102, § 1º, da Constituição Federal), e regulamentada pela Lei n. 9.882/99.

Característica maior do Constitucionalismo Contemporâneo é a predominância do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que passa a desempenhar um papel fundamental na hermenêutica constitucional. Trata-se de um componente ético-jurídico inafastável ao qual se subordina todo ordenamento. É estreme de dúvida que, no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos com vistas a preservar e a promover a dignidade da pessoa humana. As relações entre particulares – inclusive, e sobretudo, naquilo que se refere ao exercício de atividade de natureza econômica – subordinam-se ao pressuposto de que é o respeito à pessoa do outro, tomado como sujeito concreto, dotado de dignidade. (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 4).

Consagrada expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado democrático (e social) de Direito brasileiro (art. 1º, inc. III, da CF); o Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu na Alemanha e em outros países -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2011, p. 79).

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce uma importante função, em decorrência de sua característica atrativa, central e unificadora do sistema jurídico, sendo inclusive o núcleo finalístico de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, a atual Constituição Federal, segundo Adolfo, “acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos na medida em que consagra o valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988.” Esse valor, segundo o autor, é o “núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro valorativo orientador da interpretação do sistema constitucional.” (2016, p. 1).

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como um norteador de todo o ordenamento jurídico, assumindo um *status* de “super princípio”, conferindo à hermenêutica constitucional contemporânea um sentido próprio e propiciando ao sistema jurídico uma unidade e racionalidade ética. Constitui-se em um princípio supremo na hierarquia das normas a irradiar a sua força normativa a todos os

demais princípios, direitos fundamentais e demais normas jurídicas, determinando, a esses, quando em defesa do seu sentido axiológico, uma eficácia jurídica mais consistente (REIS, 2007, p. 2037).

Dentro dessa nova realidade constitucional é preciso destacar o princípio da solidariedade. Sabe-se que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, Constituição Federal). A solidariedade deve ser vista como um novo paradigma do direito privado contemporâneo, eis que, para se chegar ao bem de todos, compete ao direito sociabilizar o comportamento dos particulares, fazendo com que as individualidades se compatibilizem com os interesses sociais da coletividade. (CARDOSO, 2010, p. 3).

O conceito de solidariedade é bastante vasto, mas pode ser dividido basicamente sob três aspectos: valor moral, valor ético e valor jurídico. Sob o aspecto moral, a solidariedade é entendida como um ato de caridade. Na perspectiva ética, o sentido encontra-se conectado à solidariedade filosófica, ou seja, a partir da cooperação com o outro. Já como valor jurídico-social, pretende reunir as pessoas sob uma perspectiva do bem comum, dizendo respeito a todas as partes de um todo social. O princípio da solidariedade orienta o direito num sentido propriamente de valor, revelando que o reconhecimento da dignidade humana é uma forma de preservação da vida e da liberdade com igualdade e que preceitos como justiça, ética e valor da pessoa humana constituem a base fundamental para que o direito seja efetivamente um fator de transformação social. A solidariedade objetiva a criação de um direito ético e justo, direcionado para o bem de todos, constituindo assim, um novo paradigma em que a sociedade civil interage para a evolução da humanidade (REIS; KONRAD, 2015, p. 79).

Assim, surge uma nova dogmática de interpretação constitucional que visa a dar uma maior efetividade para os direitos fundamentais. O fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção

de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (BARROSO, 2013, p. 196).

É possível afirmar que Constitucionalismo Contemporâneo é 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. Trata-se de uma mudança de concepção sobre aquilo que seja a Constituição, que passa a ser visualizada como uma ordem concreta de valores que servem de diretriz para a vida em sociedade, assumindo um caráter principiológico, que irradia seus efeitos e projeta a sua força normativa sobre todo o ordenamento jurídico.

2.2 A efetivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo

A Constituição Federal de 1988 atribuiu um amplo destaque aos direitos individuais. A colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar singular importância. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (artigo 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte outorgou a esses direitos. A eficácia imediata dos direitos individuais ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância (MENDES, 2002, p.1).

Os direitos fundamentais foram erigidos à condição de “cláusula pétrea”, integrando o rol do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, eis que são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (MENDES, 2002, p.1).

Ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, constituindo, assim, não apenas a constituição formal, mas também elemento essencial da constituição material (SARLET, 2015, p. 59).

Os direitos fundamentais são reconhecidos simultaneamente como direitos subjetivos e como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, tanto aqueles direitos fundamentais que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2002, p.1).

Para um melhor entendimento do tema, é necessário fazer a diferenciação entre “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, bem como apontar as consequências práticas dessa distinção.

A expressão direitos do homem é utilizada pela doutrina predominante no sentido de direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados. A expressão “direitos do homem”, possui uma conotação marcadamente jusnaturalista, que precedeu o reconhecimento deles pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 30).

A expressão direitos do homem teve como documento propagador, a Declaração francesa de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Note-se que o contraste entre "direitos do homem" e "direitos do cidadão" mostra um viés jusnaturalista, a indicar que os direitos do homem seriam direitos naturais, inalienáveis, pré-estatais, enquanto que os direitos do cidadão dizem respeito ao sujeito que faz parte da sociedade política; direitos positivados e garantidos pelo ordenamento jurídico. (SERRANO, 2011, p. 11).

A expressão direitos humanos é usada no sentido de direitos positivados na esfera internacional, por meio de documentos de direito internacional, eis que guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, sendo independentes de uma vinculação com determinada ordem constitucional e, portanto, aspiram uma validade universal, para todos os povos e tempos, manifestando um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2015, p. 29).

Em sentido diverso, GORCZEVSKI defende que direitos humanos são valores superiores, naturais ou pré-estatais, que independem do Estado para serem concretizados. Segundo o autor os direitos humanos de primeira geração “são unicamente aqueles pré-estatais, ou naturais, direitos que não dependem de nenhuma sociedade política para concretizá-los, devendo o Estado apenas protegê-los; estamos, pois, num mundo de valores superiores, não de direito propriamente dito”. Ainda, segundo o autor os direitos humanos de segunda geração, também denominados de prestacionais são “aqueles, que foram concedidos (ou conquistados) de uma sociedade política e são garantidos e exercidos nos limites de um determinado Estado e que necessitam de uma ação pública para concretizá-los, denominamos direitos de cidadania (...)”. (2009, p. 15). Assim, pode-se dizer que os direitos prestacionais são mais restritos e somente existem no âmbito interno de um Estado, ao contrário dos direitos humanos que são universais.

Por direitos fundamentais entendem-se aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Apesar da distinção apontada, verifica-se que não existem incompatibilidades entre ambas as categorias (direitos humanos e fundamentais), devido à incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. O direito à moradia, conforme será demonstrado adiante, é justamente uma prova inquestionável desse processo, já que se cuida, simultaneamente, de direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, e fundamental, já que constitucionalmente assegurado.

Característica essencial dos direitos fundamentais é a sua dupla fundamentalidade, que pode ser no sentido material ou formal. Ela pode revelar-se pelo conteúdo do direito (sentido material) ou por sua posição normativa (sentido formal).

A fundamentalidade formal, no direito constitucional brasileiro, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de hierarquia superior; b) ainda na condição de normas fundamentais inscritas 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 último, 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 as entidades estatais e os particulares (SARLET, 2010, p. 3).

No sentido material a fundamentalidade decorre da circunstância de os direitos fundamentais serem elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade. Essa noção de fundamentalidade em sentido material permite a abertura da constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto, ou seja, apenas, materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do seu catálogo, mas integrantes da Constituição formal (SARLET, 2015, p. 76).

O lema revolucionário francês do século XVIII, manifestou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, predizendo até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Trata-se dos direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões, a saber, direitos de liberdade, da igualdade e da fraternidade (BONAVIDES, 2015, p. 576).

Salienta-se que este estudo adota como denominação a expressão “dimensões dos direitos fundamentais” e não “gerações dos direitos fundamentais”. Essa escolha terminológica parte da ideia de que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais possui um caráter de complementaridade e não de exclusão⁴.

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. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Predominaram durante o século XIX, abraçados ao princípio da liberdade. São exemplos desses os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade e, ainda, os direitos políticos, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva.

⁴ É o magistério de SARLET que anota 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” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina (SARLET, 2015, p. 45).

Tais direitos, conforme ensina BONAVIDES, “valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual” (2015, p. 578).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. Dominaram o século XX e “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (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. Salienta-se, que esses não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns mais representativos” (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, são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX como direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado” (2015, p. 583). 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.

Alguns doutrinadores, no âmbito do direito pátrio, entre eles Paulo Bonavides, se posicionam a favor do reconhecimento de uma quarta dimensão, sustentando que essa é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Essa dimensão é

composta pelos direitos à democracia direta, à informação, assim como o direito ao pluralismo⁵.

Feitas essas considerações, deve-se dizer que o direito à moradia se classifica como um direito de segunda dimensão, eis que exige por parte do Estado uma prestação positiva. No entanto, deve-se atentar para o fato de que o direito à moradia também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares.

Ressalta-se que inexistente qualquer hierarquia entre os direitos individuais e os sociais e econômicos. Os juristas mais adeptos das teorias liberais costumam priorizar os direitos individuais, enquanto os de orientação mais marxista tendem a desvalorizá-los e os retratam como fórmulas burguesas de dominação do proletariado. Ambas as perspectivas parecem equivocadas, eis que os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela ofensa às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 20)⁶.

Embora não exista hierarquia entre os direitos de primeira e segunda dimensão, não há como se negar que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades em sua implantação concreta do que os direitos individuais, eis que existe resistência ideológica, já que promovem uma justiça distributiva e acenam para uma transformação da realidade social e por isso mobilizam contra si os interesses de extratos privilegiados da sociedade, que não desejam mudanças.

⁵ BONAVIDES assim leciona sobre o tema “A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.” (2015, p. 585).

⁶ SARMENTO também destaca que essa é a posição oficial da ONU, que por decisão unânime, aceita por 171 Estados, determinou no artigo 5º da Declaração de Viena de 1993: “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.”

Também existem obstáculos operacionais na medida que os direitos sociais, em razão da sua natureza eminentemente prestacional, necessitam de recursos públicos. Diante disso, costuma-se afirmar que estão sujeitos a reserva do possível, pois a sua efetivação encontra obstáculos em limites fáticos muitas vezes insuperáveis (SARMENTO, 2006, p. 21).

Conforme a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras da administração pública, mas como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, seria necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas, tarefa a ser realizada pelos poderes executivo e legislativo e não pelo Judiciário, via de regra. Assim a reserva do possível passou a ser utilizada como justificativa para o Estado não implementar os direitos sociais concedidos pela constituição brasileira.

Segundo SARLET, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, conexos com as distribuições de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação, isso na perspectiva do titular do direito subjetivo. Esses aspectos encontram-se vinculados entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo assim um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas como ferramenta para a garantia dos direitos sociais de cunho prestacional (2015, p. 298).

No entanto é preciso reconhecer alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo existencial, compreendido como garantia das prestações materiais indispensáveis para a vida humana. Segundo BARROSO, o mínimo existencial corresponde “às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público (2008, p. 09).

É preciso destacar que o Supremo Tribunal Federal vem reiterando em seus julgados que a cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada, sempre que a sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Sustenta, ainda, a impossibilidade de sua invocação para legitimar o

injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público, eis que mesmo as normas constitucionais de conteúdo programático possuem um caráter cogente e vinculante, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente nas áreas de saúde e de assistência social⁷.

De outra banda, é importante abordar a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, também denominada de eficácia horizontal. Note-se que enquanto a eficácia vertical é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o Estado, a eficácia horizontal é a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre os particulares. Como a relação entre particulares é, ao menos teoricamente, de igualdade jurídica, quando os direitos fundamentais são aplicados a essas relações, fala-se em eficácia horizontal.

É importante destacar que, no Estado liberal, os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos de defesa, tinham por objetivo proteger o cidadão das ingerências do Estado na esfera pessoal, isso em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os cidadãos e o

⁷ Nesse sentido, especialmente com relação à saúde, é a posição da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: E m e n t a: recurso extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010) – manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (rtj 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 6º, 196 e 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido. (are 745745 agr, relator(a): min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico dje-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014). Disponível em:<

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000257228&base=baseAcordaos>>. Acessado em 10/09/2016.

Estado. No Estado social de Direito, o Estado não só ampliou as suas atividades e funções, como também a sociedade aumentou a sua participação no exercício do poder, de tal sorte que os cidadãos necessitam de proteção não só contra o Estado, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade. Assim os direitos fundamentais deixam de ser precipuamente direitos individuais contra abusos estatais e passam também a servir de escudo contra os abusos privados.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em decisão paradigmática⁸, entendeu que não só nas relações entre Estado e Cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares (eficácia horizontal) incide a eficácia dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Nesse contexto histórico, a decisão ganha relevância ao estabelecer como precedente que a eficácia dos direitos fundamentais incide também nas relações entre os particulares, ampliando assim o seu campo de proteção e reconhecendo que a força normativa da Constituição também se impõe, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

⁸ A referida decisão restou com a seguinte ementa: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. (...) IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 11/10/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acessado em 25/08/2015.

Se por um lado, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares permite, sobretudo, ao legislador e ao Judiciário uma maior oportunidade de concretização dos valores constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, também incide no âmbito dessas relações, levando, inclusive, à efetivação de valores sociais e de interesse público que visam à consecução de um Estado mais igualitário. Entretanto, é imprescindível que se considere também que o indivíduo é por essência livre e, portanto, em uma ordem democrática, dotado de autonomia privada, o que constitui igualmente um direito fundamental. Sendo assim, há que se ter cautela na análise da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, haja vista que uma intervenção excessiva da seara pública nas relações privadas pode acarretar o fim da autonomia privada (PIRES; ADOLFO, 2015, p. 177).

A Constituição Federal de 1988 simbolizou a definitiva superação do autoritarismo político no país e trouxe uma intensa preocupação com a defesa da liberdade. Ela protege 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 concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes que as econômicas. A autonomia negocial, que tem espeque 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 (SARMENTO, 2006, p. 174-182).

De outra banda, o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e aplicam-se inteiramente a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, independentemente de estarem ou não previstos no artigo 5º da Constituição, e, inclusive, os previstos fora da Constituição. Isso em vista do caráter materialmente aberto do texto constitucional no que diz respeito aos direitos fundamentais, conforme preceitua o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, já mencionado. Essa é a interpretação que melhor se coaduna com a atual fase do Direito Constitucional, conhecida como “neoconstitucionalista”, que valoriza

a efetividade dos preceitos constitucionais e, principalmente, dos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p.1).

Superada a questão, resta enfrentar a tormentosa abordagem do significado do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, para as diversas categorias de direitos fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais e os direitos sociais são de aplicabilidade imediata, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (SILVA, 2011, p. 180).

Assim, torna-se imperioso reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, existem normas de eficácia limitada, as quais não têm condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do legislador ordinário. Destaca-se que os direitos fundamentais, na ordem constitucional brasileira, podem ser divididos em duas categorias ou dimensões distintas. A primeira categoria é a dos chamados direitos de defesa. A segunda categoria é a dos chamados direitos sociais de cunho prestacional. A diferença entre eles é que os direitos a prestações necessitam de normas para a sua concreção, enquanto os chamados direitos de defesa não necessitam de normas para a sua concreção. Note-se que as duas categorias de direitos podem ser conexas e não são necessariamente excludentes, podendo um direito fundamental pertencer reciprocamente às duas categorias como acontece com o direito à moradia.

2.3 A intersecção entre o público e o privado na constitucionalização do direito

Primeiramente, é preciso esclarecer que “publicização” e “constitucionalização” do direito privado não são expressões sinônimas e possuem significados distintos. Publicização é o processo de intervenção estatal, que ocorre especialmente no âmbito do legislativo, pelo qual se reduz, através da intervenção estatal, a autonomia privada, a fim de proteger juridicamente o hipossuficiente. Através de um processo legislativo de criação de leis esparsas denominados de microssistemas jurídicos. Já o processo de constitucionalização submete o direito privado aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, ou seja,

interpreta o direito privado à luz da constituição, e não o contrário (REIS, 2009, p. 126).

O fenômeno da constitucionalização do direito decorre do fato de a Constituição figurar hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona não apenas como parâmetro de validade da ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2013, p. 212).

Segundo SILVA, entende-se por constitucionalização do direito “a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito.” (2005, p.18). Assim, a supremacia da constituição deixa de ser apenas formal e passa a ser material, axiológica, incidindo sobre todo o ordenamento jurídico. A concepção da Constituição como norma suprema faz com que o seus princípios e valores se espalhem por todo o ordenamento, alcançando assim a área classicamente tida como privada. O seu conteúdo normativo vincula os entes privados tanto quanto os públicos de modo que seus contornos conformam e ajustam inafastavelmente a legislação civil (ARONNE, 2014, p. 45).

A constitucionalização do direito pode ocorrer basicamente de duas formas diferentes. A primeira, que ao menos em tese, se mostra como a mais efetiva, e menos problemática, é realizada por meio de reformas, pontuais ou globais, na legislação infraconstitucional. Note-se que é parte da função legislativa, adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais, e ainda, nos casos de constituições dirigentes, como a brasileira, realizá-la por meio de legislação. A segunda ocorre por meio da irradiação do direito constitucional sobre os demais ramos do direito, tendo como objetivo principal a submissão desses ramos aos ditames constitucionais (SILVA, 2005, p. 39).

Essa submissão, conforme anota SILVA, embora pareça trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi aceita, em virtude da milenar tradição do direito privado como área do direito reservada à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público. Assim, essa fórmula de um sistema de valores que valeria não somente para o direito constitucional e para o direito público, mas para todos os ramos do direito, serviu para solidificar a supremacia constitucional diante do direito privado (2005, p.41).

Entre os efeitos da constitucionalização, é preciso destacar a unificação da ordem jurídica que ocorre de duas formas: a) as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito. Em decorrência desses fatos, os chamados princípios gerais de direito tendem a perder a sua importância diante da impregnação das normas constitucionais nos diversos ramos do direito; b) a distinção entre direito público e direito privado é relativizada. Com a unificação da ordem jurídica, a clássica distinção entre direito público e privado tende a ser relativizada. Outro efeito da constitucionalização do direito é a simplificação da ordem jurídica que ocorre em virtude do fato de a constituição ser colocada como “norma de referência” do ordenamento jurídico. Assim o eixo central do ordenamento deixa de ser a lei e passa a ser a constituição (SILVA, 2005, p. 49).

A constitucionalização do direito, no Brasil, inicia-se, efetivamente, com a Constituição Federal de 1988. Segundo BOLESINA e REIS “no âmbito dos direitos e deveres privados a constitucionalização foi epitetada de “constitucionalização do direito privado” e representou a personalização do direito, significando dizer, sua funcionalização em prol dos direitos fundamentais constitucionalmente elencados.” Em termos concretos, segundo os autores, isso fez com que as previsões de cunho (histórico) privado, como a propriedade, a família e o contrato, passassem a ser regidos por uma força superior de direção e contenção.” (2015, p. 104)

Como consequência, o centro do ordenamento jurídico pátrio deixou de ser o Código Civil e passou a ser a Constituição Federal. Da constitucionalização do direito privado surge o fenômeno da “repersonalização” do direito que “consiste no deslocamento de enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana” (ARONNE, 2014, p. 45). Para FACHIN a “repersonalização”, “significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro em sua periferia” (2012, p. 90).

Fundamental para a compreensão dos mecanismo de regularização fundiária, da forma como que será proposta, é a lição de ARONNE, que sustenta que em função da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, “as normas do direito das coisas passam a receber influxos, migrando para uma nova dimensão finalística. O sujeito, intersubjetivamente considerado, no seu meio e interação social, por imposição do ordenamento retoma o centro protetivo do Direito, em detrimento da pertença.” (2013, p. 85).

O Código Civil pátrio tem seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração espacial no interior da disciplina entre as pessoas. O fenômeno da “repersonalização” traz para o centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a moradia digna. Não é por acaso que surge a noção de patrimônio mínimo: o módulo rural passa a ser impenhorável e o bem de família se insere nesse momento em homenagem não a valores patrimoniais, mas a valores que retiram a possibilidade de sua execução forçada⁹. (FACHIN, 2012, p. 90).

Note-se que o Direito se repersonaliza à luz da Constituição Federal, na medida em que ela positiva como valor máximo a dignidade da pessoa humana. Torna-se portanto inadmissível manter qualquer forma de interpretação do Código Civil ou de qualquer outra norma de Direito Civil que conceba a patrimonialidade (propriedade e contrato), acima da dignidade da pessoa humana, e ainda, que coloque o interesse individual acima do coletivo ou difuso, de modo a se ignorar a normatividade constitucional (ARONNE, 2014, p. 51).

Da constitucionalização do direito civil deriva a migração para o âmbito privado de valores constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, acarretando a repersonalização do direito civil, ou, visto de outra forma, a sua despatrimonialização, recolocando a pessoa humana no centro do sistema. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas e passa a ser substituído pela consideração com a pessoa humana (FACCHINI, 2010, p. 53).

Conforme leciona ARONNE, o Código Civil de 2003, assim como o Código Civil de 1916, não conseguiu alinhar-se à Constituição Federal, e deve ser “compreendido à luz da metodologia contemporânea centrada no pensamento sistemático, topicamente orientada aos casos concretos, a evoluir pela via interpretativa, do que aclamado por ser nova codificação e se fundar no berço da dogmática arruinada e irracional, perigosa e nociva ao direito e à própria sociedade.” (2014, p. 52).

⁹ A teoria do patrimônio mínimo é desenvolvida por FACHIN em sua obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, aonde realiza inovadora construção hermenêutica ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, partindo da análise do artigo 548 do código Civil que determina que ninguém pode doar todos os seus bens sem parte ou renda que lhe assegure a subsistência, afirma que é assegurado um patrimônio mínimo necessário para uma existência digna, do qual a pessoa não pode nem mesmo por vontade própria e nem por ato de terceiro ser expropriada (FACHIN, 2001).

Outra consequência importante do fenômeno da constitucionalização do direito privado é a superação da dicotomia que separava o conjunto das regras de direito público e de direito privado. Essa dicotomia estava determinada por alguns referenciais como a qualidade do sujeito e a natureza da relação jurídica. Em sendo a relação entre particulares, a relação seria de direito privado. Mas, se na relação estiver alguma pessoa jurídica de direito público, a relação seria pública. Com relação à natureza jurídica da relação, seriam de direito público as relações onde exista uma desigualdade entre os sujeitos. E de direito privado, onde haja uma igualdade entre os sujeitos (FACCHINI NETO, 2010, p. 38-39).

Com a constitucionalização do direito, ocorre uma convergência entre o público e o privado. Tal convergência opera nas duas direções, eis que cada vez mais o Estado se utiliza de instrumentos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente abrindo mão de mecanismos mais autoritários e impositivos. Trata-se do fenômeno chamado de privatização do direito público. Mas o Direito privado também se desloca em direção ao público, como ocorre na funcionalização de institutos típicos de direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade tanto urbana¹⁰ como rural¹¹, função social do contrato¹², função social da empresa¹³. Trata-se da publicização do direito privado (FACCHINI NETO, 2010, p.48).

Surge assim a teoria das intersecções jurídicas entre o público e o privado a qual sustenta a existência de um grande espaço onde estarão inúmeras inter-relações jurídicas que serão de interesse concomitante do público e do privado, mas

¹⁰ A Constituição Federal em seu artigo 182, § 2º, afirma que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹¹ Constituição Federal, artigo 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

¹² Trata-se de disposição expressa contida no artigo 421 do Código Civil, que assim determina: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

¹³ Embora a função social da empresa não esteja expressamente reconhecida pela legislação pátria, ela encontra-se implicitamente contida no artigo 170 da Constituição Federal, caput, que determina que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

ainda assim, resguardando um pequeno espaço para as relações de cunho apenas público e outro para as relações de nota apenas privada. As zonas de intersecções entre o direito público e o direito privado surgem por meio da força normativa da constituição e do conseqüente processo de constitucionalização do direito, que fazem com que os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, incidam de forma contundente sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando não só o Estado, mas também os particulares, constituindo, pois, a essência e a condição de existência de um autêntico Estado Democrático de Direito (REIS; CERQUEIRA, 2013, p. 9).

Assim no Estado Social as autoridades públicas passaram a intervir no processo econômico, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais, quer de forma indireta, através da disciplina das relações privadas. Assim o direito privado deixou de ser o âmbito da autonomia da vontade e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. É o fim das dicotomias. Subsistem as diferenças, porém elas são meramente “quantitativas”, pois ainda existem institutos onde prevalecem os interesses individuais, embora também estejam presentes interesses da coletividade, e outros institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos públicos (FACCHINI, 2010, p.48).

Entendimento diverso é manifestado por BOLESINA e REIS que sustentam que “falar-se em dicotomia público-privado ou em intersecções jurídicas entre o público e o privado é contraproducente, pois atrasa e, em certa medida, opõe-se à plena constitucionalização do direito.” E concluem afirmando que “melhor seria tratar o público e o privado, no âmbito jurídico, como dimensões de cada direito ou dever, respeitando a unicidade, a coerência e a integridade que a ordem jurídica teoricamente impõe e efetivamente carece.” (2015, p. 129).

Conclui-se que, apesar da inexistência de fronteiras perfeitamente delimitadas entre o público e o privado e dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado, da privatização do direito público e da constitucionalização do direito privado, existe um grande espaço onde estarão as intersecções jurídicas entre o público e o privado, mas mesmo assim, ainda existe um pequeno espaço para as relações de cunho apenas público e outro para as relações de nota apenas privada.

O direito fundamental à moradia, que será visto no próximo capítulo, situa-se justamente nesta zona de intersecção, sendo o resultado do encontro entre o Direito Público e o Direito Privado, que ocorre por força da inserção da tutela da pessoa na Constituição Federal. Também se encontram nesta zona de intersecção entre o público e privado, as normas infraconstitucionais que tratam da regularização fundiária e que serão objeto de estudo no capítulo terceiro desta dissertação, devendo ser analisadas em conformidade com a Constituição Federal, buscando dar a maior eficácia possível ao direito fundamental à moradia e à função social da propriedade.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

"A casa é, cada vez mais, o centro da existência, o lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano".

Michelle Perrot

A proteção jurídica da moradia no Brasil contemporâneo é o resultado do encontro entre o Direito Público e o Direito Privado, que ocorreu por força da inserção da tutela da pessoa humana em sede constitucional. No âmbito do Direito Privado, a proteção da moradia, juntamente com outros bens essenciais à dignidade da pessoa humana, foi sendo paulatinamente construída como direito da personalidade e, no campo do Direito Público, como direito humano fundamental. Mas, por força do fenômeno da constitucionalização, essas duas veredas se reuniram como expressão de uma tutela integral da pessoa humana, de matriz constitucional que, do topo da hierarquia normativa, irradia seus efeitos a todos os ramos do ordenamento jurídico, cobrindo todas as dimensões funcionais e todos os conteúdos que esse direito possa apresentar em determinada situação concreta. E é a partir dessa perspectiva que o direito humano fundamental à moradia deve ser compreendido, protegido e fomentado (SERRANO, 2011, p. 34-60).

O Direito à moradia pode ser estudado tanto no campo jurídico-econômico como no sociopolítico, a sua análise envolve diversos ramos da ciência, no entanto, em que pese a sua importância social, o presente estudo limita-se à sua análise jurídica, compreendendo as suas características e efeitos jurídicos, sob a percepção do Direito Constitucional Contemporâneo e da repersonalização do Direito Civil, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e na função social da propriedade.

3.1 Da evolução do direito fundamental à moradia

Doutrinariamente, a moradia é conceituada como o lugar ocupado para residir. O direito à moradia significa o direito de ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento e etc., para nele habitar. No “morar”, encontra-se a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. Note-se que o direito à moradia não é necessariamente direito a possuir uma casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde a pessoa possa se abrigar com a família de modo permanente e digno, segundo a própria etimologia do verbo Morar, do latim “*morare*”, que significa demorar, ficar. Mas é lógico que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia (SILVA, 2005, p. 315).

É preciso distinguir moradia de habitação. Esta é compreendida como a permissão conferida a alguém para fixar-se em um determinado local, para atender aos seus interesses naturais, mas de forma temporária ou acidental, tratando-se de uma relação entre o sujeito e a coisa, sendo esta última o objeto de direito. Já a moradia pode ser conceituada como um bem irrenunciável da pessoa, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, sendo exercido de forma definitiva pela pessoa, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Assim moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. E habitação é o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel; é a relação entre sujeito e imóvel, podendo ser decorrente de direitos pessoais ou reais. Dessa forma, a moradia é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo ser humano (SOUZA, 2013, p. 39).

A diferença primordial entre o direito de habitação e o direito à moradia consiste em que no primeiro o seu exercício é de forma temporal, acidental sem o ânimo de permanecer, mas exercido com um enfoque do local, ou seja, do bem considerado. Já à moradia é concebida com o enfoque subjetivo, pois o seu

exercício pertence à pessoa, sendo-lhe inerente, e, em contrapartida, há o dever do Estado de possibilitar o exercício da moradia à coletividade. (SOUZA, 2013, p. 40).

Também é preciso distinguir o direito à moradia do direito de propriedade. Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, para além disso, a moradia, em virtude de disposição constitucional expressa, acaba assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio, como por exemplo no caso da usucapião especial constitucional urbano¹⁴, atua, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade: o direito à moradia é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprio (SARLET, 2010, p. 18).

O direito à moradia é classificado simultaneamente como direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, e fundamental, já que constitucionalmente assegurado. O direito à moradia é qualificado como um direito de segunda dimensão, eis que exige por parte do Estado uma prestação positiva. No entanto, conforme já dito, deve-se atentar para o fato de que o direito à moradia também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares.

O direito à moradia surgiu pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde restou consignado o reconhecimento dos assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia¹⁵. No âmbito do direito internacional convencional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e

¹⁴ A usucapião especial constitucional encontra-se prevista no artigo 183 da Constituição Federal: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

¹⁵ O artigo 25, item 1, da Declaração, assim determina: “Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como 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 serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acessado em 08/04/2015.

documentos internacionais, que vieram a ser ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro¹⁶.

Sobre a temática, SARLET destaca a importância de instrumentos internacionais como a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), também contém dispositivos semelhantes que reconhecem o direito à moradia, com algumas variações específicas que dizem respeito às dimensões desse direito (2010, p. 10)¹⁷.

Feita essa breve exposição sobre o reconhecimento do direito à moradia e a sua proteção na esfera do direito internacional geral e convencional, e ressaltando que se deixa de examinar os aspectos ligados à sua eficácia, efetividade e força vinculante, por extrapolarem os limites deste estudo, passa-se a

¹⁶ Entre eles merece ser destacado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. O Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24 de janeiro de 1992. O pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º. Em 06 de julho de 1992 foi promulgado o decreto executivo nº 591, determinando o seu cumprimento. BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm, acessado em 28/04/2015. Destaca-se que o seu artigo 11, item 1, assim dispõe: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um 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. 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.”

¹⁷ Ainda no plano internacional, o autor, antes citado, destaca: “pela sua relevância especial para o reconhecimento e proteção do direito à moradia, inclusive pela sua influência no que diz com a fundamentação de uma inserção deste direito na nossa própria ordem jurídica, na condição de direito fundamental social, cumpre citar os documentos oriundos de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, respectivamente em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e em 1996, em Istambul, Turquia, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, tido como o mais completo documento na matéria, do qual também o Brasil é signatário. Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência.” (SARLET, 2010, p. 10).

analisá-lo no âmbito interno. E, por fim, para concluir o raciocínio, na hipótese de conflito entre as normas de direito internacional que protegem os direitos humanos e o direito interno, deve prevalecer a posição do Supremo Tribunal Federal de que os tratados relativos aos direitos humanos firmados antes da inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁸, ocorrido em 30 de dezembro de 2004, e sem a observância do quórum qualificado, são normas de valor supralegal¹⁹.

A análise da evolução do direito à moradia no direito pátrio tem como ponto de partida a função social da propriedade nas Constituições anteriores. Na Constituição do Império, outorgada em 1824, em virtude do pensamento liberal que predominava na época, a propriedade era vista sob o enfoque meramente individual e não havia qualquer preocupação com interesse social²⁰. A Constituição Republicana de 1891, foi marcada pela forte influência liberal norte-americana sobre a propriedade individual, tendo ocorrido uma ampliação do liberalismo, que levou a consequente diminuição da limitação desse direito²¹. A partir da Constituição de 1934, o liberalismo perde espaço e começa a ser edificado um modelo de Estado Social. O interesse deixou de estar centrado no indivíduo e passou para o coletivo. Como consequência desse processo de evolução, o princípio da função social da propriedade passa a constar expressamente no direito constitucional²². Tal princípio

¹⁸ Assim dispõe o artigo 5º § 3º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁹ Nesse sentido destaca-se a seguinte decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal: “DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” Julgado em 03.12.2008. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. HC 87585 - HABEAS CORPUS. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acessado em 16/10/2016.

²⁰ Assim dispunha a Constituição do Império sobre a propriedade: “Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. ... XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.”

²¹ A propriedade era assim tratada pela primeira Constituição da República: “Artigo 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ... § 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.”

²² O artigo 113, parágrafo 17, assim determinava: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e

foi mantido nas constituições de 1937 e 1946. Com a outorga da Constituição Federal de 1967 a propriedade continuou sendo enfocada sob os aspectos individual e social (SOUZA, 2013, p. 87/93)²³.

Mas foi com a Constituição Federal de 1988 que o direito de propriedade passou a ser efetivamente condicionado ao princípio fundamental da função social da propriedade²⁴. Com relação à ordem econômica, a Constituição determina em seu artigo 170, que a mesma será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que terá como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade. Note-se que função social da propriedade apresenta duas facetas: uma primeira, de direito fundamental, visto que se encontra inserida no rol dos direitos fundamentais, na companhia inseparável do direito de propriedade; a segunda, de princípio norteador da atividade econômica, pois esse princípio, além de trazer em si um cunho social, também repercute na esfera econômica.

Conforme ensina FACHIN, com a Constituição Federal de 1988, mais do que antes, os fatos passaram a se impor perante o Direito e anunciavam o choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas. É o novo que surge e o velho que declina. O Direito privado clássico não responde mais aos imperativos da realidade contemporânea, que indicam para as exigências de teto, abrigo e terra. Daí por que os estatutos fundamentais da posse e propriedade saem do santuário do clássico do direito privado e são constitucionalizados. A constitucionalização do direito de posse revela a sua importância ao uso e ao gozo das coisas pelas pessoas, para a satisfação de suas necessidades vitais. Aproxima-

justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

²³ No capítulo dos direitos e garantias individuais a propriedade era tratada no artigo 150, parágrafo 22, da seguinte forma: § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. Já no capítulo da ordem econômica e social, o artigo 157, assim determinava: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; ...”

²⁴ Assim dispõe a Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

se a posse da vida, e por isso, o entrecchoque de direitos, a "constitucionalização" dos conflitos possessórios coletivos não permite outra conclusão senão a de que o bem imóvel, rural ou urbano, que descumpra sua função social, não tem mais tutela possessória. Assim, segundo o autor, o "juiz do conflito fundiário não é mais o juiz do Código Civil e sim o magistrado da Constituição. A proteção da posse há, enfim, de receber os efeitos da "repersonalização" do Direito, a qual coloca as pessoas no centro das preocupações e não apenas o patrimônio." (1996, p. 1).

A partir da Constituição Federal de 1988 o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser visto sob uma perspectiva essencialmente social. Desse modo, o exercício da propriedade, em razão da constitucionalização do Direito Civil, passou a ser condicionado à sua função social. Assim, de acordo com o constitucionalismo contemporâneo, em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito privado, o direito de propriedade passa a atender a sua função social, não consistindo mais, como anteriormente, em um direito absoluto e ilimitado, já que a relação de domínio, agora, possui uma configuração complexa, em tensão com outros direitos igualmente protegidos no ordenamento jurídico.

Também em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito, o sistema registral imobiliário brasileiro sofre uma mudança de paradigma, o seu epicentro deixa de ser a proteção incondicional da propriedade privada e passa a ser a função social da propriedade (ALMEIDA, 2014, p. 463).

O direito à moradia foi incluído de forma expressa no ordenamento constitucional pátrio, através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. No entanto, o referido direito fundamental já se encontrava previsto de forma implícita no ordenamento pátrio, eis que já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos constitucionais, seja 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" (artigo 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional da usucapião especial urbana (artigo 183) e rural (artigo 191), ambas condicionando,

dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia²⁵.

A referida emenda, ao introduzir expressamente o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, buscou reproduzir os direitos já consagrados pelos preceitos do Direito Internacional dos Direitos humanos, em especial pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assim a menção do direito à moradia como um direito social deve atender aos regramentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, de forma a propiciar por meio da implantação de cada legislação a respeito o favorecimento da pessoa humana, para facilitar a defesa e a aquisição da moradia (SOUZA, 2013, p. 108).

Por fim, do ponto de vista terminológico, é preciso ressaltar que o legislador constitucional andou bem ao referir o direito à moradia de forma genérica, sem nenhuma adjetivação. Pois diante da Constituição Federal de 1988, inexistem margem para interpretação de que o direito à moradia possa, em qualquer hipótese, ser interpretado como um direito a uma moradia não adequada ou, pior ainda, não decente. Uma moradia minimamente compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana, à evidência, sempre será adequada e decente. (SARLET, 2010, p.17).

²⁵ Nesse sentido, destaca-se a prestigiosa lição de SARLET: “No direito constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social expresse - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja 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” (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.” (2010, p.12).

3.2 Da fundamentação do direito à moradia: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial

Primeiramente, é necessário reconhecer que a moradia digna é uma necessidade essencial da pessoa humana. Tal necessidade de certa forma sempre existiu e sempre existirá. Note-se que a adequação da moradia é uma das condicionantes para se ter uma vida digna, estando ligada a aspectos materiais e imateriais. Dispor de um lugar com certa exclusividade que sirva de abrigo contra as intempéries e de proteção contra ataques de outros seres vivos, que propicie momentos de paz e tranquilidade, que garanta um mínimo de intimidade/privacidade, é imprescindível para uma vida privada e/ou familiar (SOUZA, 2013, p. 17).

Conforme leciona SARLET, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as adversidades climáticas, sem um local para usufruir de intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente não estará assegurada a dignidade da pessoa humana, aliás, por vezes não estará sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o direito à vida (2010, p. 15).

O direito fundamental à moradia é reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já que esta demanda a satisfação das necessidades básicas do cidadão. Note-se que, no caso do direito à moradia, a “íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna” (SARLET, 2010, p. 15).

Frisa-se, com espeque na lição de SARLET, que a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como uma qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa o que a torna merecedora do respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa a proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também lhe garantam 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 as demais pessoas (2011, p. 73).

Fica assim evidenciada a íntima ligação entre a proteção e promoção do direito à moradia com a garantia e fomento da dignidade da pessoa humana, eis que, para que possa viver dignamente, todo ser humano necessita de uma moradia adequada para desenvolver as suas potencialidades no campo pessoal, familiar, profissional e afetivo. Logo, uma das dimensões da dignidade humana é a moradia, cuja tutela deve ser integral, quer no sentido de ser objeto de atenção de todos os chamados ramos do direito (Constitucional, Penal, Administrativo, Tributário, Financeiro, Civil, Econômico, Ambiental, Urbanístico, notarial, registral e etc.), com objetivo de abranger não apenas técnicas repressivas e de ressarcimento, mas também com mecanismos preventivos contra lesões à perda da moradia e promocionais do acesso e da melhoria das condições de moradia (SERRANO, 2011, p. 11). As melhorias preconizadas devem ser vistas em seu duplo sentido, ou seja tanto no sentido material, como no sentido formal, de proteção jurídica, envolvendo aqui a chamada regularização fundiária, que será tratada no próximo capítulo.

Conforme já dito anteriormente, a Constituição Federal não traz uma definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia, tornando-se necessária a busca nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Assim, considerando a íntima ligação existente com a dignidade da pessoa humana, verifica-se, desde logo, que, na interpretação do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física (SARLET, 2010, p. 18).

Neste prisma, SERRANO destaca que “diante da cláusula geral de proteção da dignidade humana, tem-se que, para que possa viver dignamente e desenvolver livremente sua personalidade, todo o ser humano necessita de uma moradia adequada.” (2011, p. 18-19).

Percebe-se claramente que foi essa diretriz que norteou a determinação do conteúdo do direito à moradia no plano de sua proteção internacional, e que deverá também inspirar as autoridades legislativas, executivas e judiciárias pátrias. Se a nossa própria Constituição foi omissa nesse passo, impõe-se que se faça o uso da normativa internacional também nesta esfera. Buscando estabelecer padrões internacionais, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia, tais como a segurança jurídica para a posse, infraestrutura básica, condições efetivas de habitabilidade, condições razoáveis de acesso à moradia principalmente para pessoas com deficiência, custos módicos que não comprometam a satisfação de outras necessidades e, por fim, localizadas em local de fácil acesso (SARLET, 2010, p. 19)²⁶.

Assim é inquestionável que o direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Note-se que a implementação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma interpretação em sintonia com as peculiaridades de cada País e região. Também por essa razão, a despeito da necessidade de padrões mínimos referenciais de caráter até mesmo supranacional, é no contexto regional e local que se poderá melhor avaliar a manifestação concreta desses critérios e as condições para o seu atendimento, o que evidencia o acerto do nosso legislador, ao editar a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), optando pelo estabelecimento de algumas diretrizes e regras de âmbito nacional, privilegiando, contudo, a esfera regional e, particularmente, a local. (SARLET, 2010, p. 20).

Note-se que, embora exista uma gama de diretrizes internacionalmente estabelecidas, cabe aos órgãos estatais a tarefa de estabelecer os contornos mais

²⁶ SARLET com espeque no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequado, editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, assim sintetiza um conteúdo mínimo para o direito à moradia: a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem. b) Disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc). c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas. d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes. e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência. f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais. g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

precisos de um direito à moradia e dos meios para a sua implementação, sempre lembrando sua vinculação aos tratados internacionais sobre o tema, e, acima de tudo os demais preceitos da nossa Constituição, especialmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 20).

A moradia digna faz parte do chamado mínimo existencial, compreendido como garantia das prestações materiais indispensáveis para a vida humana. O direito à moradia digna tem o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na qualidade de vida das pessoas, porque não se pode conceber dignidade a uma pessoa vagando nas ruas sem moradia digna. Ressalta-se que a noção de mínimo existencial está intimamente ligada à própria concepção de dignidade da pessoa humana, porque um é pressuposto existencial do outro, eis que não é possível efetivar-se a dignidade da pessoa humana sem um mínimo existencial.

O direito à moradia em virtude de sua íntima conexão com o direito a uma vida digna, legitima interpretações que o levem a assumir uma posição de superioridade em relação ao direito de propriedade²⁷. Isso porque a propriedade, em

²⁷ Nesse exato sentido se manifestou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.... 2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse. 3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. 4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. 5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração. 6.

virtude de previsão constitucional expressa, encontra-se limitada pela sua função social, de forma que somente a propriedade socialmente útil, ou seja aquela que cumpre sua função social é constitucionalmente tutelada²⁸. Frisa-se que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel, a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente não ocorrerá se não tiver uma moradia digna (SARLET, 2010, p. 18).

O direito fundamental à moradia, por ser reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, valida interpretações que visem a garantir uma maior efetividade do referido preceito constitucional²⁹.

Em remate, pode-se dizer que o direito à moradia não pode deixar de estar inserido no rol dos direitos mínimos, pois, sem a concretização desse direito, o homem não pode viver dignamente. Assim torna-se necessário analisar-se a sua eficácia e efetividade em sua dupla perspectiva.

Recurso especial a que se nega provimento.” REsp 1302736 / MG. RECURSO ESPECIAL 2011/0230859-5. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgamento em 12/04/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=moradia+e+funcao+social&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acessado em 13/10/2016.

²⁸ Assim vem se manifestando a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça: “...4. O direito de propriedade, de acordo com o constitucionalismo moderno, deve atender a sua função social, não consistindo mais, como anteriormente, em um direito absoluto e ilimitado, já que a relação de domínio, agora, possui uma configuração complexa – em tensão com outros direitos igualmente consagrados no ordenamento jurídico. 5. Os direitos de vizinhança são manifestação da função social da propriedade, caracterizando limitações legais ao próprio exercício desse direito, com viés notadamente recíproco e comunitário. O que caracteriza um determinado direito como de vizinhança é a sua imprescindibilidade ao exercício do direito de propriedade em sua função social. ...” REsp 1616038 / RSRECURSO ESPECIAL2015/0230806-0. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=propriedade+e+funcao+social&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acessado em 12/10/2016.

²⁹ Nesse sentido destaca-se a seguinte lição proferida pelo Ministro CELSO DE MELLO: [...] impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes a proteção do patrimônio mínimo, fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional, apto a legitimar interpretações que objetivem destacar o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que eventualmente possam frustrar a eficácia de um direito tão essencial como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família. (Trecho da decisão Monocrática. AI 799803 / RJ - RIO DE JANEIRO, AGRAVO DE INSTRUMENTO, relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+799803%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqpkjeb>>. Acessado em 30/10/2015.

3.3. Da eficácia e da efetividade do direito fundamental à moradia na sua dupla perspectiva: defensiva e prestacional

Feitas essas considerações sobre a fundamentação do direito à moradia, passa-se à apreciação da sua eficácia e efetividade, mas antes é preciso esclarecer que o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aplica-se inteiramente a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, independentemente de estarem ou não previstos no artigo 5º da Constituição³⁰.

Dito isso, volta-se à questão do significado do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, para as diversas categorias de direitos fundamentais. Ocorre, que por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto que as normas que definem os direitos sociais também tendem a sê-lo, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (SILVA, 2011, p.180). Assim, torna-se imperioso reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, existem normas de eficácia limitada, as quais não têm condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do legislador ordinário.

Mas, antes de se aprofundar a questão, é preciso analisar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira é fruto do constitucionalismo liberal que concebia os direitos fundamentais como limites impostos ao Estado, que impunham a este o dever jurídico de abstenção. Eram vistos exclusivamente sob uma perspectiva subjetiva, pois tratava-se apenas de identificar quais pretensões a pessoa poderia exigir do Estado em razão do direito positivado. A dimensão objetiva surge com o advento do Estado Social, sobretudo a

³⁰ Nesse sentido é lição de SARLET: “[...] entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna (2010, p. 25).

partir da segunda grande guerra, importando uma mudança significativa na compreensão dos direitos fundamentais. A doutrina passa a visualizar uma outra faceta dos direitos fundamentais para agregar novos efeitos e virtualidades, liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais relevantes em uma sociedade (SARMENTO, 2006, p. 105).

Assim, os direitos fundamentais deixam de ser pensados apenas do ponto de vista das pessoas e passam a ser pensados do ponto de vista das comunidades, como valores e fins que a Constituição se propõe a prosseguir. Na medida que tais direitos exprimem valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos se ampliam e passam a irradiar sobre todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando os poderes judiciário, legislativo e executivo (SARMENTO, 2006, p. 106). Nesse contexto é que se afirma existir uma eficácia dirigente dos direitos fundamentais, eis que contém uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização no mundo da vida (SARLET, 2015, p. 152). Por fim é preciso deixar claro que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui-se em reforço, em complemento, à dimensão subjetiva, eis que agrega e aumenta a proteção a tais direitos.

Assim passa-se a entender, com relação aos direitos fundamentais, e em especial, com relação ao direito à moradia, que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar os direitos, exige-se que eles os protejam de forma efetiva, mas que, além disso, assegurem de forma efetiva condições materiais mínimas para o seu exercício. Assim cabe ao Estado o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível (SARMENTO, 2006, p. 107).

Destaca-se que os direitos fundamentais, em nossa ordem constitucional, de acordo com o critério de sua função preponderante, podem ser divididos em duas categorias ou grupos distintos. A primeira categoria é a dos chamados direitos de defesa. A segunda é a dos chamados direitos sociais de cunho prestacional. Frisa-se que o alicerce de tudo que será dito encontra-se no postulado da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais contidos no artigo 5º, parágrafo 1º da

Constituição Federal. Os direitos de defesa constituem-se pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que preponderantemente reclamam uma atitude de abstenção do estado e dos particulares. A plena eficácia desses direitos fundamentais é praticamente pacífica em razão de que as normas que os consagram possuem a suficiente normatividade e não necessitam de concretização legislativa (SARLET, 2015, p. 282).

Enquanto os direitos de defesa se caracterizam por sua natureza preponderantemente negativa, exigindo abstenções por parte do Estado, protegendo a pessoa humana contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais, vistos aqui somente em sua dimensão positiva, exigem uma conduta positiva do Estado, ou dos particulares destinatários da norma, consistente numa prestação fática. Tais direitos pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, eis que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação de todos na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim os direitos sociais não são um direito de igualdade, baseados em regras de tratamento uniforme, mas, sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios (SARLET, 2015, p. 292).

No entanto, deve-se deixar claro que os direitos sociais prestacionais podem apresentar uma dimensão negativa, porquanto geram poderes (direitos) subjetivos negativos ao seu titular, no sentido, de viabilizarem a impugnação de atos que sejam contrários a sua realização, como ocorre com o direito à moradia quando da proteção da propriedade que serve à moradia contra a penhora (SARLET, 2015, p. 292). A diferença entre as duas categorias é que os direitos a prestações necessitam de normas para a sua concreção, enquanto os chamados direitos de defesa não necessitam de normas para a sua concreção. Note-se que as duas categorias de direitos podem ser conexas e não são necessariamente excludentes, podendo um direito fundamental pertencer reciprocamente às duas categorias. O direito fundamental à moradia pertence simultaneamente às duas categorias, exigindo por parte do Estado uma condição negativa (defensiva) e uma outra positiva de caráter prestacional.

Sustenta-se, com espeque na lição de SARLET, que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nessa dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e também os particulares, na condição de destinatários desse direito, embora se reconheça que se possa controverter a respeito do modo e intensidade dessa vinculação e das consequências jurídicas possíveis de serem extraídas de cada manifestação do direito à moradia (SARLET, 2010, p. 21).

Nesse sentido, de acordo com o artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966), os Estados signatários estão obrigados a, reconhecer, respeitar e proteger o direito à moradia, elementos que demonstram uma perspectiva negativa, mas também estão obrigados a implementar medidas, utilizando-se do máximo dos recursos disponíveis, com o intento de alcançar de modo progressivo a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, mediante todos os meios apropriados, incluindo especialmente medidas de ordem legislativa, do que por si só já transparece a referida dimensão positiva (prestacional) do direito à moradia (SARLET, 2010, p. 23).

Dentro da chamada dimensão negativa, também denominada de função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia se encontra, em princípio, devidamente protegida contra toda e qualquer sorte de agressões, seja por parte do Estado, seja por parte de particulares. Ambos têm a obrigação jurídica de respeitar a moradia das pessoas. Toda e qualquer medida que viole o direito de moradia das pessoas é passível de ser combatida em juízo, seja na esfera do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja na esfera do controle difuso e incidental, ou por meio dos instrumentos processuais específicos disponibilizados pelo ordenamento jurídico pátrio. (SARLET, 2010, p. 29).

Quando analisada a dimensão defensiva (negativa) dos direitos fundamentais, inexistente qualquer dúvida sobre a plenitude eficaz e a imediata aplicabilidade, em decorrência do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Note-se que aqui não se exige por parte do Estado a realização de prestações fáticas ou normativas, mas, sim, um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal. Frisa-se que a aplicabilidade imediata e a plena eficácia desses direitos encontram explicação no

fato de que o constituinte lhes concedeu normatividade suficiente e por isso independem de concretização legislativa.

Outra manifestação importante da dimensão defensiva do direito à moradia, ocorre nas relações entre particulares, onde alcança eficácia e vinculatividade, eis que são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, situação já analisada.

Salienta-se, mesmo diante do exposto, que o direito à moradia somente pode ser considerado um direito absoluto no sentido de ser oponível *erga omnes* e não no sentido de predomínio sobre os outros direitos em abstrato. (SOUZA, 2013, p. 113).

Assim, é possível que o poder público promova desapropriações, com inequívoca finalidade social e coletiva, que acabem gerando, além da perda do domínio para os expropriados, o desapossamento e a perda da moradia, mas neste caso, passível de compensação, com o pagamento de justa indenização, que deverá ser prévia, ou seja, anterior à imissão na posse, e em dinheiro, sob pena de manifesta violação ao direito à moradia³¹. Também é possível a desocupação de área de proteção ambiental, estribada, portanto, em outro valor constitucional fundamental, no caso, a proteção ao meio ambiente, afetando assim ao direito à moradia.³²

³¹ Nesse sentido se destaca a decisão proferida pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. levantamento de valores. É possível a expedição de alvará para levantamento de parte do valor depositado antes mesmo do cumprimento do mandado de imissão de posse, uma vez que, além de o Decreto-Lei não condicionar tal medida à prévia desocupação do bem expropriado, certo é que tal exigência afrontaria, inclusive, a *mens legis* do art. 5º, XXIV, da CF, que assegura, na hipótese de desapropriação, a justa e prévia indenização em dinheiro. Em se tratando de imissão provisória da posse, certo é que a indenização, não obstante parcial, deverá ser anterior à desocupação, pena de afronta, ainda, ao direito social à moradia (art. 6, caput, da CF). Considerando que a avaliação judicial preliminar e precária arbitrou valor superior ao dobro daquele oferecido pela municipalidade, deverá ser observado o disposto no parágrafo único do art. 5º do referido Decreto-Lei, podendo o expropriado “optar entre o levantamento de 80% (oitenta por cento) do preço oferecido ou da metade do valor arbitrado”. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70061738464, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 27/05/2015). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> acessado em 17/10/16.

³² Nesse exato sentido é a decisão da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. PLEITO DE DEMOLIÇÃO. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. RECURSO DO MUNICÍPIO AUTOR. Hipótese em que incontroversa a violação da norma ambiental, não socorrendo os réus a eventual inércia do Poder Público relativamente à antiga casa existente no

Em virtude do caráter não absoluto da moradia é que a normativa internacional, de modo especial a Agenda Habitat e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle, impõe aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados. Fica evidenciado que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado de forma arbitrária da moradia. (SARLET, 2010, p. 31).

Um das principais manifestações da dimensão defensiva do direito à moradia encontra-se nas normas que a protegem contra a penhora, protegendo assim o patrimônio mínimo indispensável a uma existência digna³³. Note-se que, com o propósito de garantir a maior efetividade possível ao direito à moradia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a entender que não só o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, mas também aqueles pertencentes a pessoas que moram sozinhas (solteiras, viúvas, separadas)³⁴. O STJ, buscando dar a maior efetividade possível ao Direito à Moradia, reconhece que a proteção conferida pela Lei 8.009/90 não admite renúncia pelo titular do direito³⁵.

local, tampouco a existência de outras edificações, de terceiros, igualmente em situação irregular. A invocação do constitucional direito à moradia não acarreta o afastamento da também constitucional proteção do meio-ambiente. No caso, sendo incontroversa a violação das normas ambientais, e considerada, também, a ausência de licenciamento municipal da obra dos réus, impõe-se o desfazimento da edificação. Em matéria ambiental, sobrepõe-se o interesse da coletividade, no caso, especificamente, quanto à proteção do curso d'água, o que justifica a demolição da residência. Consequente reforma da sentença apelada para julgar procedente o pedido. APELAÇÃO PROVIDA." (Apelação Cível Nº 70067292581, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 11/08/2016). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> acessado em 17/10/16.

³³ A lei 8.009/90, artigo 1º: "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados." Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acessado em 17/10/2016.

³⁴ Assim dispõe a súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas". Disponível em http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acessado em 18/10/2016.

³⁵ Nesse sentido destaca-se o seguinte julgado: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL. LEI 8.009/1990. DIREITO À MORADIA. RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA. IRRENUNCIABILIDADE. 1. O art. 1º da

Outra manifestação da dimensão negativa do direito à moradia encontra-se na própria Constituição Federal que prevê no inciso XI do artigo 5º a inviolabilidade do domicílio, no sentido de protegê-lo contra invasões por agentes públicos e/ou particulares³⁶.

Com relação ao caráter não absoluto do direito à moradia, no sentido de não predominância sobre outros direitos, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, julgou que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/1990, com a redação da Lei nº 8.245/1991, não ofende o direito à moradia previsto expressamente no artigo 6º da Constituição da República³⁷. No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que inclusive já sumulou a matéria³⁸. A possibilidade jurídica da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, defendida pelos Tribunais superiores, contrasta com a proteção

Lei 8.009/1990 estabelece que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas no próprio diploma legal. O preceito é de ordem pública e deve ser interpretado de modo a conferir máxima efetividade ao direito social à moradia (art. 6º da CF/1988) e à norma que impõe ao Estado o dever de proteger a família, base da sociedade (art. 226 da CF/1988). 2. In casu, ao analisar as circunstâncias fáticas dos autos, o Tribunal a quo concluiu ser "inquestionável que o imóvel penhorado constitui 'bem de família'" e que, nos Embargos de Terceiro, os autores buscam proteger a própria moradia, e não apenas o direito à propriedade (fls. 124-125). 3. Conforme já assentado pelo STJ, a proteção conferida pela Lei 8.009/1990 não admite renúncia pelo proprietário (REsp 1.200.112/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/8/2012; REsp 828.375/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/2/2009) (...)." (REsp 1487028 / SC RECURSO ESPECIAL 2014/0162270-0 / Relator Ministro HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 13/10/2015. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22direito+a+moradia%22&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acessado em 19/10/2016.

³⁶ Constituição Federal, art. 5º, inciso XI: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."

³⁷ EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688/AC - ACRE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 08/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 17/10/2015.

³⁸ O STJ em 14/10/2015 editou a Súmula 546: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação."

do direito de acesso à moradia, eis que favorece o crédito decorrente da exploração imobiliária em prejuízo da proteção do bem de família.³⁹

³⁹ Assim é preciso destacar a existência de julgados minoritários em sentido contrário ao defendido pelo STF e pelo STJ, no TJRS: “apelação cível. LOCAÇÃO. EMBARGOS À PENHORA. Afastadas as preliminares de nulidade da sentença, por julgamento *citra petita*, e, em face da ausência de intimação do inventariante. Fiança locatícia prestada em contrato de locação para fins não residenciais. alegação de impenhorabilidade do bem de família, POR APLICAÇÃO DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE ERIGIU A MORADIA À CONDIÇÃO DE DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO OU GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESSALVA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INSCRITOS NA CARTA MAGNA e APLICAÇÃO Do método de solução para os casos de colisão e concorrência de direitos fundamentais, PRECONIZADO POR CANOTILHO. 1. A regra do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei nº 8.245/91, lei do inquilinato, ao excepcionar a impenhorabilidade do bem de família como forma de garantir o acesso à habitação ao afiançado, está consentânea com o mandato constitucional que alçou a moradia (art. 6º da CF) à condição de direito fundamental. 2. Neste ponto, o interprete e aplicador do direito deve buscar a compreensão que dê concretude à Constituição Federal e seus postulados básicos, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, os princípios maiores inscritos na Carta Magna não podem ser restringidos pela lei ordinária. 3. Portanto, impõe-se a releitura da norma de regência a partir do paradigma constitucional, e não ao contrário. Preservação dos princípios constitucionais que autorizam a construção de um conceito de impenhorabilidade do bem de família que resguarde a moradia como direito fundamental. 4. O status constitucional conferido à moradia com base no seu poder auto-organizativo faz com que seus titulares sejam destinatários da proteção estatal mínima e eficiente no contexto social. 5. Essa estrutura reflete a perplexidade interpretativa que demanda a construção de alicerces argumentativos teóricos capazes de justificar o processo decisório que refoge da trivialidade. Estaríamos diante do que Ronald Dworkin e Robert Alexy denominariam de *hard case*. 6. A solução não prescinde de uma releitura dos fundamentos do direito à moradia e da reconstrução da jurisprudência então dominante a partir da teoria dos sistemas autopoieticos (capacidade de “engendrar a si próprio”) inserida por Niklas Luhmann no quadro epistemológico (teoria do conhecimento) das ciências sociais e jurídicas e dos princípios constitucionais que regem a proteção da moradia como direito social fundamental. 7. Concretude e eficácia das normas programáticas da Constituição Federal de 1988 que não convivem com a exceção instituída pelo art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei nº 8.245/91, no caso em comento, que trata de fiança prestada em contrato de locação para fins não residenciais. 8. A realização do direito social fundamental à moradia em imóvel próprio só pode ser excetuada para realização de outro direito social fundamental, de equivalente ou superior dimensão, que seria a realização do direito à moradia pelo locatário, na condição de inquilino, mediante fiança. 9. A exploração econômica de imóvel, por pessoa jurídica de direito privado, não justifica a aplicação da exceção à impenhorabilidade do bem de família, o qual cumpre função social relevante e atende a um dos pressupostos informadores da República Federativa do Brasil, inscrito no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, que diz com a dignidade da pessoa humana; e contrasta com o princípio fundamental do direito à moradia do artigo 6º da Constituição. 10. “O direito garantido por uma normal constitucional como direito, liberdade ou garantia “insusceptível de restrições” é mesmo, “*prima facie*”, um direito sem reserva de restrições. Todavia, “*a posteriori*”, através do jogo de “argumento e contra-argumento”, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta contextual, de várias constelações de princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma “ponderação” de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição” (CANOTILHO). Quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a *limites divergentes*, cabe ao aplicador do Direito determinar qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo. 11. As regras do *direito constitucional de conflitos* devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um *juízo de ponderação* se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso em concreto. 12. Nessa ponderação, a concretude do direito à moradia apresenta maior relevo social que o exercício da mercancia, aqui representado pela

De outra banda, mas ainda no contexto do direito à moradia como um direito de defesa, impõe-se analisar a proibição do retrocesso, isto é, contra uma supressão ou esvaziamento por parte do legislador. Assim o direito à moradia, em virtude de sua estreita vinculação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, não mais poderá ser suprimido do texto da Constituição por meio de emenda constitucional, passando a integrar o elenco dos limites materiais, ainda que na condição de limite implícito da Constituição Federal, nem ser objeto de qualquer restrição que venha a atingir o núcleo essencial do direito à moradia, que encontra proteção também em face de eventuais medidas restritivas impostas pelo poder público e no âmbito das relações entre particulares (SARLET, 2010, p. 33).

Ainda como decorrência do princípio da vedação do retrocesso, encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais. Assim, pode-se sustentar que o legislador não poderia revogar, integralmente ou em aspectos essenciais, sem oferecer alternativas compensatórias, a Lei 10.257/2001, denominada de Estatuto das Cidades; a lei 8.009/1990, que prevê a impenhorabilidade do único bem imóvel da família; ou, ainda, a lei nº 11.977/2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. (SARLET, 2010, p. 33).

Analisada a dimensão negativa do direito fundamental à moradia, passa-se à análise da sua dimensão positiva, eis que se trata de um direito social de cunho prestacional.

Na dimensão positiva impõe-se ao Estado o dever de fomentar, isto é, de facilitar a pessoa o acesso à moradia. Esse incentivo estatal pode se operar mediante políticas públicas de financiamentos com juros reduzidos e ampliação dos prazos de pagamento, de redução da carga tributária ou de concessão de isenção fiscal nas operações ligadas à cadeia econômica de fornecimento de imóveis destinados à moradia, de instalação de infraestrutura urbana condizente com os

exploração econômica da propriedade imobiliária para fins não residenciais. Portanto, entre excepcionar a concretude do direito social fundamental à moradia, e a realização de um crédito decorrente da exploração imobiliária, aquele primeiro se apresenta com maior relevo social e merece a proteção constitucional, legal e jurídica do Estado. (...) Rejeitadas as preliminares, proveram a apelação. Unânime.” (Apelação Cível Nº 70055271456, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 11/09/2013). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acessado em 17/10/16.

planos de desenvolvimento das cidades. A intervenção estatal terá como objetivo reduzir o preço da terra urbana e dos materiais de construção; reduzir os custos de edificar e reformar; tornar acessível a aquisição de unidades habitacionais; tornar acessíveis às famílias de menor poder aquisitivo os aluguéis residenciais praticados no mercado imobiliário (SERRANO, 2011, p. 94).

Assim a proteção positiva do direito à moradia materializa-se de diversas formas, como a disponibilização de abrigo às pessoas em situação de vulnerabilidade social, em virtude de catástrofes naturais ou outro tipo de calamidade pública; o pagamento do aluguel social, que corresponde ao fornecimento de certa quantia em dinheiro a pessoas necessitadas, incapazes de custear por elas mesmas um alojamento digno; implantação e manutenção de serviços públicos que melhorem as condições de moradia nas áreas urbanas, como os de saneamento básico, de iluminação pública, de fornecimento de energia elétrica, transporte coletivo; o fornecimento de assistência técnica e jurídica a pessoas de baixa renda que irão autoconstruir suas moradias; investimentos em regularização fundiária e urbanização de assentamentos precários e etc (SERRANO, 2011, p. 95).

A compreensão da dimensão positiva, no que se refere especificamente ao acesso à moradia, é de grande relevância, diante da situação social do Brasil. Conforme os dados das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) dos anos 2011 e 2012, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em fevereiro de 2014, o Brasil possuía em 2011 um déficit habitacional estimado em 5,581 milhões de domicílios. Em 2012 o déficit habitacional foi estimado em 5,430 milhões de domicílios.⁴⁰

Segundo a FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, em 2012, o déficit habitacional estimado correspondia a 5,430 milhões de domicílios, dos quais 4,664 milhões, ou 85,9%, estavam localizados nas áreas urbanas. Em relação ao estoque de domicílios particulares permanentes e improvisados, o déficit corresponde a 8,5%, sendo 8,5% nas áreas urbanas e 8,8% nas rurais. Na comparação com 2011, houve uma ligeira queda no percentual de unidades habitacionais consideradas como déficit na área urbana: elas passaram de 8,7%, em 2011, para 8,5%, em 2012. Na área rural, a queda foi um pouco maior. Passou de 10,7%, em 2011, para 8,8%, em

⁴⁰ Fonte: Dados básicos: PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011; v. 32, 2012. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br>. Acessado em 17/10/2015.

2012. Em termos absolutos, houve um decréscimo de 151 mil unidades habitacionais no déficit habitacional brasileiro entre 2011 e 2012. (2015, p.31).

Conforme demonstrado anteriormente, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966)⁴¹, tendo assumido o compromisso de adotar medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício do direito à moradia, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Assim, em que pese a exigência de uma implementação gradativa, já que inexigível uma solução imediata para o problema da moradia, fica evidenciado que devem ser destinados recursos materiais para a implantação em um patamar mínimo.

Ainda, na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, o legislador pátrio vem dando passos importantes para uma efetiva implementação desse direito, buscando apresentar soluções para os problemas da regularização fundiária urbana e da aquisição da moradia. Assim, ainda que em linhas gerais, é relevante destacar a importância da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. A função primordial desse programa é facilitar o acesso à moradia para a população de baixa renda e reduzir o déficit habitacional dessa classe social, especialmente nos casos em que esteja configurado o interesse social, através de recursos do Sistema Financeiro Habitacional. A lei tem como um dos seus objetivos criar uma série de mecanismos para produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais de interesse social. O programa promove, ainda, a distribuição de renda, a inclusão social, a dinamização do setor da construção civil e a geração de novos postos de trabalho.

A lei divide-se em três partes: a primeira relativa ao Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, tendo por objetivo criar uma série de mecanismos para produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais de interesse social. A

⁴¹ O referido pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1: “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

segunda trata do registro eletrônico de imóveis, que possibilitará a formação de um banco de dados nacional com os atos registrais praticados antes e depois da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), bem como define os emolumentos a serem cobrados pelo Oficial do Registro Imobiliário relativos aos atos previstos na lei. Na terceira parte, é tratada a regularização fundiária de assentamentos urbanos, ponto de extrema importância ao acesso à moradia, uma vez que introduz instrumentos para enfrentar o desafio de legalizar milhões de moradias urbanas no Brasil.

Com relação à primeira parte, Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, é preciso esclarecer, mesmo que de forma sintética, que para a implementação do PMCMV o governo concede às famílias, incluindo a família unipessoal, subvenção econômica para adquirir ou reformar suas moradias. As famílias que residem em áreas insalubres e de risco, bem como as famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, ou famílias que incluam pessoas deficientes no seu núcleo familiar, possuem atendimento prioritário no programa⁴². Ressalta-se, que os imóveis construídos ou reformados pelo PMCMV terão condições de sustentabilidade e utilizarão novas tecnologias em suas construções, além de disponibilizarem unidades adaptáveis ao uso para pessoas deficientes e idosas⁴³. Para participar do “Minha Casa, Minha Vida”, as famílias deverão estar

⁴² Artigo 2º “Para a implementação do PMCMV, a União, observada a disponibilidade orçamentária e financeira: I - concederá subvenção econômica ao beneficiário pessoa física no ato da contratação de financiamento habitacional; II – participará do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), mediante integralização de cotas e transferirá recursos ao Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) de que tratam, respectivamente, a Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 8.677, de 13 de julho de 1993; III - realizará oferta pública de recursos destinados à subvenção econômica ao beneficiário pessoa física de operações em Municípios com população de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; IV - participará do Fundo Garantidor da Habitação Popular - FGHab; e V - concederá subvenção econômica por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, sob a modalidade de equalização de taxas de juros e outros encargos financeiros, especificamente nas operações de financiamento de linha especial para infraestrutura em projetos de habitação popular. § 1º A aplicação das condições previstas no inciso III do caput dar-se-á sem prejuízo da possibilidade de atendimento aos Municípios com população entre 20.000 (vinte mil) e 50.000 (cinquenta mil) habitantes por outras formas admissíveis no âmbito do PMCMV, nos termos do regulamento. § 2º O regulamento previsto no § 1º deverá prever, entre outras condições, atendimento aos Municípios com população urbana igual ou superior a 70% (setenta por cento) de sua população total e taxa de crescimento populacional, entre os anos 2000 e 2010, superior à taxa verificada no respectivo Estado.”

⁴³ Artigo 73. “Serão assegurados no PMCMV: I – condições de acessibilidade a todas as áreas públicas e de uso comum; II – disponibilidade de unidades adaptáveis ao uso por pessoas com deficiência, com mobilidade reduzida e idosos, de acordo com a demanda; III – condições de sustentabilidade das construções; IV – uso de novas tecnologias construtivas. Parágrafo único. Na ausência de legislação municipal ou estadual acerca de condições de acessibilidade que estabeleça regra específica, será assegurado que, do total de unidades habitacionais construídas no âmbito do PMCMV em cada Município, no mínimo, 3% (três por cento) sejam adaptadas ao uso por pessoas com deficiência.”

enquadradas na faixa de renda prevista, que é de, no máximo, R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)⁴⁴. Toda família que respeite essa delimitação de renda mensal pode participar do programa, desde que não possua casa própria ou financiamento em qualquer unidade da federação, ou tenha recebido anteriormente benefícios de natureza habitacional do Governo Federal. Conforme informações do Ministério do Planejamento, o programa, em 09 de dezembro de 2015, atingiu a marca de 2,4 milhões de moradias entregues em todo o país, beneficiando mais de 9,6 milhões de pessoas.⁴⁵ Assim é preciso reconhecer que se trata do mais importante programa de acesso à moradia da história do país e que vem conseguindo gradativamente reduzir o déficit habitacional.

Com relação à segunda parte do PMCMV, que cria o registro eletrônico de imóveis, embora seja extremamente relevante, não será abordada por tratar de assunto que ultrapassa os limites propostos para o presente estudo. Já a terceira parte será abordada de forma exaustiva no próximo capítulo.

Também é relevante destacar que o legislador ordinário, visando a dar uma maior concretização ao direito fundamental à moradia, instituiu por meio da Lei nº 12.435/11⁴⁶ o benefício do aluguel social. Esse pode ser conceituado como um benefício assistencial eventual, de competência do município, que tem por finalidade o atendimento de necessidades decorrentes de vulnerabilidade temporária e calamidade pública. Tal conceito é extraído da literalidade dos artigos 15 e 22 da Lei 8.742/93.⁴⁷ O benefício visa, essencialmente, a beneficiar por tempo determinado ou determinável àquelas famílias que, a partir da instauração de um evento extraordinário (situação de riscos, perdas e danos), foram expostas a uma situação de vulnerabilidade temporária.

⁴⁴ É o que dispõe o artigo 1º da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, com redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011.

⁴⁵ Informações disponíveis no saite < <http://www.pac.gov.br/noticia/f6267967>>. Acessado em 19/10/2016.

⁴⁶ A Lei nº 12.435/11 alterou a Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

⁴⁷ Artigo 22 da Lei 8.742/93 assim determina: "Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública." (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). Já o artigo 15 da mesma lei, assim determina: "Compete aos Municípios: I - destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Municipais de Assistência Social;" (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

Questão tormentosa é a de saber se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar uma moradia àqueles que demonstrarem a impossibilidade de adquiri-la por seus próprios meios. Preliminarmente, deve ser esclarecido que o direito à moradia é enquadrado na categoria das normas constitucionais pragmáticas, ou impositivas de programas, fins e tarefas. Por outro lado, também é certo que o direito à moradia, em que pese a sua conotação pragmática, não é destituído de eficácia, ainda que eventualmente reduzida.

A questão posta em debate é respondida por SARLET, com base na lição de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, e pelo que restou decidido, reiteradamente, pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no sentido de que o direito à moradia constitui um direito a prestações, cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais e pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, não conferindo a pessoa um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo (SARLET, 2010, p. 36).

No entanto, o presente estudo pretende demonstrar que é viável um entendimento diverso, possibilitando a pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade social, exigir do Estado (em sentido amplo) a concretização do seu direito fundamental à moradia. Salieta-se que a matéria ainda não foi julgada em seu mérito pelo Superior Tribunal de Justiça e nem pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que as decisões já existentes dizem respeito aos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Conforme dito anteriormente, o direito à moradia é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, e parte integrante do núcleo básico do mínimo necessário, compreendido como garantia das prestações materiais indispensáveis para a vida humana digna. Considerando que o Supremo Tribunal Federal vem reiterando em seus julgados que a cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada, sempre que a sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Considera-se, ainda, que dada a importância do tema, não é razoável a omissão estatal à garantia da preservação do mínimo existencial, tornando legítima e necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir à pessoa em situação de vulnerabilidade social, o recebimento do aluguel social ou de uma moradia definitiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem decidindo no sentido de que, em havendo provas de que as famílias se encontrem em situação de vulnerabilidade social, o município deverá conceder, em um primeiro momento, o benefício assistencial do aluguel social e, em um segundo momento, uma moradia digna⁴⁸.

Destaca-se que a Sétima Câmara Cível do TJRS, ao apreciar a matéria, foi além da simples concessão do benefício do aluguel social, uma vez que julgou improcedente uma apelação que condenou o município a disponibilizar moradia digna à família, no prazo improrrogável de 60 dias, sob pena de sequestro nas contas públicas. No presente caso, entendeu-se que o direito à moradia digna, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, confere ao cidadão em condição de vulnerabilidade social, um direito imediato a uma prestação efetiva, já que é diretamente aplicável e exequível por si mesmo⁴⁹.

Nesse cenário, mas ainda dentro da chamada dimensão positiva do direito à moradia, é preciso consignar o destaque conquistado à regularização

⁴⁸ Nesse exato sentido: “Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO DE ANTÔNIO PRADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À MORADIA. CESSÃO DE IMÓVEL OU PAGAMENTO DE "ALUGUEL SOCIAL". POSSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA. Moradia é direito fundamental constitucionalmente assegurado, identificado com o núcleo garantidor do mínimo existencial. De forma que, por critério de inafastável razoabilidade, exige dos órgãos estatais responsáveis pela realização das políticas públicas positivas a mitigação da cláusula da reserva do possível, preservando-se, em favor dos administrados, a intangibilidade do direito à vida digna. Assim, sendo o caso de omissão estatal à garantia da preservação do mínimo existencial, legítima é a intervenção e o controle pelo Poder Judiciário. No caso concreto, há provas de que a agravante reside com os filhos menores em unidade habitacional em péssimo estado de conservação, com comprometimento da estrutura (risco de desabamento), além de problemas de infiltração, instalação elétrica precária e ausência de instalação adequada de água e esgoto, tudo aliado à parca situação financeira da autora, cuja renda mensal não lhe possibilita que arque com o aluguel de outra moradia, tampouco com a reforma da casa onde habita, mormente por se encontrar em Área de Preservação Permanente, onde não deve ser realizada nenhuma obra. Prova dos autos que se mostra suficiente para a caracterização de um juízo de probabilidade do direito afirmado e de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, caso a agravante e sua família permaneçam residindo no local, razão pela qual deve ser reformada a decisão recorrida, confirmando-se a antecipação de tutela concedida em sede liminar, a fim de que o Município providencie a cessão de moradia adequada à agravante e aos filhos, em boas condições de habitação, ou efetue o pagamento de aluguel social enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade, ou até o julgamento final da ação originária. AGRAVO PROVIDO, POR MAIORIA.” (Agravo de Instrumento Nº 71006108930, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em 28/09/2016). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acessado em 19/10/16.

⁴⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VULNERABILIDADE HABITACIONAL DO NÚCLEO FAMILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA. PRIORIDADE ABSOLUTA, NOS TERMOS DO ART. 227, CAPUT, DA CF E ARTS. 3º E 4º, DA LEI FEDERAL 8.080/90. PEDIDO DO ENTE MUNICIPAL DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.” (Apelação Cível Nº 70061472924, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 25/03/2015).

fundiária urbana, na medida em que atua na regularização e urbanização de imóveis irregulares e na legalização da posse. Assim, a regularização fundiária urbana será estudada no próximo capítulo como efetivadora do direito fundamental à moradia, à luz do constitucionalismo contemporâneo e no contexto de intersecção entre o público e o privado. Assim as normas infraconstitucionais que tratam da regularização fundiária, serão analisadas em conformidade com a Constituição Federal, buscando dar a maior eficácia possível ao direito fundamental à moradia e à função social da propriedade.

4 A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA COMO CONCRETIZADORA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

“No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influências das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje”.

Sérgio Buarque de Holanda

O crescimento da indústria no Brasil e o conseqüente êxodo rural, ocorrido a partir do início do século passado, geraram uma expansão desordenada nas cidades brasileiras, criando diversos espaços habitacionais em situações irregulares, que carecem de infraestrutura e serviços básicos. Nesse contexto, a informalidade habitacional urbana passou a ser uma das características das nossas cidades. Isso determinou que, em meio ao seu território, surgissem muitas favelas, construções precárias realizadas de forma desordenada, ocupações por meio de posse, loteamentos irregulares, entre outros, demonstrando a face de uma sociedade deficiente, em que as disparidades socioeconômicas preponderam, favorecendo o caminho para a irregularidade como alternativa à solução desse problema. Morar de forma irregular significa marginalizar a condição de cidadão, excluindo-o das garantias asseguradas pela Constituição Federal, ferindo, portanto a sua dignidade.

Segundo os dados das últimas Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) realizadas nos anos de 2011 e 2012, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em fevereiro de 2014 a inadequação fundiária (imóveis em terrenos não legalizados), era de 2,117 milhões de unidades em 2011, e 2,041 milhões em 2012. Isso representa 3,9% e 3,7% dos domicílios particulares permanentes urbanos do país, respectivamente.

Nessa perspectiva, a regularização fundiária mostra-se de extrema importância para o combate à desigualdade nas cidades, visto que permite o acesso ao direito à moradia digna, e em situação de adequação fundiária, pra pessoa que se encontra deslocada do contexto legal das cidades, sem o mínimo de dignidade. Note-se que, por força do determinado no artigo 46, parte final, a regularização

fundiária é o instrumento de concretização do direito social à moradia, do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O presente estudo também considera o processo de usucapião, seja ele judicial ou extrajudicial, como um mecanismo de regularização fundiária, eis que visa a transformar a posse em propriedade, convertendo-se a informalidade em situação jurídica formal. Assim o presente capítulo pretende mostrar uma pesquisa aprofundada acerca dos instrumentos de regularização fundiária urbana existentes, realizada sob a luz do constitucionalismo contemporâneo na perspectiva de intersecções entre o público e o privado.

4.1 A regularização fundiária como mecanismo de combate à informalidade da moradia urbana

As irregularidades fundiárias urbanas no Brasil têm diversas causas, começando por situações de posse precária de áreas públicas ou privadas, de risco, sem qualquer infraestrutura urbana (água, luz, esgoto, asfalto, coleta de lixo, escolas, hospitais, etc), passando por áreas ocupadas com um certo ordenamento e chegando até áreas já perfeitamente urbanizadas, nas quais seus ocupantes possuem contratos particulares ou escrituras públicas de venda e compra desses imóveis e que já formaram bairros. Assim, a irregularidade fundiária é um fenômeno complexo e que não atinge apenas a população de baixa renda, e não pode ser resumido apenas às questões ligadas à urbanização e à formalização do direito de propriedade. É um problema multifatorial, que se espalha indistintamente por segmentos sociais diversos e não pode prescindir de uma abordagem multidisciplinar (FERRAZ, 2005, p. 03).

Em apertada síntese, podem ser exemplificadas as irregularidades como sendo: 1) deficiência de direito real, causadas pela ausência de título de domínio ou pelo não-registro desse título; 2) deficiências edilícias, ocasionadas pela falta de habite-se ou de certidão negativa do Instituto Nacional de Seguridade Social, a construções irregulares, a ofensas de tombamento ou urbanísticas; 3) deficiências do empreendimento referentes a loteamentos clandestinos e irregulares, a incorporações e condomínios ilegais, conjuntos habitacionais irregulares; 4)

deficiência na forma habitacional relativas a moradias localizadas em zona de risco, favelas, cortiços e assentamentos precários (BOSELLI, 2014, P. 431).

Constatada a irregularidade, restam ao Poder Público, duas opções: regularizar ou reverter, já que falhou na prevenção, que seria a melhor solução. A reversão é obtida por meio da desocupação forçada seguida da demolição, trata-se de medida extrema que deve ser evitada e somente utilizada em situações excepcionais como ocupações em áreas de risco e/ou de grande impacto ambiental. A regularização fundiária é sem dúvida alguma a forma mais justa para sanar o problema, eis que se trata de um complexo de medidas destinadas a regularizar os imóveis sob o aspecto dominial. Além do mais, como já dito, o direito à moradia foi alçado a direito fundamental, e por meio da regularização fundiária busca-se a concretização desse direito.

Mas, sem dúvida alguma, são os setores mais pobres da população brasileira os que mais sofrem com a irregularidade fundiária, eis que ela impõe à pessoa a subutilização do imóvel que possui, restringindo seu uso a mero abrigo das intempéries. Tal se deve ao fato de a pessoa que detém mera posse de imóvel, não dispor de direitos fortalecidos e oponíveis *erga omnes*. A população das classes com renda mais baixa normalmente tem seu patrimônio concentrado na casa edificada em terreno irregular. Por isso, os integrantes desses setores sociais apenas dispõem da habitação em um imóvel, sem o respectivo título de propriedade, o que os impede de usá-lo como garantia real para a tomada de empréstimos em instituições de crédito públicas e privadas, com juros mais baixos. Essa irregularidade enclausura os cidadãos em uma cela de insegurança jurídica quanto à ocupação e às transações que têm por objeto esses bens imóveis. Como essas pessoas não são, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, proprietários dos imóveis que ocupam, eis que não detêm o título de propriedade devidamente registrado no registro de imóveis, não têm qualquer estímulo para investir na melhoria das suas casas (FERRAZ, 2005, p. 04).

A regularização fundiária não pode ser vista com o exclusivo objetivo de garantir a moradia juridicamente segura para os menos favorecidos. Ela também é um instrumento fundamental para o crescimento econômico, para a redução das desigualdades e para o combate à pobreza. Ela transforma a vida das comunidades e das famílias favorecidas, interferindo na gestão das cidades e dos territórios

urbanos, já que, regularizados, os assentamentos passam a fazer parte dos cadastros imobiliários municipais, o que viabiliza a realização de políticas públicas.

Frisa-se, desde já, que o processo de regularização fundiária deve ser fruto de um consenso entre os moradores das áreas ocupadas e o poder público, e não uma imposição da administração pública. Deve ser fruto de um acordo com os moradores, que envolva a população nas principais decisões, em uma relação de confiança, e não de convencimento, tendo em vista os benefícios que a Regularização Fundiária trará em prol dessa comunidade. Assim uma abordagem mais democrática da Regularização Fundiária demanda o envolvimento de vários setores da sociedade, tais como a Administração Municipal, Tabelionato de Notas, Registros de Imóveis, Defensoria Pública ou Serviços de Assistência Jurídica, Poder Judiciário, moradores da área a ser regularizada, Ministério Público, Poder Legislativo, Organizações não governamentais e demais instituições interessadas (VIANNA, 2016, p. 56).

Para se compreender a regularização fundiária, é necessário tecer algumas considerações históricas sobre a Política Urbana prevista no período anterior à Constituição Federal de 1988.

O marco legislativo remonta ao ano de 1937 com a promulgação do decreto-lei 58/1937 que regulamentava os direitos dos adquirentes de lotes urbanos frente aos abusos da liberdade contratual, sendo que não havia especificações de ordem urbanística em si. Já em 1964 foi promulgada a Lei 4.380/1964, criando o sistema financeiro da habitação e a Lei 4.591/1964 que passou a disciplinar a incorporação imobiliária e a regulamentar os condomínios edilícios, impulsionando o mercado imobiliário brasileiro. Com a Lei 5.107/1966, foi criado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que, ao lado da proteção dos direitos dos trabalhadores, surgiu como base de captação de recursos e empréstimos para a aquisição da casa própria. Nessa mesma lei também foi criado o Banco Nacional de Habitação que passou a gerir os recursos captados junto ao FGTS e a realizar as operações de crédito imobiliário (BOSELLI, 2014, p. 427).

Após foi promulgado o decreto-lei 217/1967 que trata do condomínio de lotes e da concessão de uso. Mas foi somente com a promulgação da lei federal 6.766/1979 que se estabeleceu um regramento uniforme para as diversas formas de ocupação das cidades, criando regras sobre o parcelamento do solo, com exigências legais para a sua implantação, bem como se definiram crimes e sanções para

aqueles que não respeitassem as regras acerca do adequado parcelamento do solo e se propiciou uma maior proteção jurídica do adquirente. A lei Também criou mecanismos de proteção de aspectos urbanísticos relevantes que até então eram desconsiderados pelo legislador brasileiro. A referida lei, no entanto, tratou apenas dos desmembramentos e parcelamentos irregulares ou clandestinos, não tratando das demais hipóteses de regularização fundiária que deveriam ter sido abordadas. (BOSELLI, 2014, p. 426-428).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da Política Urbana prevista na Constituição Federal, que estabeleceu dois tipos de normas sobre o direito urbanístico: normas de competência legislativa; e normas sobre as diretrizes da política urbana. Assim foi redefinida a estrutura administrativa, delegando competências aos entes federados, dentre as quais os Municípios. De acordo com o artigo 23 do texto constitucional, é competência da União, Estados e Municípios a *“promoção e implementação de programas para construções de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”* (inciso IX), bem como determina o *“combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”* (inciso X). Portanto, nessa descentralização administrativa, a Constituição preleciona que todos os programas habitacionais passam a ser desenvolvidos pelos entes federados em conjunto, ou pela adesão a um programa nacional.

No tocante à política urbana, merecem registro os artigos 182 e 183 da Constituição Federal: o primeiro estabelece que *“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”*; o segundo, prevê o usucapião urbano para *“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.”*

Assim a Constituição Federal, em respeito à estrutura federativa, determina que as diretrizes gerais e básicas para a organização e reorganização das Cidades sejam fixadas pelo Governo Federal, que assim pode estabelecer regras de ordem geral de conteúdo urbanístico, social e ambiental. Mas a política específica de

desenvolvimento urbano cabe aos Governos Municipais, que devem promover o seu implemento, observando o exato atendimento às necessidades e exigências do bem-estar coletivo. Assim a “função social” a ser convertida em regra positivada pelo plano diretor possui o objetivo de estabelecer os padrões de crescimento, ordenando a reorganização das cidades em atenção às peculiaridades e carências locais. Note-se que a Constituição exige plano diretor e não lei diretora, que deve ser abrangente, regrando e considerando toda a área da Cidade, enfeixando num único documento todas as posturas urbanísticas. O plano diretor tem a função de dar estabilidade e segurança jurídica, para alicerçar o crescimento sustentável, que possa escapar aos interesses de sentido imobiliário especulativo ou eleitoral (SALLES, 2014, p. 84).

Portanto, a propriedade urbana é regulamentada pelo Plano Diretor de cada Município, que lhe dá forma, determinando as possibilidades de uso e ocupação do solo, da propriedade, segundo critérios pré-estabelecidos pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). O direito à moradia, conforme já demonstrado, foi incluído no texto constitucional por força da Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou a redação original do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, atribuindo a ele *status* de direito social, compromisso este assumido pelo Brasil por ser signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entre outros tratados internacionais.

Nesse diapasão, para regulamentar o capítulo da política urbana, bem como assegurar formas de garantir o direito à moradia, foi promulgada a Lei 10.257/01, denominada de Estatuto da Cidade, que regulamenta uma série de instrumentos jurídicos e urbanísticos, reafirmando o papel central do Plano Diretor como eixo principal da regulação urbanística das cidades, garantindo o pleno desenvolvimento das cidades e a função social da propriedade urbana, a qual permite aos Municípios a adoção de meios necessários para a urbanização e a legalização dos assentamentos, juntamente com a participação da população na formulação e execução das políticas públicas.

O Plano Diretor consiste na principal ferramenta da política de desenvolvimento e expansão urbana, devendo estar condicionada a fatores políticos, econômicos, financeiros, culturais, ambientais e sociais inerentes à realidade de cada município em consonância com os interesses da população que

deve participar ativamente de sua elaboração. Ele traça as diretrizes e os objetivos da Política Urbana e de regularização fundiária, entre outras, além de consolidar os instrumentos urbanísticos e jurídicos previstos no Estatuto da Cidade para efetivação dessas políticas⁵⁰.

Além do Plano Diretor, o Estatuto da Cidade deu especial ênfase aos instrumentos jurídicos especificamente destinados à regularização fundiária e à reurbanização de áreas ocupadas informalmente por população de baixa renda, a seguir dispostos. Entre eles destaca-se a usucapião urbana, prevista no artigo 9 e seguintes⁵¹, que se aplica a imóveis urbanos, particulares, com área de até 250 m², ocupados por 5 anos ininterruptos para fins de moradia e sem contestação judicial (oposição) por parte do proprietário legal. O beneficiário não pode possuir outro imóvel urbano ou rural. A Usucapião Urbana pode ser utilizada na modalidade individual ou coletiva. Nesta última, deve ser especificada a fração ideal de cada terreno. O título da Usucapião Urbana pode ser obtido por meio de sentença judicial ou pela via extrajudicial, conforme será explicitado mais adiante.

Já o Direito de Superfície permite que o proprietário de imóvel urbano possa transferir para outras pessoas o direito sobre a superfície do seu terreno (solo, subsolo ou espaço aéreo), por tempo determinado ou indeterminado, sem que a propriedade seja transferida⁵². A concessão do direito de superfície deverá ser

⁵⁰ O Plano Diretor é também denominado de Plano Diretor Participativo – PDP, eis que em sua elaboração e fiscalização deve contar com a participação popular por meio de audiências públicas e de debates com a população e com associações representativas de vários segmentos da sociedade. Encontra-se previsto nos artigos 39 e seguintes do Estatuto das Cidades. Ressalta-se que o artigo 40 determina que “O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Já o artigo 41 Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012).

⁵¹ Trata-se de disposição semelhante a constante no artigo 183 da Constituição Federal e no artigo 1.240 do Código Civil.

⁵² O artigo 21 do Estatuto das Cidades assim dispõe sobre o direito de superfície: “O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística. § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa. § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo. § 4º O

realizada mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. Na regularização fundiária urbana, essa ferramenta representa um papel importante, ao permitir que o proprietário de uma área urbana ocupada conceda o direito de superfície ao Município, para que este promova a urbanização e depois a regularização fundiária em favor da população ocupante⁵³.

A Concessão de Direito Real de Uso foi instituída pelo Decreto-lei nº 271/1967 e aperfeiçoada pelo Estatuto das Cidades, que autoriza sua contratação coletiva, podendo ser remunerada ou gratuita, sendo aplicada em terrenos públicos ou particulares, por tempo certo ou indeterminado⁵⁴. Será abordado de forma mais aprofundada juntamente com a concessão de uso especial para fins de moradia, quando do estudo da regularização fundiária em áreas públicas. Merecem, ainda, ser mencionados os instrumentos da outorga onerosa do direito de construir, o direito de preempção, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas.

O Estatuto das Cidades também criou as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) que concebem o reconhecimento da diversidade das ocupações existentes na cidade e a possibilidade de construção de uma legalidade dos assentamentos, tanto na qualificação como na regularização das áreas ilegais, quanto na democratização do acesso à cidade provida de infraestrutura, regulando também a atuação do mercado imobiliário.⁵⁵ Assim a regularização fundiária se

direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo. § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.”

⁵³ O Código Civil em seus artigos 1369 e seguintes também dispôs de forma semelhante sobre o direito de superfície, mas ampliou a incidência também para os imóveis rurais.

⁵⁴ Assim dispõe o artigo 48: “Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, os contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos: I – terão, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no inciso II do art. 134 do Código Civil; II – constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais.”

⁵⁵ Segundo VIANNA Os objetivos do estabelecimento de ZEIS são os seguintes: a) Inclusão social a partir de ações de promoção social, geração de emprego e renda e a oportunidade de acesso a terra legalizada; b) Previsão de serviços públicos, infra-estrutura, equipamentos comunitários e áreas livres de lazer e integração do tecido urbano informal à cidade formal; c) Introdução de mecanismos de gestão participativa para a sustentabilidade dos assentamentos que serão regularizados; d) Preservação ambiental a partir de ações direcionadas tanto à educação ambiental quanto à requalificação das áreas degradadas; e) Estabelecimento de padrões desejáveis de uso e ocupação do solo com parâmetros de ocupação dos lotes, recuos e coeficientes de aproveitamento de acordo com as características das ocupações locais e perfil social dos ocupantes, funcionando como um instrumento de inibição contra as ações especulativas do mercado; f) Aumento da oferta de terras para a população de baixa renda; g) Regularização fundiária, assegurando juridicamente a posse dos lotes aos ocupantes de baixa renda (2016, p. 58 e 59).

amplia como um compromisso público para garantir a permanência da população beneficiada no local onde reside (VIANNA, 2016, p. 58 e 59). Por fim o Estatuto das Cidades estabelece a gratuidade de justiça nas demandas de usucapião especial urbano e nos atos de registro⁵⁶. E ainda, com o propósito de garantir uma maior celeridade e economia processual, determina que a usucapião especial urbana pode ser alegada como matéria de defesa e que a sentença que a declarar será o próprio título para ingresso junto ao registro de imóveis⁵⁷.

Do ponto de vista de evolução legislativa, a Lei nº 11.977/2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV”, além de tratar da questão do acesso à moradia e do registro eletrônico de imóveis, ampliou consideravelmente o tratamento acerca dos temas de política urbana, dispondo sobre a regularização fundiária. Entre os avanços é preciso destacar: a) definição de competências e responsabilidades dos envolvidos no processo de regularização fundiária, atribuindo aos municípios a competência para disciplinar os processos de regularização dentro do seu território; b) distinção entre regularização fundiária de interesse social e regularização fundiária de interesse específico; c) obrigatoriedade do projeto de regularização fundiária; d) regularização jurídica de glebas parceladas para fins urbanos anteriores à Lei 6.766/1979, simplificando as exigências para o registro dos parcelamentos já implantados e integrados à cidade; e) criação de instrumentos como a demarcação urbanística e a legitimação de posse, aplicados na regularização fundiária de interesse social, dispensando-se o processo judicial (BOSELLI, 2014, p. 429).

A Lei nº 11.977/2009, em seu artigo 46, conceitua a regularização fundiária urbana como um 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. As irregularidades constantes nos assentamentos urbanos brasileiros normalmente se referem à deficiência ou ausência de titulação, eis que se trata de ocupação de área pública ou privada sem

⁵⁶ É o que determina o seu artigo 12, § 2º do Estatuto das Cidades: “O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.”

⁵⁷ Nesse sentido o artigo 13, assim determina: “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.”

o respectivo título jurídico. Mas também podem ser decorrentes de desconformidade com a legislação urbanística e ambiental.

O artigo 48 da Lei nº 10.257/2001 traz os seguintes princípios que devem nortear o processo de regularização: a) ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda; b) articulação com as políticas setoriais de habitação; c) ampla participação dos interessados no processo de regularização; d) estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e e) concessão do título preferencialmente para a mulher.

Assim, a legislação que trata da regularização fundiária urbana possui instrumentos específicos para corrigir cada forma de irregularidade. A legislação específica das últimas décadas tem ampliado, de modo significativo, quer criando novos instrumentos, quer ampliando a aplicabilidade dos instrumentos já existentes no ordenamento jurídico pátrio. É o que ocorre com a usucapião que sofreu uma ampliação das suas espécies tradicionais, e, desse modo, “hoje se fala em usucapião coletivo (além da tradicional concepção de usucapião individual), usucapião especial (além das figuras clássicas de usucapião ordinária e extraordinária) e até extrajudicial (em contraponto à usucapião judicial)” (AMADEI, 2014, p. 205). A ação de usucapião, por se tratar de um mecanismo de regularização fundiária, eis que transforma a posse em propriedade, será abordada de forma detalhada no próximo subcapítulo.

Por fim, é preciso destacar que no processo de regularização fundiária urbana devem ser seguidos os postulados da melhoria contínua das condições de vida e da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais e sociais, eis que consolida patamares mínimos para que o direito fundamental à moradia adequada seja plenamente materializado no Brasil (BENACCHIO; CASSETTARI, 2014, p. 68). Assim é necessário que se reconheça a mudança de paradigma no sistema registral imobiliário, em que o epicentro da proteção incondicional da propriedade privada dá lugar à função social da propriedade (ALMEIDA, 2014, p. 463). Ao se interpretar os instrumentos de regularização fundiária, que serão a seguir analisados, deve-se lembrar que, a partir da constitucionalização do direito privado, surge o fenômeno da “repersonalização” do direito que coloca a pessoa e não mais o patrimônio no centro do ordenamento jurídico.

Assim, pode-se dizer que a regularização fundiária é um importante mecanismo de combate à informalidade da moradia urbana, que objetiva sobretudo melhorar a qualidade de vida das pessoas mais pobres, que são as que mais sofrem com a irregularidade fundiária, eis que ela impõe à pessoa a subutilização do imóvel que possui, restringindo seu uso a mero abrigo das intempéries.

4.2 Instrumentos normativos judiciais e extrajudiciais de regularização fundiária na legislação brasileira

Destacam-se no ordenamento jurídico pátrio os seguintes instrumentos de regularização fundiária: a) regularização fundiária de interesse social (artigos 53 à 60 da Lei nº 11.977/2009); b) regularização fundiária de interesse específico (artigos 61 e 62 da Lei nº 11.977/2009); c) regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos (artigo 71 Lei nº 11.977); d) regularização fundiária em imóveis do patrimônio público (Medida Provisória 2.220/2001; artigo 7º do Decreto-lei 271/1967, com redação determinada pela Lei 11.481/2007; demais disposições da Lei 11.481/2007 que disciplina a regularização fundiária em áreas públicas; Lei 11.952/2009). E, em um sentido mais amplo de regularização fundiária, podemos considerar, ainda, o processo de usucapião, seja ele judicial ou extrajudicial, eis que visa a transformar a posse em propriedade e que devido a suas peculiaridades será analisado no próximo subcapítulo.

A Lei nº 11.977/2009⁵⁸ é o texto legal mais completo sobre a regularização fundiária existente no ordenamento jurídico brasileiro, pois, além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, trata com detalhes das regras procedimentais e dos novos instrumentos jurídicos. Possui dois objetivos específicos, mas interligados: a

⁵⁸ A Lei 11.977/2009 se origina da Medida Provisória 459/2009, de modo que não foi devidamente debatida com a sociedade, nesse sentido é a crítica de SALLES: “Estranha-se que a providência tenha vindo inicialmente montada no corpo de Medida Provisória, pois a questão urbana, que é secular, conquanto necessária e impregnada de certa urgência, não atende ou cumpre os pressupostos constitucionais que autorizam produção legislativa direta pelo Executivo. O processo legislativo democrático exige respeito e a tripartição não poderia ser tão vilipendiada pelo aqodamento do Chefe de Estado. Evidente a ausência de uma discussão ampla, com a participação de interlocutores à altura, para esclarecer, reivindicar, interferir, modificar ou acrescentar sugestões e orientações que poderiam afastar pequenas máculas e desvios, dando melhores condições ao projeto e não submetendo o interprete a um grandioso esforço para a superação de entraves e dificuldades. Ademais, a discussão parlamentar daria maior legitimidade ao texto normativo.” (2012, p. 244).

regularização de assentamentos irregulares, que em breve síntese, é a formalização registral do parcelamento do solo, com o nascimento jurídico das unidades habitacionais, representadas por uma matrícula autônoma; e a titulação de seus ocupantes, representada pelo registro do direito cabível na referida matrícula (AUGUSTO, 2013, p. 421).

A legitimidade ativa para iniciar o procedimento de regularização fundiária, nos termos do artigo 50 da Lei nº 11.977/2009, é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e também dos beneficiários, individual ou coletivamente. A lei ainda confere legitimidade a várias outras entidades civis ligadas aos beneficiários ou que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária. Mas a Lei, de forma democrática, garante a participação dos beneficiários em todas as suas fases, independentemente de quem seja o requerente. A Corregedoria Nacional de Justiça, por meio do provimento nº 44, ampliou a legitimidade para incluir entre os legitimados quem promoveu o parcelamento, mas com a ressalva de que o registro da regularização não exime aquele que haja promovido o parcelamento da responsabilidade civil, administrativa ou criminal, ainda que ele próprio promova a regularização fundiária urbana.

O processo de registro da regularização fundiária urbana, em quaisquer de suas fases, independerá de manifestação judicial ou do representante do Ministério Público⁵⁹, instaurando-se mediante requerimento escrito, acompanhado do projeto de regularização fundiária, e será dirigido ao oficial de registro da situação

⁵⁹ O artigo 5º do Provimento nº 44 da Corregedoria Nacional de Justiça determina que: “O processo de registro da regularização fundiária urbana, em quaisquer de suas fases, independerá de manifestação judicial ou do representante do Ministério Público, instaurando-se mediante requerimento escrito, dirigido ao oficial de registro da situação do imóvel. § 1º Tratando-se de registro de parcelamento, serão apresentados e autuados, com o requerimento: I – certidão atualizada da matrícula ou transcrição do imóvel, quando o registro anterior estiver em circunscrição diversa; II – certidão atualizada de atos constitutivos, quando os requerentes forem 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 – projeto de regularização fundiária, aprovado pelo Poder Público competente, com a definição, no mínimo, dos seguintes elementos: a) planta do parcelamento assinada por profissional legalmente habilitado, aprovada pelo Poder Público competente, contendo as subdivisões das quadras, as dimensões e numeração dos lotes, logradouros, espaços livres, vias de circulação existentes ou projetadas, e outras áreas com destinação específica; b) quadro indicativo das áreas ocupadas pelos lotes, logradouros, espaços livres, vias de circulação existentes ou projetadas, e outras áreas com destinação específica, caso tais dados não constem de planta referida no inciso anterior; c) memorial descritivo da gleba, da área parcelada, dos lotes, dos bens públicos e das demais áreas; d) medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais;”

do imóvel. O projeto de regularização assemelha-se ao projeto de loteamento, eis que ambos têm como objetivos a formalização do parcelamento do solo para possibilitar o surgimento jurídico de novas matrículas individualizadas de cada unidade habitacional e dos espaços públicos englobados.

Ressalta-se que, na hipótese de desconformidade dos interessados com as decisões tomadas pelo oficial de registro de imóveis, que deverão ser escritas e fundamentadas, em especial quando qualificar negativamente o pedido de registro ou de averbação da regularização fundiária urbana, poderá ser suscitada a dúvida, na forma do artigo 198 da Lei n. 6.015/1973.

A regularização fundiária prevista na Lei nº 11.977/2009 não se aplica à regularização fundiária de assentamentos rurais. Para fins de regularização fundiária pela Lei nº 11.977/2009 o imóvel é considerado como urbano, segundo o previsto nos incisos I e II do seu artigo 47, ainda que esteja cadastrado como rural junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Note-se, ainda, que a regularização fundiária urbana independe de averbação de cancelamento de cadastro do imóvel rural, cabendo ao registrador, após a conclusão dos procedimentos de inscrição, enviar comunicação ao INCRA para os devidos fins⁶⁰.

A Lei nº 11.977/2009, como já referido, criou duas modalidades diversas de regularização fundiária urbana, a de interesse social e a de interesse específico. A primeira, nos termos do inciso VII do artigo 47, com a redação determinada pela Lei nº 12.424/2011, é definida como regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos: a) em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos; b) de imóveis situados em ZEIS; ou c) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

A regularização fundiária de interesse específico é utilizada para a regularização das demais hipóteses, ou seja, para as hipóteses não enquadradas como de interesse social. Assim inicia-se a análise pelo procedimento de regularização fundiária de interesse social, que é mais completo e que serve de paradigma para o procedimento de regularização específica.

⁶⁰ Nesse sentido é a determinação contida no artigo 8º do Provimento nº 44 da Corregedoria Nacional de Justiça.

Salienta-se, desde já, que inexistente um procedimento padrão de regularização fundiária a ser observado. Não há uma fórmula mágica a ser aplicada para regularizar parcelamentos do solo. Os assentamentos objeto de regularização encontram-se consolidados, enraizados pelo decurso do tempo, o que impede a padronização da solução para as questões jurídicas, urbanísticas, sociais e ambientais (GÓES, 2014, p. 271).

Pela sistemática apresentada pela Lei nº 11.977/2009, o procedimento de regularização fundiária de interesse social apresenta três etapas: a) a fase preliminar, que pode ser subdividida: na elaboração do projeto, a cargo do interessado e do poder público; aprovação do projeto; e lavratura do auto de demarcação urbanística; b) fase procedimental, consistente na regularização do parcelamento do solo, procedimento presidido pelo registrador de imóveis; c) fase complementar, que é o registro em favor dos beneficiários, realizado na matrícula individualizada da unidade habitacional, apenas se comprovado o direito e quando provocado pelo interessado (AUGUSTO, 2013, p. 423). Salienta-se que a regularização fundiária pode ser feita por etapas, sendo que o processo e os atos de registro da regularização fundiária urbana poderão fazer-se por fases⁶¹.

O projeto de regularização fundiária deverá ser submetido à admissão pelo Município. A aprovação municipal prevista corresponde ao licenciamento urbanístico do projeto de regularização fundiária de interesse social, bem como ao licenciamento ambiental, se o Município tiver conselho de meio ambiente e órgão ambiental capacitado. Não havendo esse órgão na estrutura do Município, será necessário o licenciamento do órgão ambiental estadual.

Após a aprovação do projeto, será lavrado pelo Município o auto de demarcação urbanística, que terá como base o levantamento da situação da área a ser regularizada e a caracterização própria da ocupação⁶². Sobre o auto de

⁶¹ É o que determina o artigo 4º do Provimento nº 44 da Corregedoria Nacional de Justiça.

⁶² Por força do artigo 56, § 1º, incisos I, II, e III da Lei nº 11.977/2009, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011 o auto de demarcação urbanística deverá estar instruído com os seguintes documentos: “I - planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, nos quais constem suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, número das matrículas ou transcrições atingidas, indicação dos proprietários identificados e ocorrência de situações mencionadas no inciso I do § 5º; II - planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e, quando possível, com a identificação das situações mencionadas no inciso I do § 5º; e III – certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.”

demarcação urbanística, PAIVA sustenta que o grande e inovador instrumento de regularização fundiária é, sem dúvida, a possibilidade, conferida ao poder público, de lavrar o referido auto, que consiste em um ato administrativo, por meio do qual o promovente da regularização proclama a intenção de realizar a regularização, reunindo em um só auto os documentos que demonstram a demarcação realizada (2012, p 12).

Caberá, ainda, ao Poder Público notificar os órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados, previamente ao encaminhamento do auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias, basicamente sobre: a) a anuência ou oposição ao procedimento; b) os limites definidos no auto de demarcação urbanística; c) a eventual titularidade pública da área.

Após, o poder público deverá dar continuidade à demarcação, encaminhado o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis da situação do imóvel. Cabe ao oficial de registro de imóveis proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto. Após, deverá notificar pessoalmente o proprietário da área e, por edital, os confrontantes e eventuais interessados para, querendo, apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, impugnação à averbação da demarcação urbanística. É importante ressaltar que para os atos de registro de regularização fundiária de interesse social é suficiente a declaração do Município de que a área pode ser objeto dessa modalidade de regularização, mas quando a União, os Estados ou o Distrito Federal forem os promotores cabe a eles prestarem tal declaração. Também não obsta a regularização a existência de áreas com ocupação não residencial⁶³.

Havendo impugnação, o oficial do registro de imóveis deverá, em um primeiro momento, notificar o poder público para que se manifeste no prazo de 60

⁶³ Nesse sentido é a determinação contida no artigo 10º do Provimento nº 44 da Corregedoria Nacional de Justiça: “Para os atos de registro de regularização fundiária de interesse social é suficiente a declaração do Município de que a área pode ser objeto dessa modalidade de regularização, segundo o previsto no art. 47, VII, da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. § 1º. Caberá à União, aos Estados ou ao Distrito Federal declarar que a área pode ser objeto de regularização fundiária de interesse social, quando um deles for o promotor. § 2º Não obsta a regularização a existência de áreas com ocupação não residencial.”

(sessenta) dias. O poder público poderá propor a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada. Ressalta-se, que ocorrendo impugnação apenas em relação à parcela da área objeto do auto de demarcação urbanística, o procedimento de regularização poderá seguir em relação à parcela não impugnada. De qualquer forma, tendo ocorrido a impugnação do pedido de averbação da demarcação urbanística, caberá ao oficial de registro dos imóveis buscar a tentativa de conciliação entre o impugnante e o poder público, conforme determina o § 9º do art. 57 da Lei nº 11.977/2009. Sendo inexitosa a conciliação, deverá o registrador indeferir o pedido de averbação da demarcação urbanística no que se refere à área impugnada, ou seja, irá proferir uma qualificação negativa formal.

Não ocorrendo impugnação ou havendo conciliação, e estando o registrador convicto da regularidade do auto de demarcação urbanística, deverá averbar o título em todas as matrículas atingidas. Em não existindo matrícula para a área atingida, deverá o registrador proceder a abertura da matrícula, que por não ter origem em outro título anterior, não terá nenhum titular, pois o domínio somente será reconhecido após a fase complementar. Assim sempre que não for possível identificar a exata origem da parcela demarcada deverá constar na matrícula a expressão “proprietário não identificado”⁶⁴.

⁶⁴ É o que depreende da interpretação do artigo 66 da Lei nº 11.977/2009 que assim determina: “O registro do parcelamento resultante do projeto de regularização fundiária deverá importar: I – na abertura de matrícula para toda a área objeto de regularização, se não houver; e II – na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do projeto de regularização fundiária. Tal solução é determinada expressamente pela artigo 15 do Provimento nº 44 da Corregedoria Nacional de Justiça: “O oficial de registro abrirá matrícula para a área demarcada, se: I – não houver registro anterior; II – o registro anterior for transcrição; III – o registro anterior for matrícula, mas a área demarcada não coincidir com a que já estiver matriculada; ou IV – o registro anterior for matrícula de outra circunscrição imobiliária. Parágrafo único. Na matrícula nova: I – a descrição do imóvel será a do auto de demarcação urbanística, a ser elaborada com os requisitos previstos nos artigos 176 e 225 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e II – nos campos referentes ao registro anterior e ao proprietário constarão: a) a matrícula ou a transcrição anterior e o nome dos respectivos proprietários, quando for possível identificar a exata origem da área demarcada, por meio de planta de sobreposição com os registros existentes; b) a expressão “proprietário não identificado”, quando não for possível identificar a exata origem da parcela demarcada, dispensando-se, neste caso, os requisitos dos itens 4 e 5 do inciso II do art. 176 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e c) na matrícula do lote ou da unidade autônoma, em vez do determinado nos itens anteriores, na hipótese de multiplicidade de proprietários, a advertência “proprietários indicados na matrícula de origem”, no campo destinado à indicação do proprietário.

Depois da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto de regularização fundiária⁶⁵ e submeter o parcelamento dele decorrente a registro⁶⁶. Para o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social, não é necessário o atendimento dos requisitos constantes na Lei nº 6.766/1979. Após o registro do parcelamento, o imóvel do assentamento deixa de existir e surgem inúmeros outros imóveis, representados por novas matrículas de todos os lotes e áreas públicas. Em cada matrícula deverá ser feita averbação com as restrições urbanísticas e ambientais existentes. As matrículas serão abertas com os nomes dos proprietários das matrículas ou transcrições originárias, ou, na hipótese de não haver registros anteriores, deverá constar na matrícula a expressão “proprietário não identificado”. Na hipótese de multiplicidade de proprietários, deverá constar apenas a advertência “proprietários indicados na matrícula de origem”, no campo destinado à indicação do proprietário. Quando se tratar de áreas públicas, serão abertas novas matrículas, já com o nome do ente público correspondente.

As novas matrículas deverão ser abertas sem a descrição das construções existentes, uma vez que grande parte das construções estará em situação de desacordo com as normas municipais, o que tornaria inviável a regularização fundiária. A averbação da construção civil caberá ao interessado, quando possível, sendo que não será obrigado a apresentar a Certidão Negativa de

⁶⁵ O projeto de regularização fundiária deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos: “I – as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas; II – as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público; III – as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei; IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; V – as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica. § 1º O projeto de que trata o caput não será exigido para o registro da sentença de usucapião, da sentença declaratória ou da planta, elaborada para outorga administrativa, de concessão de uso especial para fins de moradia. § 2º O Município definirá os requisitos para elaboração do projeto de que trata o caput, no que se refere aos desenhos, ao memorial descritivo e ao cronograma físico de obras e serviços a serem realizados. § 3º A regularização fundiária pode ser implementada por etapas. (Artigo 51 da Lei nº 11.977/2009).

⁶⁶ Nos termos do artigo 65 da Lei nº 11.977/2009: “O registro do parcelamento resultante do projeto de regularização fundiária de interesse social deverá ser requerido ao registro de imóveis, acompanhado dos seguintes documentos: I – certidão atualizada da matrícula do imóvel; II – projeto de regularização fundiária aprovado; III – instrumento de instituição e convenção de condomínio, se for o caso; e IV – no caso das pessoas jurídicas relacionadas no inciso II do art. 50, certidão atualizada de seus atos constitutivos que demonstrem sua legitimidade para promover a regularização fundiária.

Débito para com a Previdência Social, nos termos da alínea “e” do § 6º do art. 47 da Lei n. 8.212/1991.

A fase final do processo de regularização fundiária de interesse social ocorre de forma dispersa, eis que o assentamento desapareceu e surgiram as unidades autônomas. A partir do cadastro elaborado pelo poder público serão emitidos títulos de legitimação de posse aos ocupantes. A verificação dos requisitos da legitimação de posse será feita pelo órgão público concedente. Caso o título não faça referência à verificação desses requisitos, o oficial exigirá, para o registro, com espeque no artigo 18 do provimento antes mencionado, que o legitimado declare expressamente, por escrito com firma reconhecida, que: “I – não é concessionário, foreiro ou proprietário de outro imóvel urbano ou rural; e II – não é beneficiário de legitimação de posse concedida anteriormente.” Salienta-se, que com as alterações produzidas pela Lei 12.424/2011, não existe mais a limitação de 250 metros quadrados do tamanho do lote para a obtenção do título de legitimação de posse.

O título de legitimação de posse poderá ser extinto pelo poder público, sempre que constatar que o emitente não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos. Após a extinção do título, o poder público solicitará ao oficial de registro de imóveis a averbação do seu cancelamento.

A conversão de legitimação de posse em propriedade será feita por meio de requerimento ao oficial de registro de imóveis, atendidos os requisitos previstos no art. 60 da Lei n. 11.977/ 2009⁶⁷. Tem-se aqui uma das modalidades de usucapião extrajudicial em que a legitimação de posse é convertida em registro de propriedade

⁶⁷ Que assim dispõe: “Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. § 1º Para requerer a conversão prevista no caput, o adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. § 2º As certidões previstas no inciso I do § 1º serão relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público. § 3º No caso de área urbana de mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião. (Incluído pela Lei nº 12.424/ 2011).

diretamente pelo registrador de imóveis sem a necessidade de qualquer interferência do Poder Judiciário.

Feitas essas considerações sobre o procedimento de regularização fundiária de interesse social, passa-se a analisar as supostas inconstitucionalidades que existiriam em seu texto legal. A primeira delas diz respeito ao artigo 58, § 2º que determina “O título de que trata o § 1º será concedido preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel.”

Sobre o referido dispositivo, AUGUSTO afirma “é de flagrante inconstitucionalidade, pois cria uma discriminação em decorrência do sexo (vedado pelo inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, além de modificar o contido no § 1º do artigo 183 da Constituição que trata da usucapião especial” (2013, p. 441). Em sentido oposto, manifesta-se BOSELLI, afirmando que o princípio da igualdade previsto na constituição é o material e não o formal e que, ao longo da história, a mulher sempre foi objeto de discriminações, sendo que o legislador infraconstitucional, considerando que a mulher sempre foi encarregada, ao longo dos séculos, do cuidado e zelo pela família e proteção dos filhos, entendeu que, em sendo concedida a legitimação da posse à mulher, a proteção constitucional à família e aos filhos estaria melhor assegurada (2014, p. 443).

A antinomia entre o disposto no artigo 58, § 2º da Lei nº 11.977/2009, e os dispositivos constitucionais, é apenas aparente, uma vez que, de fato, não há conflito. Veja-se que o fato de o imóvel estar registrado no nome da mulher não retira do marido ou companheiro os seus direitos sobre o imóvel. Na eventual partilha dos bens do casal, ocorrida em virtude de divórcio ou de dissolução de união estável, o homem terá os seus direitos de meação assegurados. Salienta-se, no entanto, que em sendo o casal casados pelo regime da separação convencional de bens os direitos deverão ser concedidos a ambos os cônjuges.

A outra questão versa sobre a conversão da legitimação de posse em propriedade por usucapião, prevista no artigo 60 da lei 11.977/2009, quando a posse for de imóvel público, face à proibição de usucapião de bens públicos instituída nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal. De um lado tem-se a imprescritibilidade da propriedade dos bens públicos, que não podem ser adquiridos por usucapião, por força de disposição expressa contida na Constituição Federal. Mas de outro lado existem ocupações consolidadas

de terras públicas, que por força da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia, reclamam a titulação aos ocupantes.

Note-se que, se a regularização fundiária de interesse social for realizada em área pública, a conversão da posse em propriedade somente poderá ser feita com a anuência do ente público titular da área. Aqui não se trata de violação expressa a determinação constitucional de que o imóvel público não pode ser usucapido, uma vez que o poder público, como qualquer outro proprietário pode alienar o imóvel de sua propriedade (neste caso, ocorre a desafetação do bem público, que será destinado ao fim específico da regularização fundiária, conforme previsto na Lei 11.977/2009). A vedação constitucional é de que nenhum imóvel pode ser usucapido contra a vontade do poder público (AUGUSTO, 2013, p. 427).

A destinação do imóvel público à regularização fundiária atende aos princípios da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia também insculpidos na Constituição Federal. Não existem dúvidas de que, ao destinar à regularização um imóvel que já se encontra ocupado por pessoas com baixo poder aquisitivo, o poder público está atendendo à função social da propriedade e agindo de forma solidária e com isso contribuindo para a redução das desigualdades sociais, combatendo a pobreza e conseqüentemente promovendo o desenvolvimento econômico do País.

Note-se que a administração Pública não está sendo compelida a emitir títulos de legitimação de posse que posteriormente, serão convertidos em pleno domínio. Mas, agindo de forma voluntária, pode optar por buscar a reintegração de posse, que seria uma medida extrema e que sempre causa graves problemas sociais, ou então continuar na titularidade do imóvel, mas optar pela concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso.

Assim o disposto no artigo 60 da Lei n. 11.977/2009 não contraria a proibição constitucional contida nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal que impede que os imóveis públicos sejam adquiridos por usucapião, eis que ele pode dispor desse bem concordando expressamente com a regularização de posse e com a emissão do título de legitimação de posse e com a conseqüente conversão em pleno domínio.

Com o propósito de facilitar a efetivação da regularização fundiária de interesse social, o Legislador ordinário estabeleceu no artigo 68 da Lei 11.977/2009 que “não serão cobradas custas e emolumentos para o registro do auto de demarcação urbanística, do título de legitimação e de sua conversão em título de propriedade e dos parcelamentos oriundos da regularização fundiária de interesse social”. A Corregedoria Nacional de Justiça, por meio do provimento nº 44, ampliou a sua aplicação ao estabelecer no seu artigo 30 que “não serão cobradas custas e emolumentos para os atos de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública.⁶⁸”

De outra banda, a regularização fundiária de interesse específico não possui o caráter de interesse social referido pelo inciso VII do artigo 47 da Lei no 11.977. Destina-se à regularização de parcelamentos irregulares ocorridos já sob a vigência da atual lei de parcelamento do solo, devendo observar a execução de projeto específico de regularização fundiária, elaborado de acordo com as diretrizes fixadas pelos artigos 51 e 62 da Lei no 11.977/2009, devidamente aprovado pelo Município, o qual deverá observar, também, as disposições da Lei no 6.766/1979, conforme dispôs o artigo 64 da Lei no 11.977/2009, e com as mitigações autorizadas por seu artigo 52. É destinada, geralmente, à parcela da população que detém um maior poder aquisitivo, e que embora se encontre em áreas irregulares, tem possibilidade de promover, por si, a regularização fundiária dessas áreas com ou sem o auxílio da administração pública.

Já a regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos destina-se a promover a regularização do registro de parcelamento de loteamentos implantados de acordo com a legislação vigente anteriormente ao advento da atual Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei no 6.766/1979), está disciplinada no artigo 71 da Lei 11.977/2009 que estabelece que “as glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979 que não possuírem registro poderão ter

⁶⁸ E no artigo 31 determinou, ainda, que devem ser realizados independentemente do recolhimento de custas e emolumentos: “I – o primeiro registro de direito real constituído em favor de beneficiário de regularização fundiária de interesse social em áreas urbanas; II – a primeira averbação de construção residencial de até 70 m² (setenta metros quadrados) de edificação em áreas urbanas objeto de regularização fundiária de interesse social; III – o registro de título de legitimação de posse, concedido pelo poder público, de que trata o art. 59 da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, e de sua conversão em propriedade em imóvel. Parágrafo único. O registro e a averbação de que tratam os incisos I, II e III independem da comprovação do pagamento de tributos, previdenciários inclusive.

sua situação jurídica regularizada, com o registro do parcelamento, desde que o parcelamento esteja implantado e integrado à cidade”. Assim, esses parcelamentos devem estar de acordo com as normas exigidas à época em que foram realizados, de modo que estejam integrados à estrutura da cidade.

Existem, ainda, duas outras modalidades de regularização fundiária que são específicas para imóveis públicos, a primeira é a concessão de uso especial para fins de moradia e a segunda é de concessão de direito real de uso. Ambas estão direcionadas ao saneamento das deficiências formais, com o propósito de assegurar a alguém um complexo de poderes e deveres sobre um determinado imóvel.

Esses dois instrumentos, por serem aplicados em áreas públicas, encontram-se no foco tensivo “imprescritibilidade-função social”, eis que os bens públicos são imprescritíveis e não podem ser adquiridos por usucapião. Mas, de outro lado, existem ocupações consolidadas de terras públicas, que por força da função social da propriedade, reclamam a titulação aos particulares. Tais instrumentos possuem matriz constitucional, artigo 183, § 1º da Constituição Federal, que prevê, genericamente, a concessão de uso de imóvel urbano, no trato da política urbana (AMADEI, 2014, p. 206).

Ambos os instrumentos estão forjados por duas ideias-fontes: a do equilíbrio sustentável aplicado às terras públicas e a da segurança jurídica. A primeira é a razão jurídica desses dois instrumentos de regularização, na medida em que equilibra o binômio tensivo antes descrito, das áreas de ocupação consolidadas e, assim, atende à necessidade de titulação de ocupantes de áreas públicas, que são imprescritíveis, atendendo assim a função social e socioambiental da propriedade e da cidade. A segunda, na medida em que proporciona a estabilização da situação jurídica dos ocupantes perante o Poder Público e a terceiros em geral, confere um direito real oponível a todos (AMADEI, 2014, p. 207).

Ambos os instrumentos possuem como característica comum a instituição de um direito real, que passa a ser oponível *erga omnes*, ou seja, vale contra todos, criando assim um dever jurídico de abstenção. Note-se, que por força do disposto no artigo 1.227 do Código Civil, a aquisição do direito real, por ato entre vivos, só ocorre com o registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis. Característica importante dos direitos reais é que os mesmos são *numerus clausus*, em razão do

princípio da taxatividade, expresso no artigo 1.225 do Código Civil, que determina implicitamente que tais direitos só podem ser criados por força de lei e não pela vontade das partes.

Sobre o princípio da taxatividade dos Direitos Reais, ARONNE destaca que o referido princípio não impede que as normas definidoras de direitos reais sejam interpretadas, até para que os seus institutos possam evoluir ou que se observe e se aplique as características dos mesmos em outros, que não sejam propriamente reais, desde que isto seja feito através da interpretação adequada da matéria (2014, p. 35).

A concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso por estarem entre os instrumentos de regularização que conferem um direito real apresentam dois desafios a serem superados: 1º) caráter taxativo dos direitos reais, que exige lei para a criação dos instrumentos de titulação; 2º) a publicidade registral imobiliária que exige matrícula e registro imobiliário de áreas públicas, especialmente daquelas que migrarão pela regularização fundiária, aos particulares (ocupantes). A primeira questão no que se refere à concessão de uso especial para fins de moradia foi enfrentada pela Medida Provisória 2.220/2001⁶⁹, com a previsão expressa de concessão mediante título (administrativo ou judicial) e registro imobiliário⁷⁰. Em relação à concessão de direito real de uso, essa questão encontra-se definida pelo exposto no artigo 7º do Decreto-lei nº 271/1967, na medida em que sua instituição é expressamente prevista como “direito real resolúvel”. Por fim, as alterações na Lei dos Registros Públicos (artigo 167, I, 37 e 40, incluídos pela Medida Provisória 2.220/2001) e no Código Civil (artigo 1.225, XI e XII, incluídos pela Lei 11.481/2007), não deixaram dúvidas de que esses dois institutos jurídicos são direitos reais (AMADEI, 2014, p. 205).

⁶⁹ A referida medida provisória encontra-se em vigor por força do §11 do artigo 62 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que criou a possibilidade da permanência dos efeitos de medidas provisórias não convertidas em lei no ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁰ É o que determina o artigo 6º: “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. § 1º A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo. § 2º Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família. § 3º Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença. § 4º O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.”

Com relação à questão referente às matrículas e aos registros imobiliários das áreas públicas, para posterior publicidade registral imobiliária da concessão de uso especial para fins de moradia e da concessão de direito real de uso, a situação é um pouco mais complexa, pois os registros de imóveis acolhem, em geral, apenas os imóveis particulares, deixando de fora os imóveis públicos. Mas nada impede que a administração pública subordine os seus imóveis ao Registro, o que parece ser a atual tendência⁷¹. O esforço para facilitar e ampliar o registro predial de áreas públicas tem sido intenso, em tríplice perspectiva: a) retificação de registro diferenciada (artigo 213, § 11, da Lei de Registros Públicos); b) matrículas e registros de áreas públicas facilitados, especialmente para fins de regularização fundiária de interesse social (Lei 11.977/2009); c) e, por fim, uma flexibilização dos encargos econômicos, tal como as previsões de gratuidade de custas e emolumentos e de dispensa de comprovação de pagamento de tributos (Lei 11.481/2007, Lei 11.952/2009 e Lei 11.977/2009). Feitas essas considerações gerais, passa-se análise individuada de cada um desses instrumentos de regularização fundiária.

A concessão de uso especial para fins de moradia foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pátrio por meio da Medida Provisória 2.220, de 4/9/2001, e dispõe, em seu artigo 1º, sobre a obrigação do Poder Público de reconhecer, de forma gratuita, “aquele que até 30/6/2001 possuir como seu, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família, imóvel público de até 250m², situado em área urbana, desde que não seja proprietário ou concessionário de qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.” Ela teve o seu objeto e o seu conteúdo ampliados pela Lei 11.481/2007 que estendeu a sua aplicabilidade aos terrenos de marinha e acrescidos, bem como alargou o campo de incidência do instituto jurídico a imóvel público remanescente de desapropriação, transferido a empresa pública ou sociedade de economia mista. Em relação à ampliação do seu conteúdo, ela passou a ser suscetível de garantia real de hipoteca e de alienação fiduciária.

A concessão de uso especial para fins de moradia poderá ser dada individualmente ou coletivamente. O artigo 4º da Medida Provisória determina ainda que, em caso de ocupação em área de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o

⁷¹ Nesse sentido pode-se citar a Lei 5.972/1973, a Medida Provisória 514/2010 e a Lei 12.424/2011.

poder público garantirá ao possuidor o exercício do seu direito em outro local. O título é efetivado por meio de contrato entre o poder público e o beneficiário, que deve ser devidamente registrado no cartório imobiliário. Em caso de recusa ou de omissão da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, pela via administrativa, perante o órgão competente da administração pública, ela deve ser concedida por via judicial, sendo declarada pelo juiz mediante sentença e registrada em cartório de registro de imóveis. Assim não se trata de um poder discricionário da administração pública de conceder ou não o uso especial para fins de moradia, sendo a via judicial o meio posto à disposição do particular, caso haja denegação ou omissão do órgão administrativo, decorrido o prazo de 12 meses após o requerimento administrativo⁷². Tal interpretação é a que melhor se coaduna com os propósitos do artigo 183, § 1º da Constituição Federal, bem como atende aos princípios da função social da propriedade e do direito à moradia.

Considerando os estreitos limites da presente dissertação, deixa-se de analisar a possibilidade de concessão de uso em relação aos imóveis comerciais, que realizam atividades de pequeno comércio.

Quanto à titulação, o artigo 183, § 1º da Constituição Federal e o artigo 1º, § 1º da Medida Provisória 2.220/2001 determinam que “a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”. Tais normas, no entanto, não impedem que a administração pública, diante das peculiaridades do caso concreto, possa conceder o título preferencialmente às mulheres, atendendo assim princípio previsto no artigo 48, inciso V da Lei 11.977/2009.

Com relação à transferência do referido direito real, o artigo 7º da Medida Provisória 2.220/2001 determina expressamente que o “direito de concessão de uso

⁷² Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL. MEDIDA PROVISÓRIA 2.200/2001. Nos termos do art. 1º, da Medida Provisória nº 2.220/2001, “aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”. (TRF4, AG 5045377-32.2015.404.0000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 22/03/2016). Disponível em <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8155756&termosPesquisados=concessao%20de%20uso%20especial%20para%20fins%20moradia> acessado em 29/10/2016.

especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.” Assim a transferência *inter vivos* pode ser feita por qualquer de suas modalidades de alienação (compra e venda, permuta, doação e etc), mas a sua eficácia é condicionada à destinação especial do imóvel, ou seja, à moradia própria ou familiar, e à qualidade do adquirente, que não pode ser proprietário e nem concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Quanto à forma, deve seguir a regra geral de transmissão dos direitos reais, prevista no artigo 108 do Código Civil, que determina que a lavratura da escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à transferência de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Já a transferência *causa mortis* pode ocorrer tanto por sucessão legítima quanto por sucessão testamentária, a título singular ou universal, e a sua eficácia também fica condicionada à destinação especial do imóvel e à qualidade do herdeiro ou legatário. Quanto à forma, o inventário ou arrolamento poderá ser realizado por escritura pública ou por processo judicial, conforme os pressupostos próprios do direito das sucessões⁷³.

Por fim, é preciso esclarecer que a concessão de uso especial para fins de moradia é um direito real sujeito à condição resolutiva, que se extingue conforme determinação contida no artigo 8º da Medida Provisória 2.220/2001, se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou se adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Por força da mesma disposição legal e do artigo 167, inciso II, nº 28 da Lei dos Registros Públicos, a extinção deverá ser formalizada por ato administrativo que deverá ser averbado na matrícula do imóvel.

Feitas essas considerações sobre a concessão de uso especial para fins de moradia passa-se à análise da concessão de direito real de uso, que também é um instrumento de regularização fundiária utilizado para regularizar imóveis pertencentes ao patrimônio público. A sua disciplina legal encontra espeque em três

⁷³ A regra geral encontra-se prevista no artigo 610 do Código de Processo Civil que assim determina: “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.”

diplomas: a) no artigo 7º do Decreto-lei 271/1967, com redação determinada pela Lei 11.481/2007⁷⁴; b) pelas demais disposições da Lei 11.481/2007 que disciplina a regularização fundiária em áreas públicas; c) pela Lei 11.952/2009 que instituiu o programa terra legal e regulamentou a regularização fundiária das ocupações em terras da união, no âmbito da Amazônia Legal. Em virtude dos estreitos limites desta dissertação, o último item deixará de ser analisado.

Com base no artigo 7º do Decreto-lei 271/1967, com redação determinada pela Lei 11.481/2007, pode-se dizer que a concessão de direito real de uso é o termo ou contrato administrativo, pelo qual a administração pública transfere o imóvel ao particular, de forma gratuita ou remunerada, como direito real resolúvel, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Quanto ao título, a concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e deverá ser necessariamente registrada no registro de imóveis. Note-se que, por se tratar de direito real, a constituição do direito só ocorre após o referido registro. O título deve ser formado na via administrativa e pressupõe autorização legislativa, prévia avaliação e licitação na modalidade de concorrência. No entanto, tal regra comporta

⁷⁴ Assim dispõe o referido artigo 7º, com a redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007: “Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. § 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. § 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. § 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. § 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência. § 5º Para efeito de aplicação do disposto no caput deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: I - do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; II - do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal.”

uma importante exceção, prevista no artigo 17, inciso I, alíneas “f” e “h” da Lei 8.666/1993, que dispensa a avaliação prévia e a licitação para concessões em programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social.

Com relação à transferência por ato *inter vivos* ou *causa mortis* aplicam-se as mesmas regras da concessão de uso especial para fins de moradia. Frisa-se que, com relação a imóveis rurais, existem condições especiais para a realização da transferência, previstas expressamente na lei 11.952/2009, que não serão abordadas por estarem fora do tema proposto.

Conforme dito anteriormente, a concessão de direito real de uso se subordina à cláusula resolutiva, prevista no artigo 7º, § 3º, do Decreto-lei 271/1967, e extingue-se com o mero decurso do seu prazo, quando contrato por prazo certo. Resolve-se, ainda, se o concessionário der ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumprir cláusula resolutória do ajuste, perdendo, nesse caso, as benfeitorias de qualquer natureza. A extinção deve ser formalizada, por força do artigo 167, inciso II, nº 28 da Lei dos Registros Públicos, por ato administrativo que deverá ser necessariamente averbado na matrícula do imóvel.

Assim, no contexto de uma regularização fundiária que atue como efetivadora do direito fundamental à moradia, os instrumentos da concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso são importantes ferramentas legais para resolver o complexo problema da imprescritibilidade de imóveis públicos em situação de ocupação consolidada por população de baixa renda, fazendo assim com que se cumpra a função social da propriedade.

Por fim, aborda-se ainda, outro importante instrumento de regularização fundiária urbana, cuja aplicação fica limitada ao Estado do Rio Grande do Sul, que é o Projeto More Legal, que 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.

O Projeto More Legal encontra-se em sua 4ª edição⁷⁵ e visa, em apertada síntese, à regularização do lote individualizado, de quarteirão ou da totalidade da área, nos casos de regularizações e registros de loteamentos, desmembramento, fracionamento ou desdobro de imóveis urbanos ou urbanizados, ainda que localizados em zona rural. O objetivo maior desse procedimento de regularização é extinguir os condomínios *pro diviso* existentes na área maior. Esse projeto segue a atual tendência de desjudicialização, possibilitando que todo o procedimento ocorra na via extrajudicial.

4.3 A usucapião extrajudicial como mecanismo de efetivação da regularização fundiária

Antes de se analisar a usucapião administrativa ou extrajudicial, é preciso tecer algumas considerações sobre o fenômeno da desjudicialização ou extrajudicialização dos conflitos. O estudo dos mecanismos de regularização fundiária urbana revela o protagonismo das atividades notariais e registrais, eis que o legislador tem optado por instrumentos mais céleres, desburocratizados e seguros do ponto vista jurídico.

O esgotamento do modelo jurídico construído em torno do circuito lei-ato administrativo-sentença - ou Legislativo, Executivo, Judiciário, traz um desconforto ou desânimo à pessoa. A crise das instituições representativas acende desconfiança com relação à produção legislativa e às políticas públicas. O Poder Judiciário acaba por ser o desaguadouro dos reclamos por respeito à lei e à ordem. Imaginou-se que o modelo burocrático, hierarquizado e formalista, centralizado na lei e na decisão judicial, pudesse ser flexibilizado dentro do próprio poder judiciário. E, efetivamente, isso vem ocorrendo em muitos casos.

Mas não é possível ignorar que novas práticas jurídicas, voltadas à informalidade, horizontais e descentralizadas, conferem vivacidade e dinamismo aos anseios por acesso à justiça. Com relação ao Poder Judiciário, dois movimentos

⁷⁵ Encontra-se previsto nos artigos 511 e seguintes da Consolidação Normativa Notarial e Registral do TJRS, atualizada até o Provimento nº 026/2016-CGJ (Setembro/2016). Disponível em http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Setembro_2016_Provimento_026_2016.pdf. Acesso em 07/11/2016.

centrífugos são facilmente percebidos. De um lado, a arbitragem que atraí os que buscam soluções céleres no campo do direito empresarial e societário. E, do outro lado, naquilo que diz respeito à vida civil, familiar e negocial cotidiana e pessoal, fórmulas como a transferência da chamada “jurisdição voluntária” para os serviços notariais, ou para outras instâncias de justiça comunitária, justiça de vizinhança, justiça restaurativa e outros modelos alternativos à resolução de conflitos (CAMPILONGO, 2014, p. 154).

Esta-se vivenciando um movimento de desjudicialização dos procedimentos não litigiosos, possibilitando ao cidadão a propositura direta perante os Tabelionatos de Notas e/ou Registro de Imóveis, os quais tornarão os procedimentos mais céleres e com toda a segurança jurídica necessária. Neste momento, pode-se destacar o protagonismo do sistema notarial e registral, esses que sempre tiveram um papel relevante para a garantia dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, em especial o direito da propriedade, realizando uma atividade com a concepção de garantia da efetividade e da estabilidade de direitos que o Estado consagra, em que a certeza reside exatamente na segurança jurídica.

No contexto da desjudicialização e da atuação do Serviço Notarial e Registral, pode-se citar alguns exemplos como a Lei 11.441/2007, que trata da separação, divórcio, inventário e partilhas extrajudiciais; Lei 10.931/04, que alterou a Lei nº 6.015/73, artigos 212 e 213, a qual trata da retificação de área extrajudicial; Lei nº 11.977/2009, antes mencionada; Lei 11.790/2008, registro tardio de nascimento; Lei 12.010/2009, alterações na legislação de adoção; Lei 12.100/2009, retificações no Registro Civil de Pessoas Naturais, entre outros, os quais sempre tiveram respostas muito positivas.

Com relação ao fenômeno da desjudicialização, é preciso dizer que vivencia-se uma realidade cambiante, tem-se uma sociedade pós-moderna marcada pela tecnologia e pela alta velocidade da informação, que levam à sensação de aceleração da passagem do tempo, fazendo inclusive muitos crerem tratar-se de um fenômeno físico, a redução de horas e minutos ao longo do dia. Disso tudo surgiu a necessidade da criação de um novo Código de Processo Civil para substituir o Código anterior que era da década de 70, que primava pela cognição em detrimento da efetivação dos direitos substantivos. O novo código vem ao encontro do clamor

pela celeridade e eficiência. É nesse sentido que se insere uma ampliação funcional da atividade notarial e registral em socorro ao Poder Judiciário. Pautadas pela eficiência e celeridade, as atividades notariais e registrais potencializaram-se, ao longo dos últimos anos, recebendo, cada vez mais, novas atribuições recebendo, cada vez mais, novos encargos em atendimento à desjudicialização, em consonância com a Emenda Constitucional 45/2004.” (KUMPEL, 2014, p.1).

O Direito pátrio adotou sistema jurídico pautado na segurança preventiva (*Civil Law*), herdado da longa tradição do direito romano-germânico. A prevenção de possíveis conflitos e litígios dá-se com a atuação inicial do notário, para intermediar os interesses dos contratantes, fazendo incidir regras gerais que concretizam objetivamente a boa-fé, substrato do postulado constitucional da solidariedade⁷⁶, previsto expressamente no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal. É diferente do sistema da *Common Law* que admite completa liberdade de forma. Nos países do Notariado Latino, a lei atribui ao documento notarial um especial grau de eficácia, muito superior ao do documento particular. É o sistema adotado no Brasil, conforme se infere do artigo 236 da constituição Federal. O notariado do tipo latino se caracteriza pela independência do profissional do direito face ao Estado, sua imparcialidade em relação aos particulares e a exigência de submissão a concurso público. Atribui fé pública e presunção de legalidade aos documentos produzidos. Tais elementos atuam de forma vital na realização da segurança jurídica no âmbito dos negócios jurídicos (RODRIGUES, 2014, p. 1).

Agora, a Lei 13.105/2015, que trata do Código de Processo Civil, trouxe esculpida em seu artigo 1.071, a usucapião extrajudicial, acrescentando no Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015/1973, o artigo 216-A. Tal procedimento que se inicia no Tabelionato de Notas e após é recepcionado pelo Registro de Imóveis, para o processamento e posterior registro, terá uma ampla abrangência, uma vez que é aplicável às diversas espécies de usucapião previstas na legislação brasileira. Essa nova legislação será responsável pela regularização fundiária, tanto em áreas

⁷⁶ Para um maior aprofundamento sobre o postulado constitucional da solidariedade indica-se a leitura dos seguintes artigos: O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. (REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane) e O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. (REIS, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina).

urbanas como rurais, de um imenso número de imóveis, com um baixo custo, quer para as partes, quer para o Estado e com grande celeridade.

Assim tem-se dois procedimentos distintos de usucapião extrajudicial, um previsto no artigo 60 da 11.977/2009 destinado a imóveis inseridos em programa de regularização fundiária de interesse social e outro previsto no artigo 216-A da Lei 6.015/1973. Antes de analisá-los de forma detalhada, é preciso tecer algumas considerações sobre a aquisição da propriedade por meio da usucapião.

A usucapião é uma forma de aquisição originária de propriedade, em virtude do exercício da posse contínua durante certo lapso de tempo, combinado com outros requisitos previstos em lei. O lapso temporal gera uma prescrição aquisitiva. O possuidor deve possuir a coisa com ânimo de dono, *animus domini*, ininterruptamente e sem oposição, para ter direito à chamada posse *ad usucapionem*, que não poderá ser clandestina, violenta ou precária. A propriedade é adquirida por aquele possuidor que cumpriu a destinação social e econômica do imóvel, em prejuízo de um proprietário inerte, que abandona a coisa.

Como se denota, o direito brasileiro resguarda a função social da propriedade, acerca do instituto da usucapião, e a divide em diversas modalidades de usucapião sobre bens imóveis: a Usucapião extraordinária⁷⁷, Usucapião extraordinário especial⁷⁸, Usucapião ordinária⁷⁹, Usucapião ordinária especial⁸⁰, Usucapião familiar⁸¹, Usucapião especial urbana⁸², Usucapião especial rural⁸³,

⁷⁷ Encontra-se prevista no artigo 1.238 do Código Civil é determina: “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

⁷⁸ Prevista no parágrafo único artigo 1.238 do Código Civil que assim determina: “o prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

⁷⁹ Disposta no artigo 1.242 do Código Civil: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.”

⁸⁰ Encontra-se no parágrafo único 1.242 do Código Civil: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

⁸¹ Inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.424/2011 que adicionou o artigo 1.240-A ao Código Civil e assim determinou: “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

⁸² Previsto nos artigos 183 da Constituição Federal, 1240 do Código Civil e 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), nessa modalidade “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos

Usucapião coletiva⁸⁴, Usucapião indígena⁸⁵ e a Usucapião tabular⁸⁶. Frisa-se que deixa-se de abordar as disposições constantes nos parágrafos 4º e 5º do Código Civil por entender que não se trata de uma modalidade de usucapião⁸⁷.

Com relação à Usucapião especial urbana, é importante ressaltar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que “preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).⁸⁸” Destaca-se que a modalidade de usucapião prevista no artigo 183 da Constituição Federal foi inserida na Constituição Federal como forma de permitir o acesso das pessoas pobres a melhores condições de moradia, bem como para fazer valer o respeito à dignidade da pessoa humana, erigida a um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), fato que, inegavelmente, conduz ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”,

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.”

⁸³ Previstos nos artigos 191 da Constituição Federal e 1.239 do Código Civil, prevê que “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

⁸⁴ Inserida em no ordenamento jurídico pelo artigo 10 da Lei 10.257/2001, prevê que “as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

⁸⁵ Previsto no artigo 33 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do índio) determina que o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. A referida disposição não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

⁸⁶ Trata-se de modalidade inédita de prescrição aquisitiva, prevista no parágrafo único do artigo 1.242 do código Civil, cujos requisitos são aquisição a título oneroso, com base no registro, posteriormente cancelado, somado à moradia ou investimentos de interesse social e econômico, o seja que tenha cumprido com a função social da propriedade.

⁸⁷ Segundo LOUREIRO trata-se de uma alienação forçada do proprietário sem posse ao possuidor sem propriedade, que preencha os requisitos previstos pelo legislador. O Instituto é usado nos casos em que houver posse prolongada, mas não se encontrarem preenchidos os requisitos do para as mais diversas modalidades de usucapião (2012, p. 1.209 e 1.010).

⁸⁸ Reconhecida repercussão geral em recurso sobre usucapião de imóvel urbano. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 422349 para reconhecer o direito à usucapião especial urbana, independente da limitação de área mínima para registro de imóveis imposta por lei municipal, uma vez preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal (CF). Quarta-feira, 29 de abril de 2015.

além de “garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput, da Constituição Federal).

Assim, a partir da presente decisão, não restam mais dúvidas de que a simples desconformidade da metragem da área usucapida com normas e posturas municipais que disciplinam os módulos urbanos em sua respectiva área territorial, não podem obstar a implementação de direito constitucionalmente assegurado a quem preencher os requisitos para tanto exigidos; até porque, conforme já dito, é um modo originário de aquisição da propriedade.

Para a obtenção do direito à usucapião, o possuidor poderá optar entre a via administrativa (extrajudicial) ou pela via judicial. Se optar pela via judicial, deverá promover a competente ação de usucapião, que deverá ser ajuizada no foro da situação do imóvel. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as ações de usucapião passaram a tramitar pelo rito ordinário, eis que o especial foi revogado. A sentença é declaratória e não constitutiva, eis que o possuidor ao implementar o tempo necessário torna-se detentor do direito. A sentença declaratória de usucapião é o título hábil para o competente registro imobiliário.

Até a entrada em vigor da lei 11.977/2009, a usucapião só podia ser obtida por meio do referido processo judicial. Com a sua entrada em vigor, foi inserida no ordenamento pátrio a usucapião administrativa ou extrajudicial, utilizada na regularização fundiária de interesse social, conforme já mencionado, consiste na conversão da posse legitimada em propriedade, utilizando-se da comprovação dos requisitos da usucapião dentro da esfera do registro de imóveis e sem a necessidade de participação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Note-se que por força do artigo 60 da 11.977/2009, a viabilidade da utilização da via extrajudicial para fins de regularização fundiária de interesse social, fica condicionada aos seguintes requisitos: a) que o imóvel esteja inserido em um programa de regularização fundiária de interesse social; b) que tenha sido registrado o título de legitimação de posse expedido pelo poder público; e c) tenham decorrido cinco anos após o registro (no caso de imóveis com mais de 250 metros quadrados o prazo poderá ser maior, conforme a modalidade de usucapião). O pedido de reconhecimento da usucapião administrativa não prejudica os direitos decorrentes

da posse exercida anteriormente⁸⁹. Assim foi conferido ao registrador de imóveis o poder de converter a posse legitimada em propriedade, apenas após o prazo mínimo de 5 anos do registro do título de legitimação de posse (AUGUSTO, 2013. p. 444).

Note-se que não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade no artigo 60 da Lei 11.977/2009, que prevê a usucapião administrativa, pois esta “não estabelece forma coercitiva de transferência patrimonial, na medida em que preserva o percurso judicial em havendo resistência ou disputa dominial entre possuidores e proprietários.” (SALLES, 2012, p 243). A usucapião administrativa concebe uma forma para o reconhecimento do perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso do proprietário, que após ser notificado, pessoal ou fictamente, quando da averbação do auto de demarcação, pode promover impugnação. Além disso, dispõe de cinco anos no mínimo, contados do registro da legitimação de posse, para reclamar ou reivindicar sua propriedade junto ao poder judiciário.

Assim é possível dizer que a usucapião administrativa ou extrajudicial prevista na Lei 11.977/2009, confere ao processo de regularização fundiária urbana uma maior celeridade, sem ofender os direitos e garantias individuais, e sem abrir mão da segurança jurídica, beneficiando não só os possuidores do imóvel como a sociedade.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da outra forma de usucapião extrajudicial, que foi inserida no ordenamento jurídico por meio da Lei 13.105/2015, novo Código de Processo Civil, que por meio do seu artigo 1.071, acrescentou à Lei nº 6.015/1973, o artigo 216-A⁹⁰. É importante esclarecer que o

⁸⁹ Para requerer a conversão o adquirente deverá apresentar: “I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. As certidões previstas no item I são relativas à totalidade da área e serão fornecidas pelo poder público

⁹⁰ Que assim determina: “Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos

novo instituto da usucapião extrajudicial, pode ser utilizado em todas as modalidades de usucapião de direito material previstas em lei.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o procedimento especial que era utilizado para a tramitação da ação de usucapião foi revogado. Assim as novas ações de usucapião ajuizadas após a sua entrada em vigor, passaram a tramitar pelo procedimento comum. Desse modo, com o provável propósito de compensar a supressão do procedimento especial e objetivando dar uma maior celeridade à obtenção do direito de propriedade, foi criada a usucapião extrajudicial⁹¹.

A usucapião extrajudicial é uma faculdade conferida ao possuidor que pretende adquirir o domínio sobre o imóvel, sem o aforamento da demanda judicial. Assim, por se tratar de uma faculdade, não pode ser imposta como condição ao ajuizamento e/ou prosseguimento da ação, sob pena de violação ao princípio do

impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. § 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido. § 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. § 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. § 4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias. § 5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis. § 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. § 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei. § 8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido. § 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião. § 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.”

⁹¹ Nessa senda, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “2. Reconhecimento extrajudicial da usucapião. O procedimento para tanto é fixado por este novo LRP 216-A, talvez em compensação ao fato de que a usucapião não mais dispõe de um procedimento especial próprio no atual CPC, e levando em consideração o fato de que os notários e tabeliães estão assumindo diversas funções que antes eram exclusivas do Poder Judiciário, quando provocado. É provável que esse procedimento seja mais rápido e prático do que o judicial (que não foi extinto e deverá tramitar pelo procedimento comum). [...]” (2015, p. 2.256).

livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁹².

O procedimento de usucapião extrajudicial exige, preliminarmente, a lavratura da ata notarial por Tabelião de Notas que atestará o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias. Percebe-se que a ata notarial nessa hipótese possui natureza jurídica de verdadeira escritura declaratória onde o requerente declarará o tempo em que está na posse do imóvel. Na ata também poderão constar as declarações das testemunhas e dos confrontantes.

Conforme preceitua o artigo 384 do Código de Processo Civil, a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. A ata notarial é um instrumento público onde o Tabelião transpõe para seu livro de notas uma situação, um determinado fato, por ele constatado, sem emitir um juízo de valor. Sobre o objeto da ata notarial BRANDELLI leciona que é “um fato jurídico captado pelo notário, através de seus sentidos, e transcrito no documento apropriado; é mera narração de fato verificado, não podendo haver por parte do notário qualquer alteração, interpretação ou adaptação do fato, ou juízo de valor.” (2004, p. 7).

A ata notarial deverá ser lavrada pelo Tabelião de Notas, que esteja sediado na circunscrição em que localizado o imóvel, atestando o tempo de posse do requerente e a cadeia possessória/antecessores que configure o direito de aquisição da propriedade por usucapião. É também pertinente que conste na ata o justo título da posse, que é aquele que serve para legitimar a consciência do possuidor de que tem direito à posse do bem em razão de um ato juridicamente admitido pelo ordenamento, como um contrato de promessa de compra e venda

⁹² Nesse sentido vem decidindo de forma reiterada o Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul, conforme se infere do seguinte julgado: APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL. FACULDADE DA PARTE. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXV, DA CF. I. À decisão publicada a partir do dia 18/03/2016, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil/2015. II. O pedido de usucapião extrajudicial é uma faculdade ao possuidor que visa à adquirir o domínio sobre o imóvel, antes do aforamento da demanda judicial. Implementado pelo art. 1.071 do NCP, o procedimento visa a imprimir celeridade à obtenção do direito real perquirido, mormente em razão da supressão do procedimento especial até então previsto no CPC/1973. III. Assim, sendo mera opção, não pode ser imposto como condição ao ajuizamento e/ou prosseguimento da ação, razão pela qual deve ser reformada a decisão proferida pelo magistrado singular, sob pena de violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Deram provimento à apelação. Unânime. (Apelação Cível Nº 70071191506, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 11/10/2016). Disponível em www.tjrs.jus.br. Acessado em 09/11/2016.

celebrado com aquele que detinha a titularidade do domínio, ou de uma promessa de compra e venda registrada, ou uma cessão de direitos possessórios, por exemplo, e ainda outros documentos pertinentes que auxiliem na comprovação da posse, como por exemplo, pagamento de impostos.

Após a lavratura da ata, será iniciado o procedimento junto ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo; para tanto, deverá ser apresentado um requerimento escrito do interessado, respeitando assim o princípio da instância que rege o direito registral imobiliário. A parte interessada deverá estar assistida por advogado, exigência legal que decorre da complexidade do ato postulatório. O pedido deverá estar instruído com os documentos exigidos pelo artigo 216-A da Lei 6.105/1973 e será atuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da pré-notação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

Note-se que a lei legitima qualquer interessado para a sua propositura. Assim não só aquele que tem a posse *ad usucapionem* é que tem a legitimidade ativa, mas também quem tenha interesse jurídico justificado, legítimo e comprovado poderá requerê-la, como por exemplo o credor⁹³.

Importante mencionar que o §2º do artigo 216-A da Lei 6.105/1973, determina que, se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esses serão notificados pelo registrador de imóveis competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. Já o § 6º do mesmo artigo somente autoriza o registro da usucapião pelo oficial “com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes”.

A lei cria um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamente discordância

⁹³ Em sentido contrário se manifesta KÜMPEL: “O art. 216-A, *caput*, traz como interessado para a propositura do processo extrajudicial de usucapião aquele que exerceu posse direta durante o prazo legal (possuidor originário), bem como o possuidor derivado, decorrente de *accessio possessionis*. (2016, p. 1).

com a realização do procedimento, mas signifique indiferença às consequências de sua não-manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese mais recorrente no futuro, dada a forma como o procedimento foi concebido. Assim, o referido dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática, em conjunto com as demais normas que regem a matéria.

As disposições contidas nos parágrafos 2º e 6º do artigo 216-A da Lei 6.015/1973 não podem ser interpretadas de forma literal e nem isoladas, pois conduzem à absurda conclusão de que o silêncio deve ser interpretado como discordância tácita. Condicionar o êxito da usucapião extrajudicial à expressa manifestação de concordância do notificado significa inviabilizar o procedimento, é caminhar na contramão da história, é contrariar os propósitos da Emenda Constitucional nº 45/2004, uma vez que, nesses termos, o procedimento acabará tendo que ser finalizado pelo Poder Judiciário, tornando, dessa forma, inócuos todos os esforços feitos até então para alcançarmos a plena e tão almejada regularização fundiária.

No ordenamento jurídico pátrio, por força do artigo 344 do Código de Processo Civil, o silêncio importa em revelia. Assim, uma vez que tenha sido oportunizado o contraditório e a parte tenha permanecido inerte, deve-se presumir a sua anuência tácita. No mesmo sentido o artigo 111 do Código Civil, que trata especificamente sobre negócios jurídicos, mas que pode ser usado como parâmetro interpretativo para todo o sistema, prevê que o silêncio deva ser interpretado como concordância, desde que as circunstâncias e os usos autorizem e não seja necessária declaração expressa. Ressalta-se, ainda, que o §3º do artigo 216-A da Lei 6.015/1973, apresenta o silêncio como anuência.

A usucapião extrajudicial, portanto visa a dar uma maior celeridade à regularização fundiária, concretizadora do direito fundamental à moradia digna, essencial ao cumprimento da função social da propriedade e em especial à dignidade da pessoa humana. Considera-se que a Constituição é uma ordem concreta de valores que servem de diretriz para a vida em sociedade, e que assumem um caráter principiológico, que irradia seus efeitos e projeta a sua força normativa sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, é preciso interpretar o artigo 216-A da Lei 6.105/1973 de tal forma que se garanta a sua maior efetividade possível.

As disposições contidas nos parágrafos 2º e 6º do artigo 216-A devem ser interpretadas de forma sistemática, com o propósito de impedir que as mesmas sejam interpretadas de modo isolado e em desconformidade com os propósitos do novo Código de Processo Civil de garantir um procedimento mais célere e eficiente. Assim, ambas as disposições legais devem ser analisadas em sintonia com a Constituição Federal e com as demais normas jurídicas, de tal modo que, em não havendo manifestação do notificado no prazo de 15 (quinze) dias, a sua omissão deverá ser interpretada como consentimento⁹⁴.

Tal interpretação é a que melhor se coaduna com os propósitos da usucapião extrajudicial, que foi instituída como mecanismo de desburocratização e de alternativa à via judicial. A interpretação ora proposta torna mais viável o instituto da usucapião extrajudicial e impede que os procedimentos iniciados junto ao Registro de Imóveis sejam enviados, por força do que dispõe o § 10 do artigo 216-A da Lei 6.105/1973, ao já esgotado poder judiciário.

Por fim, será publicado edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias, sendo que os custos, referentes ao edital ficam a cargo do requerente. Já as diligências necessárias para sanar qualquer dúvida ficam a cargo do Registrador. Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o Oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido, apresentando nota de impugnação ao requerente, que poderá suscitar o procedimento de dúvida ao Juiz de Direito da Comarca da situação do imóvel. Note-se que, se houver impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum. Destaque-se que mesmo que não haja o acolhimento do procedimento no Serviço Registral, em decorrência de uma eventual impugnação, fica evidenciada uma maior

⁹⁴ Em sentido contrário ao defendido: "Observe-se que o silêncio do titular de direito notificado não pode ser interpretado como anuência. Muito embora, a doutrina registral entenda que o requisito em questão é um retrocesso, sob o ponto de vista constitucional, não é possível pensar em sentido contrário. Isso porque, a tutela fundamental não é do usucapiente, e sim do proprietário tabular." (KÜMPEL, 2016, p. 1).

celeridade processual, pois haveria uma farta documentação já constituída para o processo judicial de usucapião.

Por fim, transcorridos os prazos legais e sem pendência de diligências, e achando-se em ordem a documentação, com a inclusão da concordância expressa ou tácita dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. Tal registro é declaratório e não constitutivo de propriedade, eis que o possuidor obteve o domínio no instante em que completou o lapso temporal exigido em lei.

Assim é possível concluir que a usucapião administrativa ou extrajudicial, prevista no artigo 216-A da Lei 6.015/1973, se interpretada corretamente, confere à regularização fundiária urbana grandes benefícios como agilidade, celeridade, simplicidade, e a sempre almejada segurança jurídica, servindo como eficiente ferramenta para à concretização do direito fundamental à moradia e ao pleno cumprimento da função social da propriedade.

5 CONCLUSÃO

Embora sob o premente risco de incorrer em tautologia, mas com o objetivo de reafirmar os posicionamentos anteriormente adotados, passa-se à exposição sistemática, na ordem em que foram tratadas as matérias, das mais relevantes conclusões deste estudo:

Constitucionalismo Contemporâneo é 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. É um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do papel da Constituição no sistema jurídico, tendo como marco histórico, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização. Caracteriza-se pela 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.

Dentro dessa nova realidade constitucional, o princípio da solidariedade passa a ser visto como um novo paradigma do direito moderno, que objetiva a criação de um direito ético e justo, eis que para se alcançar o bem de todos, compete ao direito sociabilizar o comportamento dos particulares, fazendo com que as individualidades se compatibilizem com os interesses sociais da coletividade.

O direito à moradia é um direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, mas também é um direito fundamental, já que constitucionalmente assegurado. Classifica-se como um direito de segunda dimensão, porque é um direito de cunho social e exige da parte do Estado uma prestação positiva. No entanto, deve-se atentar para o fato que o direito à moradia também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares, no sentido de não agir contrariamente a esse direito.

Conforme a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada às possibilidades financeiras da administração pública. Já o mínimo existencial é compreendido como garantia das prestações materiais indispensáveis para a vida humana. O Supremo Tribunal Federal vem reiterando em seus julgados que a cláusula da reserva do possível não pode ser aplicada, quando a sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

A constitucionalização do direito é a irradiação dos efeitos das normas, valores constitucionais, aos demais ramos do direito. Assim, a supremacia da constituição deixa de ser apenas formal e passa a ser material, pois os seus princípios e valores se espraiam por todo o ordenamento, alcançando assim a área classicamente tida como privada. O eixo central do ordenamento deixa de ser a lei e passa a ser a constituição. O sistema registral imobiliário brasileiro, em virtude desse fenômeno, sofre uma mudança de paradigma, e o seu epicentro deixa de ser a proteção incondicional da propriedade privada e passa a ser a função social da propriedade.

Como consequência surge o fenômeno da “repersonalização” do direito que traz para o centro do ordenamento as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como a moradia digna. O direito à moradia é o resultado do encontro entre o Direito Público e o Direito Privado, que ocorre por força da inserção da tutela da dignidade da pessoa humana em sede constitucional. No âmbito do Direito Privado, a proteção da moradia foi construída como direito da personalidade e, no campo do Direito Público, como direito humano fundamental. Mas, por força do fenômeno da constitucionalização, essas duas facetas se reuniram como expressão de uma tutela integral da pessoa humana de matriz constitucional que, do topo da sua hierarquia normativa, irradia seus efeitos a todos os ramos do ordenamento jurídico.

O direito fundamental à moradia é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que ela demanda a satisfação das necessidades fundamentais do cidadão. Encontra-se inserido no âmbito daquilo que se tem designado como um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, ou seja mínimo existencial. Possui o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na qualidade de vida

das pessoas, pois não se pode conceber dignidade a uma pessoa sem moradia digna.

Dentro da chamada dimensão negativa, também denominada de função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia se encontra, em princípio, devidamente protegida contra toda e qualquer sorte de agressões, seja por parte do Estado, seja por parte de particulares. A proteção positiva do direito à moradia se materializa de diversas formas, como a disponibilização de abrigo às pessoas em situação de vulnerabilidade social; com o pagamento do aluguel social a pessoas necessitadas; implantação e manutenção de serviços públicos que melhorem as condições de moradia nas áreas urbanas; investimentos em regularização fundiária e urbanização de assentamentos precários e etc.

Ainda na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, é relevante destacar que o Programa Minha Casa, Minha Vida, em 09 de dezembro de 2015, atingiu a marca de 2,4 milhões de moradias entregues em todo o País, beneficiando mais de 9,6 milhões de pessoas, tratando-se do mais importante programa de acesso à moradia da história do País e que vem conseguindo gradativamente reduzir o déficit habitacional.

Quanto à questão de se saber se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar uma moradia àqueles que demonstrarem a impossibilidade de adquiri-la por seus próprios meios, é preciso evoluir e superar o entendimento de que o direito à moradia, constitui um direito a prestações, cujo conteúdo não confere ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo. Tal entendimento não se coaduna com o atual momento do direito constitucional e nem com a realidade social brasileira, eis que não é razoável a omissão estatal à garantia da preservação do mínimo existencial, tornando legítima e necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir à pessoa em situação de vulnerabilidade social, o recebimento do aluguel social ou de uma moradia definitiva.

Ainda dentro da chamada dimensão positiva do direito à moradia, é preciso consignar a importância de se realizar uma plena e ampla regularização fundiária urbana, que atue na regularização e urbanização de imóveis irregulares e na legalização da posse, que sirva como instrumento de crescimento econômico e de combate à pobreza e à desigualdade nas cidades e que permita o acesso ao

direito à moradia digna, em situação de adequação fundiária, pela pessoa que se encontra deslocada do contexto legal das cidades, sem o mínimo de dignidade. A regularização fundiária urbana é sem dúvida um dos instrumentos de concretização do direito fundamental à moradia, do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A regularização fundiária transforma a vida das comunidades e das famílias favorecidas, interferindo na gestão das cidades e dos territórios urbanos, já que, regularizados, os assentamentos passam a fazer parte dos cadastros imobiliários municipais o que viabiliza a realização de políticas públicas de atendimento às necessidades das pessoas, permitindo a maior efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, deve ser fruto de um consenso entre os moradores das áreas ocupadas e o poder público, e não uma imposição da administração pública. Deve ser parte de um acordo com os moradores, que envolva a população nas principais decisões, em uma relação de confiança, e não de convencimento, tendo em vista os benefícios que a Regularização Fundiária trará a essa comunidade. Assim uma abordagem mais democrática e solidária da Regularização Fundiária demanda o envolvimento dos diversos setores da sociedade.

Assim, o problema, da forma como foi exposto, pode ser respondido partindo-se do pressuposto de que o direito constitucional contemporâneo tem como um de seus objetivos dar maior efetividade aos direitos fundamentais. Levando-se em conta a atual situação social do Brasil, em que um grande número de moradias se encontra em situação irregular, é possível afirmar que os atuais instrumentos normativos de regularização fundiária são apenas parcialmente suficientes para determinar a concretização do direito à moradia em seu sentido pleno, necessitando de um melhor aprimoramento e de uma interpretação mais adequada à realidade social brasileira e que esteja em consonância com o texto constitucional para determinar a concretização do direito fundamental à moradia, em seu sentido amplo de um “lar” concretizador da dignidade da pessoa humana.

6 Referências

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação.** 2006. 456 p. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp025594.pdf>>. Acesso em: 18/07/2016.

_____. **Editorial.** Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 1-3, maio/ago. 2016. Disponível em <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>> Acesso em 12/11/2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

ALMEIDA, Marcelo Paula de. **Regularização Fundiária de Interesse Específico e o registro imobiliário.** In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (Org.) **Direito Notarial e Registral avançado.** São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 449 – 464.

AMADEI, Vicente de Abreu. **Concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso.** In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). Regularização Fundiária. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205-230.

_____. **Regularização de terras da União.** In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). Regularização Fundiária. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 455-477.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de Imóveis, Retificação de registro e Georreferenciamento: Fundamento e Prática.** São Paulo: Saraiva, 2013. 470 p.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional.** Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 212 p.

_____. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 211 p.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 522 p.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 505 p.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista Jurídica UNIJUS, v. 15, p. 13-38, 2008. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acessado em 09/09/2016.>

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 132 p.

BENACCHIO, M; CASSETTARI, D. **Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada.** In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). Regularização Fundiária. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49-71.

BOLESINA, I; REIS, J. R. **O direito constitucionalizado e as esferas jurídicas pública e privada: é (contra)producente falar nessa distinção?** Revista Thesis Juris, v. 4, p. 103-134, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015. 862 p.

BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. **Regularização Fundiária de Interesse Social da Lei 11.977/2009.** In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (Org.) **Direito Notarial e Registral avançado.** São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p. 421 – 447.

BRANDELLI, Leonardo. **Atas notariais.** 2004. Artigo retirado da Internet. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8991-8990-1-PB.pdf> Acessado em 30/12/2016.

_____. **Teoria geral do direito notarial.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1824.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acessado em 03/10/2016.

_____. **Constituição Federal de 1891.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acessado em 03/10/2016.

_____. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acessado em 03/10/2016.

_____. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acessado em 03/10/2016.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em 14/12/2016.

_____. **Lei Nº 10.257, de 10 de Julho de 2001 (Estatuto das Cidades).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acessado em 14/12/2016.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. (Código Civil).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 14/12/2016.

_____. **Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. (Código de Processo Civil).** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 14/12/2016.

_____. **LEI Nº 11.977, DE 7 DE JULHO DE 2009.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acessado em 14/12/2016.

_____. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acessado em 28/04/2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 44, de 18 de março de 2015.** Estabelece normas gerais para o registro da regularização fundiária urbana. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2936>>. Acessado em 18/10/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE nº 407688/AC – Acre.** Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 08/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. acesso em 17/10/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática. AI 799803 / RJ - Rio de Janeiro, agravo de instrumento.** Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+799803%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqpkjeb>>. Acessado em 30/10/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO.** Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 11/10/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acessado em 25/08/2015.

_____. **Súmulas do STJ.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acessado em 18/10/2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função Social do Notariado:** eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014. 179 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1522 p.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010. 280 p.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 672 p.

CASSEL JÚNIOR, Flávio. **A transferência de imóveis à Sociedade.** In: Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n. 78, p 85-105. Editora Revista dos Tribunais, 2015,

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 707 p.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Divórcio extrajudicial e separação extrajudicial no Código de Processo Civil de 2015**. In: PAULINO, Roberto (Org.). Direito notarial e registral. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 163-176.

DESERTI, Bruna Sitta. **Ata notarial como meio de prova**. 2016. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. **As liberdades comunicativas e a efetivação dos direitos humanos e fundamentais no Estado Democrático de Direito**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Org.). As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo, Tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, v. 3, p. 509-523.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010, p. 37-75.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, Rio de Janeiro: Padma, jul./set., 2008. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>> Acesso em 12/11/2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 348 p.

_____. **O estatuto constitucional da proteção possessória**. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo. 1996. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/1/27/cotidiano/11.html>>. Acessado em 12/11/2016.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 403 p.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: S. Fabris, 1988. 102 p.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 307 p.

FERRAZ, Patricia André de Camargo. **Regularização Fundiária e Desenvolvimento Econômico Sustentado Algumas Experiências do Brasil**. Disponível na Internet: <<http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosFortaleza/Ferraz.pdf>>. Acesso em: 24/10/2016.

FINGER, Julio Cesar. **Constituição e Direito Privado: Algumas notas sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: Construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85-106.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2011-2012**. Belo Horizonte, 2015. 126p. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br>>. Acessado em 17/10/2015.

GÓES, Renato Guilherme. **Regularização fundiária urbana: polêmicas e controversias**. In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). Regularização Fundiária. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259-274.

GOMES, E. B.; JABONISKI, A. L. **O direito fundamental ao mínimo existencial e suas repercussões ao trabalhador: necessidade de adoção de políticas públicas?** Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 1-3, maio/ago. 2016. Disponível em < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6359/4666>> Acesso em 12/11/2016.

GORCZEWSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos, educação e cidadania**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 2007. 394 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação crítica)**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 391 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O homem cordial**. São Paulo: Penguin, 2012. 111 p.

KUMPEL, Vitor Frederico. **O novo Código de Processo Civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização**. 2014. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o+na_Paiva_Usucapiao.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2015.

_____. **O novo CPC e suas implicações na atividade notarial e registral II: o instituto da usucapião administrativa**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI237018,11049-O+novo+CPC+e+suas+implicacoes+na+atividade+notarial+e+registral+II+o>>. Acesso em: 18/11/2016.

LACERDA, Naurican Ludovico. **Delegação da atividade notarial e registral: caracterização jurídica e conveniência do atual modelo constitucional**. Porto Alegre: Nuria Fabris ed, 2014. 127 p.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 244 p.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Manual de Metodologia da Pesquisa para o Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009. 130 p.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência**. Coordenador Ministro Cesar Peluso. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 1.138 – 1.618.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. 825 p.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11/07/2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.845.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acessado em 28/04/2015.

ONU. **Declaração de Viena de 1993.** Disponível em: <<http://www.oas.org/DIL/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>> Acessado em 13/12/2016.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização Fundiária de Interesse Social.** São Paulo: IRIB, 2012. 56 p.

PELUSO, Cesar. **Código Civil comentado.** 6. ed. Barueri: Manole, 2012. 2481 p.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja 25 anos; reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PIRES, E; ADOLFO, L. G. S. **Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 7(2):176-187, maio-agosto 2015. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>>. Acesso em 13/11/2016.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

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.

_____.; **A constitucionalização do Direito Privado:** algumas considerações para análise. Revista Atos e Fatos, v. 1, p. 126-139, 2009.

_____.; FONTANA, Eliane. **O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível.** In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.

_____.; KONRAD, Leticia Regina. **O direito fundamental à solidariedade:** a aplicação do instituto no direito civil. Novos Estudos Jurídicos, V.20, n. 1 (2015). Disponível na internet: <

<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195>> Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____; CERQUEIRA, Katia Leão (Org.). **Intersecções jurídicas entre o público e o privado: uma abordagem principiológica constitucional**. Salvador: EDUFBA, 2012. 222 p.

_____; DIAS, Felipe da Veiga O DIREITO DE IMAGEM SOB A ÓTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UM PANORAMA JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 51-70, jun. 2011. Disponível na internet: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/8483/8841> Acesso em: 02 de maio de 2016.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Aspectos registrários da Regularização fundiária: interfaces entre o direito notarial e registral e a regularização fundiária**. In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). *Regularização Fundiária*. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 359-374.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. **Consolidação Normativa Notarial e Registral**. atualizada até o Provimento nº 026/2016-CGJ (Setembro/2016). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Setembro_2016_Provimento_026_2016.pdf> Acesso em 07/11/2016.

RIOS, Arthur. **Regularização fundiária urbana: procedimento administrativo de regularização de áreas pela Lei 11.977/2009**. Curitiba: Juruá, 2012. 122 p.

RODRIGUES, Marcelo Rodrigues. **Privilegiar cartórios ajuda a desafogar judiciário e diminuir custos**. *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/marcelo-rodrigues-privilegiar-cartorios-ajuda-desafogar-judiciario#author>> Acessado em 23/11/2016.

SALLES, Venício. **Usucapião administrativa – Lei 11.977, de 2009**. 2009. Disponível em <https://www.26notas.com.br/blog/?p=14>. Acessado em 09/11/2016.

_____. **Direito registral imobiliário**. 3. Ed rev., atual e ampl. São Paulo: 2012. 261 p.

_____. **Função Social da Propriedade**. In: NALINI, J. R.; LEVY, W (Org.). *Regularização Fundiária*. 2. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 73-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015. 512 p.

_____. 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 (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____. Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do supremo tribunal federal**. ANIMA – Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, 2008. Disponível na

Internet:

http://www.animapet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011. 192 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2006. 363 p.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 928 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. 191 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o Pós-Positivismo Jurídico. Revista Formandos Direito. p. 205 **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. – Vol. 7, n.11 (jul/dez. 2007). –Salvador: UFBA, 1996-2007 – SemestralISSN:1414-0101.Disponívelem: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/revistas/Revista%20Formandos%20Direito.pdf#page=205> >. Acesso em: 30/11/2016.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de habitação. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 350 p.

VIANNA, Leandro Finelli Horta. **O direito à moradia como um direito humano, mecanismos de efetivação da função social da propriedade no Município de Palmas-Tocantins**. 2016. 118 f. Dissertação (Programa de Pós-graduação *stricto sensu* – Mestrado Profissional Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) Universidade Federal do Tocantins – UFT e Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT, 2016. Disponível na Internet: <<http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/115/1/Leandro%20Finelli%20Horta%20Vianna%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 24/10/2016.

WEIZENMANN, Luiz Carlos. **Usucapião extrajudicial**. In: PAULINO, Roberto (Org.). Direito notarial e registral. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-190.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; FIGUEIREDO, Marcelo; AMADEI, Vicente de Abreu (Org.) **Direito Notarial e Registral avançado**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. 464 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira da Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/6723/1/A_Tutela_da_Posse_na_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 05/12/2016.