

## **1. Introdução**

Dada a complexidade da questão concernente ao acesso à terra urbana em nosso país, bem como a situação de vulnerabilidade da segurança da posse, verificamos que uma grande parcela de nossa população está excluída das possibilidades de acesso a uma moradia, exceto por processos informais e, por vezes, até ilegais.

Este trabalho tem o propósito de fornecer uma noção sobre o problema do direito à moradia, traçando-se, primeiramente, um perfil deste a partir de sua condição de direito humano e fundamental.

A Constituição Federal de 1988 consagrou no Capítulo II do Título II os direitos sociais, sendo certo que a moradia, em que pese já ter sido reconhecida em diversas declarações e tratados internacionais como um direito humano, somente foi inserida nesse rol por força do disposto na Emenda Constitucional nº 26, de 26.02.2000. A inclusão desse direito social no texto constitucional vigente implica uma obrigação ao Estado brasileiro em adotar sérias políticas públicas a fim de se conferir efetividade a ele.

A falta de acesso a uma moradia digna é um problema enfrentado pelas populações mais pobres deste país. Tal fato se deve, em grande medida, ao crescimento desordenado e excludente das cidades brasileiras, marcadas pela proliferação de assentamentos informais e irregulares.

A urbanização brasileira é fruto de um modelo de industrialização e desenvolvimento urbano desequilibrado, resultado dos poucos investimentos

públicos no setor. O efeito desse desequilíbrio é a divisão da cidade em urbanizada no centro e desprovida de infra-estrutura na periferia.

Ressalte-se que os fundamentos contidos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 inferem ao Estado brasileiro o compromisso de assegurar ao homem condições mínimas de existência, especialmente garantia mínima de dignidade. O tema central deste estudo – direito a uma moradia digna – está ligado, indiscutivelmente, a vários princípios constitucionais que serão abordados ao longo do texto, devendo-se, todavia, se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) – diretriz fundamental que guia a aplicação do direito.

Para se alcançar os objetivos de uma política urbana capaz de garantir o direito à moradia, reconhecida como direito humano fundamental, faz-se mister apontar para uma noção de propriedade conectada com o princípio da função social, inserido na ordem constitucional vigente no artigo 5º, inciso XXIII.

Não ignorando a magnitude do problema dos assentamentos informais, contribuição relevante nos traz o jurista e urbanista Edésio Fernandes ao destacar a Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada 'Estatuto da Cidade', bem como a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro também de 2001, como meios hábeis e eficazes de difundir uma nova cultura jurídica baseada no princípio da função social da propriedade urbana e da cidade.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Princípios, Bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 318.

O Estatuto da Cidade – luz que guia o direito social à moradia – trata-se de lei federal que entrou em vigor na ordem jurídica após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional. Esta lei estabeleceu como um de seus fins promover em seu programa de regularização fundiária a segurança jurídica da posse através de alguns de seus instrumentos.

Elegemos neste estudo dois dos instrumentos de regularização fundiária que entendemos ser eficazes no sentido de minimizar o problema da moradia no Estado contemporâneo, quais sejam: a usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia.

Os dois instrumentos de regularização fundiária acima mencionados têm como principal fim proteger os desfavorecidos pelo mercado formal, ou seja, aqueles que não podem adquirir a casa própria de forma regularizada, bem como evitar que se perdue em nossa realidade os despejos injustos e violentos daqueles que vivem em assentamentos irregulares ou ilegais.

Por derradeiro, o que se busca neste estudo é uma abordagem sobre a questão da segurança da posse – objeto central do direito à moradia – cuja tarefa é dificultada, em grande medida pelos vários óbices enfrentados pela regularização fundiária, destacando-se, principalmente, o obstáculo relacionado aos conflitos entre as políticas que visam à proteção do direito social à moradia e o direito de propriedade, consagrado em nossa ordem constitucional como um direito fundamental.

Neste quadro, verifica-se que a informalidade no espaço urbano brasileiro tem sido a regra e não a exceção, problema esse que necessita ser urgentemente

enfrentado através de programas de regularização dos assentamentos informais já consolidados nas áreas urbanas.

Por fim, em que pese todas as dificuldades atinentes à regularização fundiária, o fato é que o direito à moradia é um direito humano e fundamental, não podendo ser colocado à margem das políticas econômicas e sociais.

## **2. O Reconhecimento da Moradia como Direito Humano e Fundamental**

### **2.1. Primeiras considerações**

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe em seu título II sobre os direitos e garantias fundamentais.

O estudo dos direitos fundamentais oferece uma ampla gama de perspectivas que podem ser abordadas, tais como sociológica, histórica, ética, política e econômica – citando-se aqui apenas as mais relevantes.

Diante das perspectivas referidas e sem menosprezar a importância de todas elas, nos concentraremos na dimensão concreta dos direitos fundamentais, com ênfase particular no reconhecimento do direito à moradia como direito humano e fundamental.

O direito à moradia - objeto do presente estudo - foi inserido no rol dos direitos sociais em nossa Constituição Federal de 1988 após a segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos realizada na cidade de Istambul no ano de 1996, oportunidade em que a questão da moradia foi objeto de amplos debates. Esta Conferência deu origem a Agenda habitat II, instrumento no qual os Estados signatários reconheceram suas responsabilidades no setor da habitação, bem como reafirmaram o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva.

A constitucionalização do direito à moradia no Brasil foi resultado do acolhimento da proposição da segunda Conferência sobre Assentamentos

Humanos (Habitat II) realizada em 1996, na cidade de Istambul, na Turquia, que recomendou aos países signatários (incluindo o Brasil) a normatização deste direito em suas Constituições. Após o acolhimento principalmente do artigo 13 da Agenda Habitat II propôs-se no Brasil um projeto de lei (a PEC 601/98) que deu origem a uma emenda constitucional com o fim de inserir a moradia no rol dos direitos sociais (introduzido, pois, no artigo 6º da Constituição Federal). A Relatora da PEC nº 601/98, a Deputada Almerinda Carvalho, enfatizou o fato da moradia ser um direito social já constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tal proposta de emenda constitucional foi apresentada ao Senado Federal em 1996, tendo sido aprovada e encaminhada à Câmara dos Deputados em 1998.

Finalmente, em 14 de fevereiro de 2000, através da Emenda Constitucional nº 26, a moradia foi introduzida no Título II da Constituição Federal de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mais particularmente no rol do artigo 6º.

Os direitos sociais ocupam um capítulo próprio na Constituição Federal de 1988, abrangendo genericamente alguns direitos tais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados e, após a já citada emenda constitucional nº 26, o direito à moradia.

O texto da Constituição de 1988 imprimiu uma importância aos direitos sociais sem precedentes nas Cartas Políticas anteriores.

Registre-se ainda que a Constituição brasileira adotou em seu texto (artigo 4º, inciso II) a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que deve reger os tratados internacionais, obrigando-se, pois, no que respeita ao direito à moradia a tomar medidas de proteção e promoção a este direito, visto que a reconheceu como um direito fundamental.

Em que pese a moradia já ter sido reconhecida como um direito humano em diversos tratados e declarações internacionais<sup>2</sup>, a sua inclusão no título que trata dos direitos e garantias fundamentais em nossa Carta Política de 1988, trouxe-lhe a feição de direito fundamental, consagrando-a, pois, na nossa ordem jurídico-constitucional.

Não se pretende sustentar a tese de que os Estados têm a obrigação de disponibilizar a todos uma moradia, porém, a questão que exsurge, ao tratar do problema da moradia no Brasil, é a necessidade do Poder Público adotar políticas públicas sérias que viabilize a inclusão social e territorial da população, enfim, adotando medidas para que tal direito realmente se concretize, visto que de nada serviria um direito apenas consagrado em tratados internacionais e na Constituição sem condições reais de eficácia.

---

<sup>2</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o ponto de partida da formalização internacional dos direitos humanos. O direito à moradia tem sua origem no artigo XXV desta declaração que assim dispõe: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de controle".

Portanto, o direito à moradia deve ser objeto de otimização permanente pelo Estado e pela sociedade, dada a sua premente necessidade.<sup>3</sup>

## 2.2. Cunho terminológico dos direitos fundamentais

Ao afirmar que o direito à moradia é um direito humano e fundamental, surge o problema da terminologia entre tais direitos. Distinções devem ser ajustadas a fim de evitar controvérsias.

Sem o propósito de aprofundar sobre tal tema – mesmo porque foge aos limites impostos neste estudo – enfatizamos apenas algumas condições que trazem alguma relevância para a ordem jurídica.

O conteúdo dos direitos fundamentais foi se modificando ao longo da história, fato que dificulta uma conceituação precisa do termo. Aliado a esse fato, há que se apontar para o fato de que a utilização de várias expressões para designar tais direitos dificulta ainda mais o problema.

A doutrina, algumas vezes, costuma tratar os direitos fundamentais como expressão sinônima de ‘direitos humanos’.

Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar sobre os direitos fundamentais em suas várias dimensões, sustenta que do ponto de vista histórico, tais direitos “são, originariamente, direitos humanos”.<sup>4</sup> No entanto, observa ainda o autor que há

---

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 466.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. “A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 137, p. 14, jan/mar. 1998.

uma necessidade de distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos, visto que os primeiros são “manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico”, enquanto que os segundos estão localizados em uma “dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas”.<sup>5</sup>

A distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos também foi enfatizada por Ricardo Luis Lorenzetti. Para o professor Lorenzetti os ‘direitos humanos’ tratam-se de uma expressão elaborada no Direito Político e Constitucional e como tal “envolve a qualidade de homem e exclui os demais sujeitos ativos”.<sup>6</sup> Por sua vez, o termo ‘direitos fundamentais’ é para o autor o mais adequado, visto que não “exclui outros sujeitos que não sejam o homem”, além do que são direitos “fundantes do ordenamento jurídico”.<sup>7</sup>

Ainda citando a doutrina alienígena, destacamos o mestre lusitano Gomes Canotilho que diferencia as expressões ‘direito do homem’ dos ‘direitos fundamentais’, afirmando que os primeiros são os direitos válidos para todos e em todos os tempos, ao passo que os fundamentais são aqueles direitos do homem, “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.<sup>8</sup>

Na doutrina pátria, destacamos a lição de José Afonso da Silva, para quem é difícil definir um conceito preciso de direitos fundamentais dada à

---

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 289.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 387.

transformação desses direitos “no evolver histórico”.<sup>9</sup> No entanto, o autor afirma que os direitos fundamentais do homem (expressão considerada por ele como a mais adequada) referem-se a uma ideologia política concernente a cada ordenamento jurídico, objetivando designar prerrogativas no sentido de garantir uma convivência digna, livre e igual para todos.<sup>10</sup>

Observe-se que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, há uma tendência a ser conceituar os direitos humanos de maneira progressiva, ou melhor, em função das realidades sociais, econômicas e políticas de cada Estado. Assegura Vicente de Paulo Barreto que no decorrer do século XX, “o conceito de direitos humanos alargou-se, incorporando outros direitos, além dos direito à liberdade e suas formas, que têm a haver com a necessária correção das desigualdades sociais, econômicas e culturais encontradas na sociedade”.<sup>11</sup> Prossegue o autor dizendo que tais direitos “passaram a constituir condição mesma para que os direitos humanos clássicos fossem respeitados em toda sua plenitude”.<sup>12</sup>

Por outro lado, é certo que há uma tendência recente na doutrina de se utilizar a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”, abrangendo, pois, as duas posições - nacional e internacional. Vale destacar neste sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que sustenta que “não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175.

<sup>10</sup> Op. cit. p. 178.

<sup>11</sup> “Bioética, biodireito e direitos humanos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ªed. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 389.

<sup>12</sup> Ibidem.

de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)".<sup>13</sup>

Diante do exposto e sem intenção de alongar o debate, conclui-se que as duas expressões – direitos humanos e direitos fundamentais – apesar de serem utilizadas muitas vezes como sinônimas, conferem significados diversos.

Por fim, em que pese à circunstância das duas expressões não serem excludentes, tratam-se de posições jurídicas distintas de positivação. Ingo Sarlet, na esteira de Perez Luño, nos explica a diferenciação entre os dois termos, afirmando que a expressão 'direitos humanos' contém um contorno mais amplo e impreciso do que a expressão 'direitos fundamentais', visto que estes constituem "o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito".<sup>14</sup>

O direito à moradia – objetivo de análise neste estudo – trata-se de um direito simultaneamente humano (já que reconhecido em diversos tratados internacionais)<sup>15</sup> e fundamental (assegurado em nossa Constituição Federal de 1988, no artigo 6º), observando-se que há uma harmonização entre os conteúdos dos tratados de direitos internacionais e os textos constitucionais contemporâneos.

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33.

<sup>14</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 35.

<sup>15</sup> A proteção do direito à moradia é assegurada em alguns instrumentos internacionais de direitos humanos, em especial, os seguintes: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

### **2.3. Compreensão do Direito à Moradia no Sistema Internacional e no plano constitucional**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, marcou a solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, gerando, pois, a adoção de vários tratados internacionais destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Sua aprovação foi um verdadeiro divisor de águas no que concerne ao sistema de internacionalização dos direitos humanos, visto que anteriormente à segunda Guerra Mundial, a proteção desses direitos era restrita apenas a algumas legislações internas em cada Estado, como por exemplos, a americana de 1778 e a francesa de 1789.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup>, teve a aprovação de 48 (quarenta e oito) Estados, com 8 (oito) abstenções, e foi o primeiro documento que reconheceu, na ordem internacional, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia (artigo XXV, item I), apesar de se utilizar a expressão “habitação”.<sup>17</sup> Desde seu preâmbulo, esta Declaração objetivou traçar uma ordem mundial de respeito à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é uma concepção que veio posteriormente a ser incorporada em diversos tratados e declarações de direitos humanos. Foi a partir dela que a

---

<sup>16</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem marcou o humanismo político da liberdade no século XX.

<sup>17</sup> A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução 271 A da Assembléia Geral das Nações Unidas. Seu artigo XXV assim enuncia: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, 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”.

moradia foi reconhecida como uma necessidade básica da pessoa humana no sentido de se garantir a ela um padrão de vida digna.

A Declaração Universal de 1948 marcou uma nova concepção de direitos humanos, concepção essa marcada por três fatores, quais sejam: universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos. Portanto, a partir de sua promulgação, deixa de existir a velha dicotomia entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Antes de tratarmos sobre outros documentos internacionais de direitos humanos que passaram a discorrer sobre o direito à moradia como condição de dignidade da pessoa humana, faz-se mister observarmos que os direitos humanos surgiram com o fim de concretizar certas exigências de dignidade e igualdade. Nesta quadra, vale registramos a lição de Flávia Piovesan que ao tratar dos direitos humanos, adotou em sua obra uma concepção contemporânea de tais direitos. Infere a autora que os direitos humanos são concebidos como “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”.<sup>18</sup>

Em 1966 adotou-se pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>19</sup> Neste Pacto surge pela primeira vez a expressão ‘moradia’ em seu artigo 11, *in verbis*:

---

<sup>18</sup> **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41.

<sup>19</sup> Esse Pacto foi ratificado pelo Brasil somente no ano de 1992.

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como na 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.(grifo nosso).

A partir deste Pacto, o direito à moradia passou a ser um direito que deve ser tutelado pelo Estado.

Diversos outros tratados e declarações internacionais de direitos humanos também reconheceram o direito à moradia como um direito humano. Primeiramente, há que se destacar, por sua especial relevância, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969).<sup>20</sup> Em que pese esta Convenção não ter enunciado de forma categórica qualquer direito social, cultural ou econômico, ela determina que os Estados alcancem, de forma progressiva, a plena realização desses direitos, mediante a edição de medidas legislativas.

Diversos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, responsáveis pelo monitoramento do cumprimento dos Tratados e Convenções realizaram inúmeros esforços para construir meios de compreensão e proteção do direito à moradia. De fato, é importante notar que o pós-guerra impulsionou a internacionalização dos direitos humanos, criando-se, pois, um modo de proteção destes direitos, mediante um sistema de monitoramento e fiscalização internacional jamais visto anteriormente.

Observe-se que em 20 de dezembro de 1988 a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou a Estratégia Mundial para a Moradia segundo a Resolução

---

<sup>20</sup> O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

nº 43/181. Tal Estratégia baseou-se no Centro de Assentamentos Humanos (Habitat) para objetivar uma melhoria das condições das moradias mundiais. O direito à moradia adequada foi o ponto principal adotado pela Estratégia Mundial para Moradia.

Com o intuito de se interpretar o que seja uma moradia digna, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 12 de dezembro de 1991, produziu o Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à Moradia Adequada (E/1992/23, pp. 114-120). Este Comentário procurou definir de maneira objetiva o que seria o direito à moradia adequada.

Informa Nélson Saule Júnior que desde a adoção do Comentário Geral nº 4, vem-se observando uma maior atuação internacional em relação a garantia do direito à moradia, bem como se passou a esclarecer de maneira mais clara os direitos e obrigações que lhe são inerentes.<sup>21</sup>

O citado Comentário Geral adotou vários preceitos norteadores para a compreensão do direito à moradia, subdividindo-os em algumas seções, a destacar aqui (por sua especial relevância) a Seção 8 (oito) que trata sobre os componentes do Direito à Moradia. Dentre os aspectos mais relevantes adotados pelo Comitê do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, destacam-se os seguintes:

\* Segurança jurídica da posse: esta finalidade visa garantir a todas as pessoas (independentemente de que tipo de posse) um certo grau de segurança à posse com o fim de evitar despejos forçados ou qualquer outro tipo de ameaça à moradia;

---

<sup>21</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 101.

\* Disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infra-estrutura: essa finalidade visa a garantir às pessoas certos serviços essenciais à saúde e ao bem-estar. Todos os beneficiários do direito à moradia devem ter acesso a certos recursos naturais como água potável, serviço de iluminação, instalações sanitárias, meios de eliminação de resíduos, entre outros;

\* Gastos suportáveis: os Estados devem adotar medidas capazes de garantir às pessoas que uma porcentagem dos gastos relacionados à moradia seja proporcional ao nível de renda delas. Além disso, os Estados devem criar subsídios de moradia para os incapazes de obtê-la, assim como formas diferentes de financiamento que correspondam às necessidades das pessoas;

\* Habitabilidade: a moradia adequada deve ser habitável, ou seja, capaz de ofertar a seus habitantes um espaço que os proteja do frio, da umidade, da chuva e de outras ameaças à saúde. O Comitê incentiva os Estados-partes a aplicar os Princípios da Higiene da Moradia preparados pela OMS, que consideram a moradia o fator ambiental que, com mais frequência, associa-se às condições favoráveis à transmissão de doenças;

\* Acessibilidade: a moradia adequada deve também ser acessível a seus titulares. Tanto a legislação quanto às políticas públicas devem levar conta as necessidades principalmente dos grupos desfavorecidos, tais como portadores de doenças terminais, deficientes físicos, as crianças, os idosos, entre outros, com o fim de se garantir a tais grupos maior acesso à terra, ofertando-lhes um lugar seguro para viver com paz e dignidade.

\* Localização: a moradia adequada deve encontrar-se em um local que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas e outros serviços essenciais ao bem-estar das pessoas.

\* Adequação cultural: a expressão da identidade e da diversidade cultural da moradia deve ser assegurada de maneira que as moradias sejam construídas de acordo com as dimensões culturais de cada grupo humano.

Os organismos de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas têm se utilizado de relatórios temáticos com o fim de avaliar a situação de determinado direito humano específico, visando ao monitoramento do cumprimento das normas internacionais estabelecidas em tratados e convenções de direitos humanos.

Em 1994, a Comissão de Direitos Humanos da ONU teve como relator Rajindar Sachar que, em seu segundo relatório sobre a Realização do Direito à Moradia Adequada, apresentou à 46ª seção da Subcomissão de Prevenção a Discriminação e Proteção das Minorias das Nações Unidas uma proposta de Convenção Internacional de Direito à Moradia.

A proposta apresentada pelo citado Relator à Convenção Internacional do Direito à Moradia contém alguns mandamentos a serem respeitados. Dentre eles, destaca-se especialmente os seguintes:

Artigo 1. Do direito à moradia para todos:

1. Toda criança, mulher e homem têm direito exequível à moradia adequada, segura, pela qual possa pagar, acessível, incluindo o direito a um lugar onde se possa viver em paz e com dignidade.

(...)

Artigo 4. Da moradia precária:

1. O direito à moradia dos grupos de moradores cronicamente carentes e/ou aqueles com exigências especiais de moradia, ou com dificuldades de adquirir uma moradia adequada, devem ser amparados com prioridade, tanto por políticas, quanto por leis relativas à moradia.
2. Devem ser tratados como pessoas incapazes, os grupos de moradores cronicamente carentes, as pessoas idosas, os grupos minoritários, as pessoas com problemas médicos, os refugiados, os jovens ou qualquer outro indivíduo ou grupo de natureza similar.

(...)

Artigo 6. Da segurança da posse:

1. Todas as pessoas têm direito exequível à segurança da posse de sua moradia, protegendo a todos, entre outras coisas, de despejo forçado ou arbitrário, expropriação ou realocação, *na ausência de outra alternativa possível, para todos os afetados*, não se opondo às espécies de moradias habitadas.
2. Toda mulher e todo homem tem direito a um lugar seguro e a um ambiente saudável. Todos têm direito a um lar livre de violência, de ameaça de violência ou de outros tipos de perturbações, incluindo o direito ao respeito ao lar.
3. O direito à segurança da posse deve significar que toda criança, pessoa deve ser protegida pela lei de todas as motivações econômicas do despejo, sejam estas o súbito e excessivo aumento do aluguel, devido ao lucro e à especulação ou razões que falham no reconhecimento dos direitos dos inquilinos.
4. Este artigo deve se aplicar a todos, inclusive a pessoas, famílias ou grupos, incluindo posseiros e aqueles que não têm moradia fixa, em particular, os nômades, viajantes e ciganos.
5. Qualquer pessoa, instituição, matéria legal, órgão público ou qualquer outra entidade que viole qualquer cláusula destes artigos será criminalmente responsabilizado pela lei.

No entanto, pela relevância especial para a proteção do direito à moradia, destaca-se a primeira Conferência das Nações Unidas para os assentamentos

humanos, realizada na cidade de Vancouver, em 1976, denominada 'habitat'. Esta Conferência teve como principal foco estabelecer um tratamento às situações críticas de habitações ocasionadas por desastres naturais, guerras civis e conflitos urbanos.

A Declaração de Vancouver procurou estabelecer a obrigação dos Estados de assegurar o direito a todos a uma moradia adequada, impondo aos mesmos metas para remoção de obstáculos a este direito. Assim, é estabelecido no Capítulo II (A3) desta declaração que:

Adequada habitação e serviços são um direito humano básico, pelo qual coloca como obrigação dos Governos assegurar a realização destes para todas as pessoas, começando com assistência direta para os menos avantajados através de programas de ajuda mútua e de ações comunitárias. Os Governos devem se empenhar para remover todos os obstáculos que impeçam a realização destas metas. De especial importância é a eliminação da segregação social e racial, inter alia, através da criação de comunidades melhores equilibradas, com a combinação de diferentes grupos sociais, ocupações, moradias e amenidades.

Já em junho de 1996, vinte anos após a Conferência realizada em Vancouver, no Canadá, realizou-se em Istambul, Turquia, a HABITAT II, que teve como principais temas a "Adequada Habitação para Todos" e "O Desenvolvimento de Assentamentos Humanos em um Mundo em Urbanização". Esta Conferência aprovou uma Carta de princípios e diretrizes das atitudes que deveriam ser tomadas pelos Governos e sociedade civil para se garantir a igualdade de direitos dentro das cidades. Tal carta foi denominada de Agenda Habitat, cujo fim foi orientar os esforços nacionais e internacionais no campo de melhoria dos assentamentos humanos.

A Agenda Habitat II foi o último documento internacional sobre o direito à moradia, adotado pelas Nações Unidas. Ela procurou estabelecer alguns compromissos a serem realizados nas duas primeiras décadas do século XXI, quais sejam: proporcionar condições para a obtenção de melhorias nos assentamentos humanos, com especial atenção às necessidades sociais das mulheres e outros grupos sociais vulneráveis, cuja qualidade de vida tenha sido prejudicada pela exclusão e desigualdade.<sup>22</sup>

O direito à moradia é mencionado em vários capítulos na Agenda Habitat II, porém, mais especialmente no capítulo IV, quando se refere ao plano global de ação para a implementação do direito à moradia. Assim afirma:

Desde a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o direito à moradia tem sido reconhecido como um importante componente do direito a um nível adequado de vida. Todos os Governos, sem exceção, têm a responsabilidade no setor de habitação, como por exemplo, através da criação de ministérios de moradia ou agências, através da alocação de fundos para o setor da moradia e por suas políticas, programas e projetos.

Com o fim de definir o que seja uma moradia digna e adequada, a Agenda Habitat, no parágrafo 2º de seu Preâmbulo nos dá uma idéia de que a habitação adequada é aquela que sadia, segura, acessível, disponível e que inclui serviços, instalações e comodidades básicas, bem como o gozo de liberdade frente a discriminações e segurança da posse.

A Agenda Habitat com o fim de indicar de que forma o direito à moradia poderia ser exercido em toda sua plenitude adotou em seu artigo 48 algumas

---

<sup>22</sup> SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 121.

medidas. Dentre elas, destacamos as seguintes: a) promover o acesso de todas as pessoas à água potável, ao saneamento, especialmente as pessoas que vivem na pobreza, as mulheres, os grupos vulneráveis e dos desfavorecidos; b) estimular tecnologias de construção que estejam disponíveis, sobretudo as que estiverem *in loco*, que sejam apropriadas, acessíveis, seguras, eficientes e que não causem impacto negativo ao meio ambiente; c) elaborar e aplicar normas destinadas ao acesso de pessoas com deficiência; d) aumentar a oferta de moradias acessíveis, estimulando as diversas formas de moradia, tais como a propriedade individual, a propriedade coletiva por meio de cooperativas, a moradia de aluguel, por meio de parcerias entre o setor público, privado e a comunidade.

Seguindo lição de Nelson Saule Júnior, o respeito ao direito de moradia somente é atingido quando as pessoas têm uma habitação adequada no sentido de dar condições de vida digna a todos. Neste mesmo sentido, assume relevância a lição do mesmo autor quando infere que:

O direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da existência de três elementos que são: viver com segurança, viver com paz, e viver com dignidade.(...) Quanto à abrangência do direito à moradia, esta deve ser compreendida com base nos preceitos do direito internacional dos direitos humanos, considerando-o indivisível, interdependente e inter-relacionado com os demais direitos humanos, como o direito à vida, direito à igualdade, direito de não sofrer nenhuma forma de discriminação, de liberdade de expressão e associação, direito à inviolabilidade de domicílio, direito à saúde, à segurança e ao meio ambiente saudável.<sup>23</sup>

Assumindo que o enfoque principal deste estudo é estabelecer condições ou meios para se proteger juridicamente a posse da terra nos assentamentos urbanos, temos, pois, o intuito de se discutir o direito à moradia, utilizando-se para

---

<sup>23</sup> Op. cit. p. 124.

tanto de alguns instrumentos jurídicos, cujo objetivo é promover a proteção às pessoas contra despejos forçados que violem seus direitos humanos.

Vale lembrar ainda o Relatório da ONU sobre a Moradia no Brasil. Entre 30 de maio a 12 de junho de 2004, o Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre Moradia Adequada, o arquiteto indiano Miloon Kothari, realizou missão oficial no Brasil. Sua missão foi acompanhada pela Relatoria Nacional do Direito Humano à Moradia Adequada e à Terra Urbana, coordenado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (DhESC)<sup>24</sup>. Na esfera internacional, os DhESC são protegidos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário. Tais Relatorias têm o propósito de investigar o descumprimento de obrigações internacionais dos países signatários dos Tratados de Direitos Humanos.

### **2.3.1. Aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

Na ânsia de dar real efetividade aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 introduziu em seu texto o parágrafo 2º ao artigo 5º que assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

---

<sup>24</sup> Compõem a coordenação da Plataforma DhESC a rede de Informação e Ação pelo Direito a se Alimentar (FIAN-Brasil), Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), Centro de Justiça Global, Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE), entre outros.

Antes de tratarmos particularmente sobre o preceito constitucional contido no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário compreender que os tratados internacionais somente se aplicam aos Estados quando são expressamente consentidos por eles, não podendo, pois, se criar obrigações a qualquer dos Estados sem que tenham sido incorporados por eles.

Verifica-se que foi a partir das normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que se incorporou à ordem jurídica brasileira o preceito constitucional do § 2º do artigo 5º.

Observa Daniel Augusto Mesquita que o dispositivo contido no artigo 5º, §2º da Constituição de 1988 procurou abarcar todos os direitos humanos, ou seja, tanto aqueles que estão inseridos no texto da Constituição como aqueles que não estão, bem como aqueles que foram pactuados pelo Estado por meio de tratados internacionais.<sup>25</sup>

Ao se interpretar o preceito acima, constata-se que a incorporação dos direitos internacionais provenientes de tratados ao texto constitucional possuem natureza diferenciada, ou melhor, natureza de 'norma constitucional'. Entretanto, verifica-se que somente os tratados que versem sobre direitos humanos terão, pois, natureza constitucional. Os demais terão apenas natureza infraconstitucional,

---

<sup>25</sup> MESQUITA, Daniel Augusto. Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo STF e conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004. Brasília: **Instituto Brasiliense de Direito Público**, caderno virtual nº 12, agosto de 2005.

porém, supra-legal, conforme preceito extraído do artigo 102, III, b, da Constituição Federal de 1988.<sup>26</sup>

Por força do preceito contido no §2º do artigo 5º da Constituição, verifica-se que, mesmo antes do direito à moradia ter sido incorporado ao rol do artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, ela já tinha sido introduzida ao nosso direito interno, dada a tese da melhor doutrina sobre a hierarquia constitucional de tratados de direitos humanos.<sup>27</sup> Atente-se ainda para o fato de que o termo ‘moradia’ já aparecia em outros dispositivos constitucionais anteriormente à Emenda Constitucional nº 26. À guisa de exemplo, podemos citar o artigo 24, inciso IX da Carta de 1988 que trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

A Constituição de 1988 inovou ao incluir o citado § 2º ao artigo 5º, visto que ao conferir aos direitos internacionais o mesmo tratamento que os direitos e garantias fundamentais, passou a lhes conferir uma hierarquia especial e

---

<sup>26</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

<sup>27</sup> Entre outros, ver o entendimento de PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75, que informa que a Constituição ao prescrever que “os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais” está a incluir em seu catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Tal incorporação está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada.

diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional.<sup>28</sup> Este é ponto de vista advogado por Flávia Piovesan que assim informa:

Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>29</sup>

Ao se buscar um entendimento sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos é salutar observar duas correntes opostas: dualista e monista.<sup>30</sup>

Quanto ao entendimento de cada uma das duas correntes, observe-se que a corrente dualista é aquela na qual as normas internas e internacionais são independentes e, por isso, para que possam ser aplicadas no âmbito interno de cada Estado devem, necessariamente, ser transformadas em lei interna, mediante procedimentos formais estabelecidos na Constituição. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “eles constituem sistemas jurídicos distintos; são dois círculos que não se sobrepõem um sobre o outro, apenas se tangenciam”.<sup>31</sup> Já para a corrente monista, capitaneada por Hans Kelsen, infere-se que somente o ato de ratificação pelo Poder Executivo de cada Estado é suficiente para transpor a norma do plano internacional para o plano interno. O monismo pugna pela unidade do Direito.

---

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia, op. cit. p. 75.

<sup>29</sup> **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, op. cit. p. 76.

<sup>30</sup> N doutrina nacional temos como principal expoente da corrente dualista o jurista Amílcar de Castro. Já na corrente monista, destaca-se Celso de Albuquerque Melo.

<sup>31</sup> **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 16.

Em que pese às controvérsias sobre a interpretação que se deva atribuir ao preceito contido no §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, há na doutrina expoentes que entendem que se deve dar aos tratados internacionais a mesma natureza constitucional dos direitos fundamentais. Na doutrina pátria destaca-se o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que entende que a Constituição de 1988 não teve a intenção de ser exaustiva ao enumerar os direitos fundamentais, visto que admitiu outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, incluindo, pois, aqueles oriundos dos tratados internacionais.<sup>32</sup>

Dentro dessa pauta de entendimento, observa Piovesan que a melhor interpretação que se deve atribuir quando a Constituição de 1988 recepciona os direitos advindos dos tratados internacionais é, pois, no sentido de lhes conferir a hierarquia de norma constitucional dado que tal interpretação está de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Segundo a autora nenhuma “norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser”.<sup>33</sup> Ainda dentro deste contexto, destaca-se a opinião advogada por Celso de Albuquerque Mello, que em um artigo sobre o preceito contido no §2º do artigo 5º da Constituição Federal assim afirma: “A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformar em realidade e não permanecerem por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não ser apenas normas programáticas”.<sup>34</sup> Observa ainda o autor que em nosso país, “os direitos humanos só se tornarão efetivos

---

<sup>32</sup> **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1990, p. 88.

<sup>33</sup> Op. cit. pp. 82-83.

<sup>34</sup> “O §2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 06.

com políticas e legislação que conduzem a uma distribuição de renda e isto deve ser da responsabilidade de todos os brasileiros e acima de tudo dos três poderes do Estado”.<sup>35</sup>

Quanto à força hierárquica dos tratados internacionais, somos pelo entendimento de que tais tratados quando tratam de temas relacionados aos direitos humanos têm hierarquia de norma constitucional, e não de norma infra-constitucional, como sustenta o Supremo Tribunal Federal. Tal posicionamento segue o entendimento da multicitada professora Flávia Piovesan, que assim sustenta:

Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, (...) a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, parágrafo 2º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. Ainda no que tange a estes tratados tradicionais e nos termos do art. 102, III, “b” da Carta maior, o texto lhes atribui natureza de norma infra-constitucional.

Eis o sistema misto propugnado pela Constituição brasileira de 1988, que combina regimes jurídicos diversos – um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e o outro aos tratados em geral.<sup>36</sup>

Em que pese a melhor doutrina, não podemos deixar de expor que desde o ano de 1977 o Supremo Tribunal Federal tem acolhido o sistema paritário que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, op. cit. p. 105.

<sup>37</sup> Ver Recurso Extraordinário 80.004 do STF, julgado pelo Pleno em 01/06/1977, publicado no Diário de Justiça em 29/12/1977, cujo relator fora o Ministro Xavier de Albuquerque. Neste recurso

Ressalte-se que mesmo durante a vigência da Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal, analisando o HC 72131 que tratava da prisão civil do depositário infiel, defendeu que a Convenção de San José da Costa Rica (que proíbe essa espécie de prisão civil) não afastava a aplicação do artigo 5º, LXVII da Constituição, ou seja, concluiu tal Corte pela supremacia da Constituição sobre tratado de direito humano.

Verifica-se que esta posição do STF afronta o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que determina que o Estado-parte não pode invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Piovesan observa que o dispositivo desta Convenção reitera a importância do princípio da boa-fé, em que o Estado deve conferir às disposições de tratado, ao qual consentiu.<sup>38</sup>

Pelas disposições acima explicitas, pode-se concluir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do que dispõe o § 2º do artigo 5º da Magna Carta de 1988.<sup>39</sup>

Em visto de todo o exposto, constata-se que o direito à moradia, por ser tratar de um direito humano consagrado em vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, já tinha status de norma constitucional mesmo antes de sua inclusão na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 26.

---

ficou assentada a tese de que diante de conflito entre tratado e lei posterior, esta deveria ter prevalência.

<sup>38</sup> Op. cit. pp. 85-86.

<sup>39</sup> Este é o entendimento, dentre outros, de Flávia Piovesan e de Celso de Albuquerque Mello. Em sentido contrário, ver o entendimento de Francisco Rezek, in: **Direito Internacional Público**: curso elementar. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 96 e ss.

A sua incorporação ao capítulo dos direitos sociais somente reforçou o seu caráter de direito humano e fundamental.

#### **2.4. Reconhecimento do Direito à Moradia como um Direito Fundamental**

Nossa Constituição Federal de 1988 não somente incorporou o direito à moradia em seu texto, consagrando-o como direito fundamental como também lhe outorgou uma especial proteção jurídica na ordem jurídico-constitucional.

O direito à moradia foi incluído no capítulo que trata dos Direitos Sociais, mais particularmente no rol do artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, conforme já mencionado alhures. A acolhida dos direitos sociais em capítulo próprio, ou seja, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, lhes trouxeram o caráter de autênticos direitos fundamentais, observando-se ainda que nas Cartas Políticas anteriores a de 1988, os chamados direitos sociais se encontravam inseridos no capítulo relativo a ordem econômica e social.<sup>40</sup>

Neste diapasão, a moradia (como os demais direitos sociais) passou a ter uma dupla fundamentalidade, qual seja, formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se atrelada ao direito constitucional positivo e, segundo lição de Ingo Sarlet, resulta dos seguintes aspectos: “a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas

---

<sup>40</sup> Este é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, in: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 73

pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)".<sup>41</sup>

A fundamentalidade material dos direitos fundamentais está relacionada a análise do conteúdo de cada direito, ou melhor, à estrutura do Estado e da sociedade.<sup>42</sup>

É oportuno observar neste contexto a crise vivenciada nos dias atuais quanto aos direitos fundamentais, principalmente quanto aquela que atinge os chamados direitos fundamentais sociais (onde a crise é ainda mais aguda). Neste ínterim, não há como excluir o direito à moradia, que se encontra inserido neste contexto de exclusão social, marcado pelo fenômeno da globalização econômica. Neste aspecto, seguimos a lição do multicitado autor Ingo Wolfgang Sarlet quando afirma que o direito à moradia já nasceu (quando se incorporou ao texto constitucional) "marcado pela crise de efetividade, identidade e confiança que assola os direitos fundamentais".<sup>43</sup>

Retornando ao tema da fundamentalidade material, Ingo Sarlet, em um artigo em que trata do direito fundamental à saúde, observa que a mesma está ligada à circunstância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, asseverando ainda o autor que o direito à saúde (mas poderia também aqui se incluir o direito à moradia – objeto do presente estudo) é um direito humano

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op.cit., pp. 82-83.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Fundamental à Moradia na Constituição...**, op. cit. p. 425.

fundamental, de suma importância para a vida humana com dignidade.<sup>44</sup> Lembra ainda o autor que a efetivação do direito social à saúde (bem como dos demais direitos sociais) estão intimamente ligadas a questões de ordem política, social e econômica, não podendo, pois, negligenciar o fato de que o jurídico encontra seus limites exatamente nesta realidade social de uma determinada sociedade. Daí, a grande dificuldade de se dar efetividade aos direitos fundamentais em geral, visto que estes direitos não serão alcançados com a simples vigência da norma, mas sim através da convergência de vontades e esforços conjugados do Poder Público e da sociedade com a “superação do tradicional jogo do ‘empurra-empurra’ que se estabeleceu em nosso País”.<sup>45</sup>

## **2.5. A teoria dimensional dos direitos fundamentais**

A doutrina, ao tratar do histórico dos direitos fundamentais, costuma classificá-los em gerações (ou dimensões) de direitos.<sup>46</sup>

Pela relevância do conteúdo dos direitos fundamentais, faremos uma breve exposição sobre a teoria dimensional destes direitos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles oriundos do pensamento liberal burguês do século XVIII, contendo um caráter eminentemente

---

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica nº 10, p. 2, janeiro de 2002.

<sup>45</sup> Op. cit. pp. 15-16.

<sup>46</sup> Há que se ressaltar as severas críticas dirigidas contra o termo “gerações”, no sentido de que enseja uma falsa impressão de substituição de uma geração por outra. Na esteira da doutrina pátria, destaca-se o entendimento de Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, p. 525, quem pela primeira vez fez alusão a imprecisão técnica do termo “gerações”.

individualista, denominado também como “direitos de defesa”. Eles surgiram como liberdades do indivíduo em face do poder do Estado.

Os direitos de primeira dimensão são marcados por algumas características, podendo ser conceituados, seguindo lição de Paulo Bonavides como, aqueles direitos oponíveis perante o Estado, traduzindo-se, pois, como faculdades do indivíduo, enfim, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”<sup>47</sup> Nesta categoria de direitos incluem-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Segundo o mestre lusitano Vieira de Andrade, a liberdade, a segurança e a propriedade formavam a essência da construção liberal da sociedade política. É neste contexto, ainda seguindo lição do autor, que os direitos fundamentais eram vistos como direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado.<sup>48</sup>

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão merecem um exame mais acurado. Eles surgiram quando o Estado passou a ser cada vez mais solicitado pelos indivíduos no sentido de intervir na vida social. A sociedade passou a exigir do Poder Público medidas de planejamento tanto econômico quanto social, enfim, a exigir um sistema de prestações. Não cabia mais ao Estado apenas enunciar direitos, tendo, pois, que assumir a tarefa de promover a igualdade material, visto que já não bastava tão-somente o mero reconhecimento formal das liberdades humanas.

---

<sup>47</sup> **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 517.

<sup>48</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ªed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 53.

Paulo Bonavides conceitua os direitos de segunda dimensão, dizendo que eles são os “direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social (...)”.<sup>49</sup>

O já citado constitucionalista Vieira de Andrade relata que após a deslocação das pessoas do meio rural para as cidades tornou-se insuficiente os velhos sistemas familiares e mutualistas e diante desta nova sociedade conflitual é que o Estado passa a ser solicitado não mais para se abster, mas para atender as reivindicações das classes sociais.<sup>50</sup>

Estes direitos – os de segunda dimensão (e aqui se inclui o direito à moradia) – podem ser definidos como aqueles decorrentes das atribuições do Estado no sentido de realizar a justiça social. Sua principal característica é sua dimensão positiva. Nas palavras do já tantas vezes citado professor Ingo Sarlet “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.<sup>51</sup>

Atualmente, os direitos fundamentais de segunda dimensão estão relacionados aos direitos a prestações sociais, tais como direitos à educação, à saúde, à assistência social, à moradia, entre outros.

Ingo Sarlet nos indica ainda que os direitos da segunda dimensão não englobam apenas os direitos de caráter positivo, mas também as “liberdades sociais”, tais como o direito de greve, de sindicalização e os direitos fundamentais

---

<sup>49</sup> Op. cit. p. 518.

<sup>50</sup> Op. cit. p. 58.

<sup>51</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit., p. 52.

dos trabalhadores, ressaltando-se, por último, que tais direitos podem ser considerados “uma densificação do princípio da justiça social”.<sup>52</sup>

Ainda na esfera dos direitos fundamentais sociais e admitindo o caráter fundamental do direito à moradia, atente-se que, mesmo entre os doutrinadores que negam a fundamentalidade dos direitos sociais,<sup>53</sup> estes admitem um direito de determinadas condições mínimas para uma existência humana digna.

Do exposto, sustentamos, na esteira de banalizada doutrina, que os direitos sociais são fundamentais, em que pese sustentação diversa, como a do já citado professor Ricardo Lobo Torres.<sup>54</sup>

Celso Lafer, ao tratar das ‘gerações’ dos direitos fundamentais, assegura que a primeira geração de direitos está complementada historicamente pelo legado do socialismo, ou melhor, pelo direito ao bem-estar social e, por tal razão, os direitos ditos de segunda geração, como por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde, à educação (e aqui também poderia se incluir o direito à moradia, apesar de não ter sido citado pelo autor), têm como sujeito passivo o Estado e como titular o homem em sua individualidade. Diante disso, ressalta o autor, a complementaridade entre tais direitos (de primeira e segunda geração).<sup>55</sup> Portanto, não há que se falar em hierarquia entre os direitos de primeira e segunda dimensão.

---

<sup>52</sup> Op. cit. p. 53.

<sup>53</sup> Entre nós, há o pioneiro estudo sobre o mínimo existencial do professor Ricardo Lobo Torres que em um artigo sustenta que o direito à moradia é um direito fundamental no que concerne às pessoas indigentes e as sem teto, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 289.

<sup>54</sup> **Teoria dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 283.

<sup>55</sup> **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 127.

Ainda procurando expor sobre a teoria dimensional dos direitos fundamentais, verificam-se ainda os chamados direitos de terceira dimensão, que são aqueles que se destinam, particularmente, à proteção de grupos humanos, como a família, o povo, a nação, e têm como característica a titularidade coletiva e difusa. Dentre tais direitos podemos destacar, utilizando-se a classificação do já citado professor Paulo Bonavides, os direitos “ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.<sup>56</sup> Tais direitos surgiram nas últimas décadas do século XX, momento em que a sociedade já não é mais industrial, mas uma sociedade marcada pelos meios de comunicação de massa. Outra característica deste momento é o fato de que o Estado passou a não ser mais capaz de responder às exigências contraditórias da sociedade que cada vez mais pretende um nível alto de bem-estar.

Por último, os assim chamados direitos fundamentais de quarta dimensão, em que pese controvérsias sobre o reconhecimento deles, destacamos o entendimento do multicitado constitucionalista Paulo Bonavides, com sua originalidade, se posiciona favorável ao reconhecimento desta quarta dimensão de direitos fundamentais. Em resumo, seguindo entendimento deste doutrinador, verifica-se que a quarta dimensão é composta por aqueles direitos relativos à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>57</sup>

Neste contexto, observa-se a oportuna lição do já citado doutrinador Celso Lafer, para quem os direitos de terceira e quarta geração tem sua base nas reivindicações jurídica dos desprivilegiados. Como exemplos de tais direitos,

---

<sup>56</sup> Op. cit. p. 523.

<sup>57</sup> Op. cit. p. 525.

temos, segundo Lafer, o direito ao desenvolvimento reivindicado pelos países subdesenvolvidos, o direito à paz, o direito ao meio ambiente e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade.<sup>58</sup>

Oportuna é a lição de Vieira de Andrade, que denomina tais direitos como de quarta categoria, ao descrever que na perspectiva histórica, estes direitos não são basicamente “direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles. São ‘direitos circulares’, como uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários (...)”.<sup>59</sup>

## **2.6. Efetividade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Verificamos grande preocupação da comunidade, neste início de século, com o cumprimento da Constituição, ou melhor, com a efetividade de suas normas.

A Carta Política de 1988 passou a partir dessa data a ordenar o contexto social e político do Estado brasileiro. Ela foi o ponto culminante que marcou uma transição de um regime autoritário para a democracia. Todavia, sempre houve uma tensão entre os limites do Direito Constitucional e a realidade fática. É justamente nesta perspectiva que se deve analisar as potencialidades do Direito

---

<sup>58</sup> **A Reconstrução dos Direitos Humanos...**, op. cit. p. 133.

<sup>59</sup> Op. cit. p. 64.

frente a uma – seguindo entendimento do Professor Luís Roberto Barroso - “realidade complexa de um país envelhecido em suas estruturas políticas, frágil em suas instituições jurídicas e opressivo em suas relações sociais”.<sup>60</sup>

Vale destacar nesta quadra a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a importância de uma classificação que demonstre a função de cada direito. Para tanto, partimos da balizada classificação de Robert Alexy relativa aos direitos fundamentais. Diante de tal classificação, faz-se necessário expor uma distinção entre dois grupos de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos de defesa (*derechos a acciones negativas*)<sup>61</sup> e os direitos a prestações (de natureza fática e jurídica), distinções essas que facilitará o estudo dos direitos fundamentais constantes na Constituição brasileira de 1988.

Ingo Sarlet, na esteira de Alexy, nos afirma que os direitos fundamentais de defesa têm por objetivo a limitação do poder estatal frente à liberdade do indivíduo e como tal, tem o poder de outorgar a este um direito subjetivo que lhe permita evitar ingerências indevidas no âmbito de proteção ou mesmo eliminar qualquer tipo de agressão na esfera da autonomia pessoal do cidadão.<sup>62</sup>

No que concerne aos direitos a prestações, Robert Alexy os subdivide em outros dois subgrupos, ou seja, os direitos a prestações em sentido amplo e os direitos a prestações em sentido estrito.<sup>63</sup> Em sentido amplo estão incluídos todos os direitos fundamentais de natureza prestacional (englobando os direitos de

---

<sup>60</sup> **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1997, p. 189.

<sup>62</sup> Op. cit. pp. 175-176.

<sup>63</sup> Op. cit. pp. 419-420.

proteção e de participação na organização e procedimento), observando-se, ainda, que tais direitos impõem aos Estados fins e tarefas a serem implementadas. Já os direitos prestacionais em sentido estrito (*status positivus socialis*), em que pese a dificuldade em estabelecer uma linha divisória entre ambos os grupos, seriam, segundo o autor germânico, aqueles direitos relativos a prestações fáticas.

Ingo Sarlet, ao explicar os direitos prestacionais segundo a classificação de Alexy, conclui que os direitos a prestações em sentido amplo possuem natureza residual, visto que abrangem todos os direitos fundamentais prestacionais não-fáticos.<sup>64</sup>

No que diz respeito às controvérsias e dissensos quanto à eficácia dos direitos fundamentais, primordialmente dos direitos fundamentais sociais (aqui se enquadra entre outros o direito à moradia) deve-se nesta quadra do estudo focar a questão da exigibilidade dos já mencionados direitos fundamentais de caráter prestacional. Tal assunto – a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais – se tornou um problema complexo da maior importância, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que inovou ao tratar desta matéria, introduzindo-a no Título dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Foi a partir da contemplação dos direitos sociais no rol do artigo 6º da Carta de 1988 que estes direitos ganharam status de verdadeiros direitos

---

<sup>64</sup> Op. cit. p. 201.

fundamentais, graças também às lutas dos movimentos sociais pós-regime ditatorial pelo qual passou nosso país.

Antes de continuar discorrendo sobre os direitos sociais de caráter prestacional, há que fazer algumas considerações de suma importância. Na verdade, a doutrina ao tratar dos direitos fundamentais sociais (do qual faz parte o direito à moradia) nos alerta primeiramente sobre seu conceito demasiado amplo, conceito esse que envolve não apenas os direitos propriamente prestacionais como também os direitos de defesa.

Sem intenção de alongar o debate sobre o amplo conceito dos direitos fundamentais sociais, temos que observar os ensinamentos do multicitado mestre Ingo Sarlet que com maestria procurou esclarecer a questão da terminologia relacionada aos ditos direitos fundamentais prestacionais. Leciona o doutrinador que o termo 'direitos fundamentais sociais' não está somente relacionado aos direitos prestacionais, esclarecendo, pois, que vários direitos sociais não exercem a função de direitos à prestações, à guisa de exemplos, o direito de greve, a liberdade de associar-se a sindicato, dentre outros, que apesar de serem direitos sociais, não têm o caráter de prestacional.<sup>65</sup> Tais direitos tratam-se na verdade de típicos direitos de defesa. Portanto, não há como confundir direitos sociais com direitos prestacionais, visto que vários destes são sociais, porém, não requerem prestações a serem ofertadas pelo Estado.

Ao se tentar definir, então, o que são os direitos fundamentais prestacionais podemos dizer que eles são prestações positivas proporcionadas

---

<sup>65</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 183.

pelo Estado, estando, pois, ligados às tarefas do Estado Social que tem por dever a distribuição dos bens materiais existentes, proporcionando, assim, condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real.

Sem a intenção de aprofundarmos sobre o tema em questão, há, no entanto, que nos retornarmos à sábia classificação do jusfilósofo Robert Alexy quanto aos direitos fundamentais de cunho prestacional.

Segundo Alexy os direitos a prestações são aqueles direitos dos cidadãos frente ao Estado e dizem respeito a uma postura ativa do Poder Público. Esses direitos, como mencionado alhures, ainda utilizando-se do modelo de Alexy, subdividem-se em dois grupos: em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro subgrupo (em sentido amplo) englobaria os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento. Adverte, no entanto, o mestre alemão que todo direito a um ato positivo é um direito à prestação. Todavia, os típicos direitos a prestações trazem um feixe de posições que apontam tanto para prestações fáticas quanto normativas.<sup>66</sup>

Levando-se em consideração a classificação dos direitos fundamentais acima explicitada e partindo-se da premissa que o direito à moradia é um direito fundamental social, percebe-se que o mesmo pode ser examinado tanto sob o prisma de sua condição de direitos a prestações como direito de defesa.

Nos alerta Ingo Sarlet, em precioso artigo sobre o direito à moradia<sup>67</sup>, que tal direito abrange diversas posições jurídicas, tanto podendo assumir a

---

<sup>66</sup> **Teoria de los Derechos Fundamentales**, op. cit, pp.427-428.

<sup>67</sup> "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição". In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**, op. cit. p. 438.

posição de direito de defesa (no sentido de se proteger o titular do direito contra ingerências externas) quanto prestacional (direcionadas a promoção das necessidades materiais do titular), assunto que será abordado em momento oportuno mais adiante.

### **2.6.1.O princípio da efetividade<sup>68</sup> e os óbices à aplicabilidade dos direitos fundamentais prestacionais**

Por longo tempo sustentou-se a tese de que as normas constitucionais seriam meras exortações, sem valor jurídico. Todavia, tal assertiva já quase não encontra defensores. Na última década vem se desenvolvendo em nosso país o princípio da máxima efetividade dos direitos, com alguns expoentes, como o Professor Luiz Roberto Barroso.

No que toca aos direitos fundamentais de defesa, não encontramos grandes problemas no que diz respeito à efetividade, visto que apenas reclamam uma atitude de abstenção por parte do Estado e de terceiros. Já quanto à eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional surgem, pois, várias controvérsias.

Não se pretende aqui sustentar a tese de que os direitos fundamentais de cunho prestacional podem e devem ser atendidos pelo Estado de forma integral. Tal argumento seria no mínimo insuscetível de realização, tendo em vista certos

---

<sup>68</sup> O Professor Luís Roberto Barroso explica com clareza o significado do termo “efetividade” quando afirma que ela significa “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85.

óbices, tais como imprecisão técnica das expressões contidas em tais direitos, bem como a reserva do possível, dentre outros. Todavia, partiremos do entendimento de que os direitos fundamentais prestacionais são autênticos direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata, conforme descreve o artigo 5º, § 1º da Constituição Brasileira de 1988.<sup>69</sup>

Em que pese o fato de que os direitos de primeira dimensão já terem se consolidados na ordem política (mesmo porque apenas exigem abstenção do Estado e de terceiros), os de segunda dimensão, aqui incluídos os denominados direitos fundamentais sociais, têm ainda um longo caminho a percorrer, visto que sua efetivação é bem mais complexa. Este quadro foi captado na doutrina lusitana pelo mestre Vieira de Andrade que afirma que, ao contrário dos direitos de defesa que requerem apenas abstenções, os direitos sociais possuem um custo social, ora como prestações materiais, quando é verificada a escassez dos recursos econômicos, ora como prestações jurídicas, quando é levado em conta os limites do poder estatal nas sociedades democráticas.<sup>70</sup>

A primeira dificuldade alertada pela doutrina quanto à efetividade dos ditos direitos fundamentais prestacionais refere-se aos termos contidos nestes direitos que seriam muito vagos ou imprecisos, carecendo, pois, de uma técnica mais aprimorada, o que acabaria por lhes dar uma feição de norma meramente programática, sem o caráter de efetividade.

---

<sup>69</sup> Este é o entendimento de Ingo Sarlet e Flávia Piovesan.

<sup>70</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

Vale explicar o que são as normas programáticas para que não ocorram interpretações equivocadas. Para tanto, partimos da conceituação descrita por José Afonso da Silva que afirma que programáticas são as normas constitucionais que contêm um programa de ação que é assumido pelo Estado e assinalado por seus órgãos legislativos e administrativos, cujo objetivo principal é a disciplina das relações sociais de incumbência dos governantes que deverão ou poderão realizar os modos e as formas de assuntos determinados dentro da discricionariedade legislativa.<sup>71</sup>

No entanto, o fato de os direitos fundamentais prestacionais conterem expressões imprecisas não enseja, por si só, na sua ineficácia.

Poderia se afirmar, utilizando-se a tese de que os direitos fundamentais prestacionais contêm conceitos imprecisos, que o direito à moradia (que é um direito fundamental) possui um objeto amplo demais e por essa razão careceria de efetividade e aplicabilidade. Todavia, apesar do legislador pátrio não ter definido o conteúdo do direito à moradia (art. 6º), isso não implica no fato de que não tenha efetividade.

Interesse nesta quadra é o entendimento de Sérgio Fernando Moro, que na esteira de Hesse, nos faz compreender que a tarefa mais premente do Direito Constitucional, dada à natureza vaga de grande parte de suas normas, é distinguir interpretações corretas das incorretas, utilizando-se, para tanto, de cada momento histórico.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 137-138.

<sup>72</sup> **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 53.

Partindo do pressuposto de que o texto normativo deve ser interpretado de acordo com a realidade presente em cada momento em que vivemos, mister se faz concluir que caberia aos magistrados saber interpretar as normas e aplicá-las ao caso concreto, mesmo se tratando de normas constitucionais, visto que a eles incumbe utilizar-se dos meios técnico-jurídicos aptos a dar efetividade às normas. Ainda tecendo algumas considerações a esse respeito, é interessante observar o entendimento de Marcos Maselli Gouvêa, que na intenção de dar um norte ao problema da efetividade das normas constitucionais, assim expõe: "Em tese, o Poder Judiciário sempre poderá rever a definição atribuída pela Administração, já que a ele cabe, por excelência e com definitividade, a atividade interpretativa".<sup>73</sup> Entendimento diverso é o de Vieira de Andrade, para quem o conteúdo dos direitos a prestações deve ser definido pelo poder constituído, isto é, ao legislador, e não pelo Poder Judiciário.<sup>74</sup>

Neste diapasão, seguindo a tendência de que não se pode simplesmente negar a efetividade aos direitos fundamentais prestacionais por conterem termos ou expressões imprecisas em seu texto, o fato é que não se pode e nem se deve subestimar a Constituição Federal de 1988, visto que ela está inserida no novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, é oportuna a lição de Lênio Luiz Streck que sustenta que no Estado Democrático de Direito a função do Direito passou a ser 'transformadora', visto que o pólo de tensão em

---

<sup>73</sup> **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**: novas perspectivas de implementação dos Direitos Prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 66.

<sup>74</sup> Op. cit. p. 192.

determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais passou para o Poder Judiciário.<sup>75</sup>

Com base no que foi exposto acerca do problema da imprecisão de certas expressões contidas nos direitos fundamentais prestacionais, inclusive no que tange ao direito à moradia (objeto deste estudo), verifica-se que não se pode simplesmente reduzir o conteúdo destes direitos a uma fórmula abstrata e destituída de efetividade.

Diante do fato de que os direitos fundamentais de caráter prestacional tutelam interesses atinentes à justiça social e bem por isso requerem um certo custo por parte do Poder Público, vê-se que o outro óbice a sua efetivação refere-se ao que a doutrina denomina de “reserva do possível”.

Levando-se em consideração as limitações de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais prestacionais, passou-se a sustentar que tais direitos estariam vinculados a tal “reserva do possível”.

Verifica-se ainda que o conceito da “reserva do possível” adveio da Alemanha, país onde tal óbice foi bem aceito. No entanto, este obstáculo à efetivação dos direitos sociais de caráter prestacional não pode ser totalmente aplicável à realidade brasileira, visto que o “mínimo existencial” engloba uma gama de bens e serviços bem mais extensa naquele país germânico do que no Brasil, onde os indicadores sociais são alarmantes e há muito o que ser feito em termos de justiça social.

---

<sup>75</sup> “O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 180.

A reserva do possível não se restringe apenas aos bens materiais disponíveis pelo Estado, ou seja, aos recursos orçamentários. Um outro problema que também necessita ser abordado é aquele atinente à questão das prioridades a serem atendidas. Em outras palavras, o atendimento de determinado direito fundamental poderia inviabilizar o atendimento de outros direitos também fundamentais e é justamente esta a questão de maior problematicidade quando se trata da efetividade dos direitos a prestações materiais.

Partindo do pressuposto que o Estado é o centro do poder e por essa razão deve prestar aos indivíduos os meios necessários para o atendimento de todas as suas necessidades, verificamos o quanto é infactível a possibilidade por parte do Poder Público de dispor de bens e serviços a todos, visto que se sabe que a quantidade dos meios disponíveis não é suficiente para se concretizar integralmente a vontade da norma constitucional, seja no aspecto da saúde, da educação, da moradia, do amparo assistencial e outros direitos.

É fato indiscutível que o direito à sociedade justa e solidária encontra como óbice o “limite do possível”. No entanto, tal limitação não condiz com o princípio de que a atuação do Estado, prevista na Carta de 1988, deveria centrar-se nas políticas públicas concretizadoras.

Alguns doutrinadores rebatem a tese da efetividade dos direitos prestacionais. Neste sentido, exsurge o entendimento de Gustavo Amaral:

Neste sentido, a eficácia ou máxima eficácia das normas de direito social transmuta-se em máxima abrangência da norma. Todavia, não se vê na doutrina um estudo sobre o conteúdo desses direitos. Quer dizer, sabe-se que é mister dar a máxima eficácia aos

direitos ou anseios sociais postos na Constituição, mas nada se fala quanto ao conteúdo ou estrutura desses direitos.

A posição, por paradoxal que pareça, não está ligada, ao menos na prática pretoriana, a qualquer concepção dos direitos fundamentais, mas a um positivismo extemporâneo, fundado na premissa de que, se “está na lei”, é direito, associada a uma compreensão a nosso ver equivocada da efetividade das normas constitucionais.<sup>76</sup>

Conclui ainda o autor que:

Considerando então a normatividade intrínseca a toda norma constitucional, as normas constitucionais voltadas às prestações positivas são preceptivas, mas a eficácia obriga o Estado a adotar posturas justificáveis, segundo critérios razoáveis ou racionais, frente a pauta de valores imanescentes na Constituição. No caso das normas assecuratórias de prestações positivas redigidas com a densidade de regras, está também o Estado obrigado a cumpri-las, mas poderá escusar-se por impossibilidades fáticas que deve demonstrar cabalmente.<sup>77</sup>

Doutrinador contemporâneo que protesta contra a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais é o Professor Ricardo Lobo Torres, visto que para ele os direitos fundamentais seriam apenas aqueles atrelados à tradição liberal e clássica de respeito à vida e à liberdade individual.<sup>78</sup> Alerta o insigne tributarista que os direitos fundamentais sociais estão subordinados ao ideal de justiça social, porém, carecem de eficácia *erga omnes*, já que na Constituição estão sob a forma de princípios de justiça, sempre sujeitos a *interpositio legislatoris*.<sup>79</sup> No mesmo artigo, Lobo Torres – em que pese negar a eficácia normativa dos direitos sociais – nos alerta para a questão do relacionamento entre os mínimos sociais e do máximo social, observando que é necessária a garantia

---

<sup>76</sup> “Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 113.

<sup>77</sup> Op. cit. p. 118.

<sup>78</sup> **Os Direitos Humanos e a tributação – Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 13.

<sup>79</sup> “A Cidadania Multidisciplinar na Era dos Direitos”. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 282.

do mínimo social em sua dimensão máxima em um Estado Democrático e Social de Direito. Afirma o tributarista:

Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva.

No Brasil nas últimas décadas, houve a desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais, com o emburilhamento das garantias que os cercam.<sup>80</sup>

Em que pese a notoriedade da base de fundamentação quanto aos direitos sociais pelos citados autores, somos pela teoria de que não se pode negar efetividade aos direitos sociais, negando-lhes simplesmente a característica da fundamentalidade. Este é o entendimento de Andréas J. Krell, para quem os direitos sociais no Brasil são fundamentais com todas as conseqüências dessa natureza.<sup>81</sup> Rebate ainda o autor que:

A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado “Primeiro Mundo” com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.<sup>82</sup>

E acrescenta ainda Krell que:

Na área dos direitos fundamentais sociais, a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende também de uma evolução da ética profissional da magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo. (...).

Em face dos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes dos das nações centrais ricas.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Op. cit. pp. 286-287.

<sup>81</sup> Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 144, p. 246, out/dez. 1999.

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> Op. cit. p. 256.

No tocante ao direito à moradia – objeto deste estudo –Lobo Torres, apesar de negar que os direitos sociais são também fundamentais, considera que a moradia para aquelas pessoas sem-teto é um direito fundamental, enquanto a habitação para a classe média se torna um direito social, dependente, pois, de políticas públicas e opções orçamentárias.<sup>84</sup>

É importante neste debate alertar que a barreira da “reserva do possível”, com a exceção de um motivo justo e aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade simplesmente de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, visto que tal conduta poderia resultar na total aniquilação dos direitos fundamentais.

Nesta senda, deve se destacar a correta ponderação de Ana Paula de Barcellos, quando leva em conta o problema dos recursos ministrados pelo Estado. Assim expõe a autora:

[...] a limitação dos recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.<sup>85</sup>

Por fim, não se poderia deixar de citar nesta quadra a severa crítica quanto ao dogma da ‘reserva do possível’ feita pelo Professor Vicente de Paulo Barreto ao afirmar que tal óbice não passaria de um argumento falacioso, visto

---

<sup>84</sup> Op. cit. p. 289.

<sup>85</sup> **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 245-246.

que este ignoraria em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Neste sentido, vale reproduzir o pensamento deste constitucionalista:

Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais (...)  
Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos (...).  
A superação desse impasse no pensamento social contemporâneo considerados, tanto no que se refere a sua fundamentação, como na sua consagração constitucional, sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do direito e do Estado. Para tanto, deve-se procurar estabelecer, assim como no caso dos direitos civis e políticos, uma fundamentação racional e ética, que possa justificar e legitimar o investimento público na proteção de dignidades humanas vulneráveis e fracas.<sup>86</sup>

O que se pode concluir quanto à efetividade dos direitos fundamentais prestacionais é o fato de que se forem concebidos como reivindicações desprovidas de valor jurídico e, portanto, meras normas programáticas, realmente estes não terão eficácia, não podendo, outrossim, serem tuteláveis perante o Poder Público. No entanto, nossa Constituição de 1988 não fez distinção de regime jurídico entre os direitos de defesa e os prestacionais e, por essa razão, entendemos que a disposição que trata da eficácia dos direitos fundamentais alcança todos eles, inclusive os sociais.

Sem intenção de adentrar nos mais diversos aspectos que o problema da efetividade dos direitos fundamentais de caráter prestacional suscita, pode se observar que a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988 tem em

---

<sup>86</sup> “Reflexões sobre os Direitos Sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

seu espírito a intenção de dar a tais direitos condições de efetividade, sob pena de estarmos diante de uma total insinceridade por parte do legislador constituinte.

O princípio contido do §1º do citado artigo 5º da Constituição Federal de 1988 tem por fim realçar a força normativa de todas normas constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Na mesma direção é o entendimento de Flávia Piovesan. Segundo a autora, “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”.<sup>87</sup> Assevera ainda que a Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos, guiando o país ao cenário internacional.<sup>88</sup>

Voltando ao tema objeto deste estudo, qual seja, a efetividade do direito à moradia, valem da clara percepção do Professor Nelson Saule Júnior, para quem “o direito à moradia, como parte integrante dos direitos econômicos, sociais e culturais, para ter eficácia jurídica e social pressupõe a ação positiva do Estado, por meio da execução de políticas públicas, no caso da questão da moradia nas cidades, em especial da promoção da política urbana e habitacional”.<sup>89</sup>

Pela teoria clássica, os direitos econômicos, sociais e culturais, do qual faz parte o direito à moradia, contêm normas de cunho programático devido à falta de condições para a sua eficácia e aplicabilidade. No entanto, se se considerar o direito à moradia como uma norma programática, nem por essa razão se poderia

---

<sup>87</sup> **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5ª ed., op. cit. 59.

<sup>88</sup> Op. cit. pp. 60-61.

<sup>89</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 175.

deixar de tratá-la como uma norma jurídica fundamental e, portanto, de acordo com o §1º do artigo 5º da Carta Magna com aplicabilidade imediata.

Há opiniões divergentes na doutrina pátria quanto à interpretação do disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, visto que muito se discute acerca do caráter fundamental dos direitos sociais.

Valemos da lição de Eros Grau que ao fazer uma interpretação sobre a ordem econômica da Constituição de 1988, verifica que toda norma que defina direito ou garantia fundamental é dotada de vigência e de eficácia jurídica e, portanto, deve ser cumprida pelos particulares e tornada exequível pelo Estado, de modo a impor o seu cumprimento.<sup>90</sup>

Em sentido um pouco divergente de Eros Grau, destacamos o entendimento de Marcos Maselli, para quem “os direitos sociais podem subsumir-se à categoria dos direitos fundamentais, mas apenas na medida em que correspondam a condições mínimas de existência digna (mínimo existencial). Assim, dentro destes limites, o preceito insculpido no artigo 5º, §1º, torna estreme de dúvidas a sindicabilidade destes direitos”.<sup>91</sup>

Não há dúvida de que, contemporaneamente, os direitos sociais trouxeram um certo grau de desestabilização às Constituições, principalmente no tocante aos direitos prestacionais, visto que estes, segundo Paulo Bonavides,

---

<sup>90</sup> **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 296.

<sup>91</sup> **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**, op. cit. p. 99.

estão inseridos em uma “esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime”.<sup>92</sup>

### **2.6.2. A efetividade do direito à moradia em seu caráter defensivo e prestacional**

O direito à moradia pode ser considerado como um direito de segunda dimensão e, portanto, um direito social.

No entanto, o direito à moradia, assim como outros direitos fundamentais sociais, tanto podem assumir a condição de direito de defesa (cunho negativo), como de direito à prestação (cunho positivo), dependendo, outrossim, de sua função no caso concreto.

Assim, o direito à moradia, quando assume o caráter de direito de defesa, ou seja, aquele direito que objetiva a limitação do poder estatal e de terceiros em face da liberdade do indivíduo, está relacionado a modos de se impedir ingerências indevidas, como por exemplo, desapropriações inapropriadas, e despejos injustos ou irregulares que violem a segurança jurídica da posse, enfim, o direito das pessoas de não serem privadas arbitrariamente de sua moradia. Seguindo lição de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais de defesa implicam um dever de respeito aos interesses individuais, não somente implicando na exclusão total do Estado, mas objetivando a limitação desta intervenção.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Op. cit. p. 345.

<sup>93</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 176.

Enfim, no âmbito da dimensão negativa, o direito à moradia não impõe apenas a obrigação de abstenção por parte do Estado, mas também a proteção contra qualquer agressão de particulares a esse direito fundamental. Assim, o Poder Público e terceiros tem o dever jurídico de não prejudicar ou afetar o direito à moradia, respeitando-se a dignidade humana das pessoas.

Ainda no contexto do respeito ao direito à moradia em sua dimensão defensiva, há que se verificar o princípio da vedação de retrocesso,<sup>94</sup> meio indispensável à defesa deste direito fundamental, que dada a sua estrita vinculação com o princípio da dignidade humana, não mais poderá ser afastada ou suprimida do texto constitucional.

A vedação de retrocesso está especialmente atrelada aos princípios fundantes dos direitos fundamentais. Leciona Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos que a eficácia vedativa do retrocesso tem como pressuposto que os princípios constitucionais sejam concretizados por meio de normas infraconstitucionais e que um dos efeitos pretendidos por tais princípios seja a “progressiva ampliação dos direitos fundamentais”. Portanto, segue os autores afirmando que o que a vedação do retrocesso propõe é que se possa exigir do Poder Judiciário a invalidade da revogação de normas que concedam ou ampliem os direitos fundamentais, sem que “a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> A respeito do princípio da proibição de retrocesso, consultar o contributo de Lênio Luís Streck, **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, p. 31.

<sup>95</sup> “O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: **Crise e Desafios da Constituição**. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p. 502.

Já no âmbito da dimensão positiva, ou melhor, como direito fundamental a prestações, verifica-se que eles não mais objetivam a garantia da liberdade do indivíduo perante o Poder Público, mas, ao contrário, a uma postura ativa deste, colocando-se, pois, à disposição dos cidadãos prestações materiais.

A dimensão prestacional do direito à moradia abrange não somente prestações fáticas, como também normativas.

Observa Ingo Sarlet que o tema da dimensão positiva do direito à moradia trata-se de problema da maior dificuldade, pois diz respeito a possibilidade do titular do direito fundamental à moradia, com base nas normas constitucionais, poder exigir do Estado alguma prestação material que venha a lhe assegurar uma moradia digna.<sup>96</sup>

Uma das questões angustiantes quanto ao tema dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à viabilidade de sua efetivação e é justamente em face desta dificuldade que tais direitos têm sido enquadrados como disposições programáticas, despidas de eficácia propriamente jurídica e, portanto, inexecutáveis. Este é o entendimento de Luís Roberto Barroso quando sustenta que o direito à moradia não investe seu titular a uma situação jurídica comparável a exemplos como repouso semanal remunerado e direito à jurisdição, pois se assim o fosse se chegaria à conclusão de que no dia seguinte à promulgação da emenda constitucional nº 26/2000 (que inseriu a moradia no rol do artigo 6º da Constituição de 1988) todo indivíduo que não tivesse uma moradia poderia

---

<sup>96</sup> **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição...**, op. cit. p. 455.

impetrar uma ação contra o Estado para recebê-la.<sup>97</sup> Este também é o posicionamento de Marcos Maselli ao afirmar que “Do ponto de vista estritamente positivo, a ausência de um dispositivo ou capítulo que integre o caput do artigo 6º torna ineficaz a previsão do direito à moradia”.<sup>98</sup>

Na contramão dos entendimentos acima expostos, temos o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando ao tratar das normas de cunho programático, assim assevera:

Todas as normas constitucionais concernentes à justiça social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros direitos subjetivos, na acepção mais comum da palavra.

Não somente face aos tratados internacionais de direitos humanos, mas em razão, principalmente, da Constituição, os direitos econômicos, sociais e culturais têm eficácia plena, gerando a obrigação imediata do Estado brasileiro estabelecer as medidas necessárias para efetivar esses direitos, dentre os quais se inclui **o direito à moradia**.<sup>99</sup> (grifo nosso).

Uma característica que não pode ser negada às “normas programáticas” é que reclamam, com o fim de gerar efeitos, uma interposição do Poder Legislativo, afirmando Ingo Sarlet que estas normas apresentam “uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado (...)”.<sup>100</sup> O autor em que pese entender que as normas programáticas tenham uma

---

<sup>97</sup> **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, op. cit. p. 114.

<sup>98</sup> **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**, op. cit. p. 97.

<sup>99</sup> Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. São Paulo: **Revista de Direito Público** n. 57/58, p. 253/254.

<sup>100</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 280.

baixa normatividade, afirma estar convicto de que elas são dotadas de eficácia e não “meras proclamações de cunho ideológico.”<sup>101</sup>

O Estado brasileiro, seguindo normas de direitos internacionais de direitos humanos bem como as normas da Constituição Federal no que condiz com as obrigações das entidades federativas, tem o dever de promover a efetividade do direito à moradia, mesmo que tal direito possa ser enquadrado na expressão genérica de “normas constitucionais de caráter programático” quando se trata de sua natureza prestacional.

José Afonso da Silva, em sua clássica obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, propugna que as normas denominadas programáticas no sistema constitucional pátrio revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e as reivindicações de justiça social.<sup>102</sup>No entanto, o autor subdivide as normas de princípio programático em três categorias, quais sejam: a) as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, como, por exemplo, a norma contida no art. 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei); b) as normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, como, por exemplo, a regra contida no artigo 21, IX (À União a qual compete “elaborar e executar planos nacionais e regionais de (...) desenvolvimento econômico e social); c) as normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, como exemplo, o autor cita o art. 170 da Constituição que assim afirma: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

---

<sup>101</sup> Op. cit. p. 281.

<sup>102</sup> **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). De todo o exposto, José Afonso da Silva conclui que a separação apresentada contém validade apenas genérica, visto que todas elas são normas jurídicas e como programáticas devem ser “observadas, nos limites de sua eficácia, por todos, mesmo porque elas traduzem, em maior ou menor grau, limitações aos Poderes Públicos como também às autonomias provadas”.<sup>103</sup>

Quanto à aplicabilidade ou não das normas contidas nos direitos econômicos, sociais e culturais, entendemos que a sua não-efetividade ou inaplicabilidade não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, que tem por objetivo a redução da desigualdade econômica e social através de programas de implementação de políticas públicas.

Há autores que negam a existência de normas programática. Nelson Saule Júnior é um exemplo daqueles autores que sustenta a inexistência de normas programáticas, visto que para ele a inexistência de uma legislação específica que trate da matéria (no caso em tela a moradia) não justifica a sua ineficácia.<sup>104</sup>

Voltando ao tema dos direitos de caráter prestacional e partindo novamente da lição do mestre Robert Alexy quanto à distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, verifica-se que os direitos a prestações em sentido amplo englobariam os direitos de proteção e participação

---

<sup>103</sup> Op. cit. pp.147 a 150.

<sup>104</sup> Op. cit. p. 179.

na organização e procedimento, e quanto aos direitos a prestações em sentido restrito englobaria os direitos a prestações materiais sociais.<sup>105</sup>

Valendo-se da classificação acima exposta, constata-se que a moradia também pode assumir a feição de direito à prestação tanto no sentido fático quanto no sentido jurídico.

Como direito à prestação fática, o direito fundamental à moradia poderá impor ao Estado a obrigação, não de disponibilizar gratuitamente uma unidade habitacional aqueles que não têm condições financeiras para adquiri-la no mercado, mas viabilizar a realização de políticas públicas, disponibilizando no setor público habitacional linhas de financiamento àqueles que não têm condições para adquirir uma moradia através do sistema de mercado, ou seja, para as pessoas de baixa renda, que são, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>106</sup> as que mais carecem de uma habitação.

Quanto ao sentido jurídico, caberia ao Estado, com fim de dar eficácia ao direito à moradia, assegurar a todos o acesso à justiça com a finalidade de se garantir efetivamente os instrumentos de regularização fundiária, meios esses já regulamentados pelo Estatuto da Cidade.<sup>107</sup>

Constata-se, então, que a efetividade do direito à moradia como de qualquer outro direito fundamental social deve ser analisado à luz das

---

<sup>105</sup> **Teoría de los Derechos Fundamentales**, op. cit. pp. 419 e ss.

<sup>106</sup> A questão do déficit habitacional será abordada no último capítulo deste estudo.

<sup>107</sup> Elegemos neste estudo dois instrumentos de regularização fundiária como meios aptos a garantir o acesso efetivo à moradia, ou seja, a usucapião especial urbana e a concessão especial de uso para fins de moradia, instrumentos esses que são analisadas no último capítulo.

circunstâncias do caso concreto, sendo, pois, indispensável a ponderação dos valores em conflito.

Ao tratar de ponderação de valores, nos serve de base a teoria de Robert Alexy que nos adverte que a racionalidade da ponderação não pode residir em um modelo que procure exatidão matemática. Para correção da ponderação, o autor sugere que não haja prevalência de um princípio sobre outro, mas uma democratização de debates sobre as decisões jurídicas, de modo que não haja arbitrariedades. No caso do direito à moradia, dentre outros direitos sociais, Alexy sustenta a tese de que os direitos fundamentais sociais, no limite do mínimo existencial não são mandados de otimização, mas mandados jurídico-subjetivos *tout court*, definitivos.<sup>108</sup>

Assim assevera Alexy:

Habrà que considerar que uma posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmetne aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman cuenta. Em todo caso, estas condiciones están satisfechas em el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a um mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> **Teoria de los Derechos Fundamentales**, op. cit.pp. 495-496.

<sup>109</sup> *Ibidem.*

### 3. Os princípios constitucionais como fundamentos de Proteção ao Direito à Moradia

#### 3.1. Introdução

Partindo do entendimento de que a valorização dos princípios constitucionais pode promover a justiça social, elegemos, dentre eles, os mais relevantes para uma leitura do direito fundamental à moradia, a destacar neste capítulo a dignidade da pessoa humana – diretriz fundamental que guia a hermenêutica e a aplicação do direito – os princípios da igualdade e da função social da propriedade, além de analisar a função social da posse.

A partir da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais foram conduzidos ao centro do sistema, superando a dimensão meramente axiológica de outrora e ganhando verdadeiro *status* de normas jurídicas.

A normatividade dos princípios no Direito Constitucional contemporâneo conduziu a uma maior valorização deles como alicerce de todo o sistema jurídico. Descreve Paulo Bonavides que os princípios são “o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”. Informa ainda o autor que é graças aos princípios que “os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.<sup>110</sup>

Ao tratar da questão da normatividade dos princípios constitucionais, somos levados analisar duas categorias expostas pela dogmática, ou seja, a

---

<sup>110</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, op. cit. p. 259.

diferenciação entre os princípios e as regras. Sem intenção de alongar sobre tal assunto – mesmo porque foge ao estreito limite deste trabalho – temos que, ainda que sucintamente, analisar a distinção. O jurista germânico Robert Alexy nos fornece elementos indispensáveis à distinção entre regras e princípios. Para Alexy as normas compreendem princípios e regras. No entanto, enquanto que os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, as regras têm um grau relativamente baixo, observando ainda que a principal característica entre eles é o fato de que os princípios são normas de otimização que podem ser cumpridas em grau distinto, ao passo que as regras são normas que podem sempre ser cumpridas ou não.<sup>111</sup> Assim observa o autor:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...) En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado.<sup>112</sup>

Pois bem: após a explicação sucinta entre princípios e regras – e ainda utilizando-se a teoria de Alexy – é forçoso reconhecer as dificuldades de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais na busca por uma justiça social, visto que os princípios muitas vezes abrigam decisões ou valores contrapostos. Observa Barroso e Barcellos que a colisão entre princípios é

---

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, op. cit. p. 86.

<sup>112</sup> Op. cit. pp. 86-87.

possível e faz parte do sistema, principalmente em uma ordem pluralista na qual estamos vivendo. Prosseguem os autores afirmando que:

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social.  
(...) Princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação.<sup>113</sup>

De tudo o que foi exposto nesta introdução, vê-se que a aplicação dos princípios constitucionais deve se pautar pela técnica da ponderação, não havendo, pois, um modo de se aplicar a regra do tudo ou nada.

No tocante ao direito fundamental à moradia, também poderá ocorrer conflito quanto aos princípios aplicáveis ao caso concreto, ou melhor, norteadores de uma política habitacional, principalmente pela crise de efetividade que atinge os direitos sociais em nosso país. À guisa de exemplo, podemos apontar a oposição entre o direito à moradia, introduzido no rol do artigo 6º da Carta de 1988 pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, e o direito de propriedade, expresso no artigo 5º, inciso XXII: de um lado a realidade cruel daqueles que não possuem um teto para se abrigar contra as intempéries e de outro o direito dos proprietários de terras.

À luz do exposto, verifica-se que o problema da colisão entre princípios constitucionais somente pode ser equacionado diante das circunstâncias do caso concreto, sendo indispensável a ponderação dos valores em conflito. Nesta linha de entendimento, partimos da opinião do muitas vezes citado neste estudo Professor Ingo Sarlet quando sustenta que a previsão dos direitos sociais na

---

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 480-481.

Constituição e sua positivação na seara infraconstitucional não têm o condão de, por si só, alcançar “o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização”.<sup>114</sup>

O intérprete constitucional tem o dever e o compromisso de procurar um grau de efetividade para as normas constitucionais. Nos dizeres de Barroso e Barcellos “entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”.<sup>115</sup>

À vista do objetivo deste estudo, impossível é analisar todas as particularidades e sentidos dos princípios elencados como norteadores da eficácia do direito social à moradia. Todavia, destaca-se a aplicação de cada um dos princípios eleitos neste estudo como meios aptos para a busca de uma certa efetividade ao direito à moradia.

### **3.2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como valor fundamental**

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental logo em seu artigo 1º, inciso III, instituindo, assim, um novo valor a todo sistema jurídico nacional, visto que tal princípio está intimamente vinculado aos direitos fundamentais, sendo, pois, seu principal alicerce. A

---

<sup>114</sup> “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.), **Crise e Desafios da Constituição**, op. cit. p. 463.

<sup>115</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. “O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, op. cit. p. 497.

dignidade da pessoa humana é o princípio estruturante das diretivas de toda a ordem constitucional.

A dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988 é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, além de constituir o principal mandamento constitucional para a promoção do direito à moradia - objeto deste estudo.

Partindo do entendimento que o direito de ocupar um espaço com a finalidade de moradia constitui um existencial humano, que deve assim ser respeitado por todos (Estado e particulares), observamos que o conteúdo do direito à moradia – em que pese não ter sido definido por nossa Constituição – está atrelado a parâmetros mínimos de uma vida com dignidade.

Para que possamos compreender o conteúdo do direito à moradia, faz-se mister, primeiramente, abordarmos alguns aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, ou melhor, questões como o seu significado, conteúdo e sua eficácia jurídica, desde já asseverando que tal princípio concretiza-se através de outros princípios e regras constitucionais, formando, assim, um sistema harmônico.

### **3.2.1. Significado e conteúdo da dignidade da pessoa humana**

Buscar um conceito unívoco ou satisfatório para o princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa árdua e difícil.

Inobstante a polêmica discussão em torno do tema tanto na doutrina quanto na jurisprudência, partimos da feliz formulação de Ingo Sarlet para quem a dignidade humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>116</sup>

A dignidade é um conceito que foi sendo elaborado ao longo da história. No entanto, devemos revelar que foge ao enfoque dos estritos limites deste estudo analisar, com profundidade, o percurso histórico do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, faz-se necessário citar alguns pontos de contato do referido princípio com o ideário cristão e com o pensamento de Immanuel Kant.

De acordo com a teoria cristã, o fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se na mensagem difundida por Jesus Cristo e seus seguidores, segundo a qual o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e que por essa razão, deve ser respeitado e respeitar o seu próximo. Como um dos principais divulgadores desta concepção, no período da Idade Média, destaca-se Tomás de Aquino, que chegou a utilizar em suas anotações o termo '*dignitas humana*'.

Durante o século XVIII surge o movimento iluminista, que com seu ideário de razão humana, faz com que a concepção de dignidade da pessoa humana

---

<sup>116</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

perca seu fundamento na religiosidade, passando, pois, por um processo de racionalização, abandonando, assim, a vertente sacra dos séculos anteriores. É neste período da história que surge a concepção de dignidade baseada na autonomia ética do ser humano, concepção essa preconizada por Immanuel Kant,<sup>117</sup> segundo a qual o homem é um fim em si mesmo (concepção ontológica da dignidade).

Inobstante as breves considerações no tocante ao caminho histórico da dignidade da pessoa humana, verifica-se que sua positivação é algo relativamente recente. Foi após a Segunda Guerra Mundial, que a concepção da dignidade tomou maior relevo, tendo sido consagrada tanto no plano internacional através de organismos internacionais, a destacar a Organização das Nações Unidas, como no plano interno de cada Estado através de suas Constituições.

Assim como em outros países – como Portugal, Alemanha, Espanha – o Brasil também introduziu na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III, desenvolvendo-o ao longo de seu texto em outros artigos.

Levadas em conta as considerações acima especificadas, poderíamos ter uma luz acerca do significado e conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Um primeiro ponto a se revelar neste íterim é que o conteúdo da dignidade está intimamente ligado com os denominados direitos fundamentais ou

---

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana...**, op. cit. p. 32.

humanos, ou melhor, a dignidade dos cidadãos será respeitada quando seus direitos fundamentais estiverem sendo garantidos e realizados.<sup>118</sup>

Os direitos fundamentais nada mais são do que concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, este podendo ser considerado um supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios. Nesta quadra, interessante é a observação do mestre lusitano Vieira de Andrade para quem “é o princípio da dignidade da pessoa humana que está, nos tempos actuais, na raiz da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais”.<sup>119</sup> Observa ainda o constitucionalista português que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um princípio de valor que se encontra na base do estatuto jurídico dos indivíduos e que, para tanto, confere uma unidade de sentido ao feixe dos preceitos concernentes aos direitos fundamentais.<sup>120</sup>

Quanto ao significado ou conceito do princípio da dignidade, a situação é um ponto mais difícil, visto que o princípio da dignidade constitui, segundo Ingo Sarlet, uma categoria axiológica aberta, com contornos imprecisos e vagos, “sendo inapropriado conceituá-lo de maneira fixista”, visto que tal conceito necessita de uma delimitação pela práxis constitucional.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, op. cit. p. 110.

<sup>119</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, op. cit. p.103.

<sup>120</sup> Op. cit. p. 101.

<sup>121</sup> **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 108.

Ressalte-se, portanto, que o conteúdo da dignidade da pessoa humana deve ser preenchido a priori, ou melhor, um ser humano é digno somente pelo fato de ser uma pessoa.

A dificuldade de uma fixação semântica do sentido e alcance da dignidade não implica que ela possa ser violada, visto que é a primeira garantia dos direitos fundamentais das pessoas.<sup>122</sup> No entanto, apesar da imprecisão contida no princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se um certo conteúdo mínimo que não pode ser menosprezado. Com esta observação nos valem da lição de Ana Paula de Barcellos para quem existe um núcleo de condições materiais que “compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando unívoco, e não como um princípio”.<sup>123</sup> Acrescenta ainda a autora que para além do núcleo básico contido no princípio da dignidade humana, a norma manterá sua natureza principiológica, com finalidade indeterminada.<sup>124</sup>

Uma das dificuldades contidas no princípio da dignidade da pessoa humana – para além de sua própria natureza ambígua – refere-se às condições elementares necessárias à existência humana, ou seja, aquilo que a doutrina denomina de ‘mínimo existencial’. Essas condições estão relacionadas principalmente a questão de consenso a respeito do conteúdo da dignidade, visto que há muitas concepções do seja a dignidade e de como ela possa ser alcançada.

---

<sup>122</sup> RIZZATTO, Nunes. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

<sup>123</sup> **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, op. cit. p. 194.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

Levando-se em consideração que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado com as condições materiais de existência do homem, nos vem à tona a questão do dito 'mínimo existencial', questão bem reportada por Ricardo Lobo Torres, ao tratar dos direitos sociais. Sustenta o autor que a legitimidade do mínimo existencial é encontrada nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, princípios esses enumerados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.<sup>125</sup>

Ricardo Lobo Torres reporta o quão importante é o princípio da razoabilidade para a construção do conceito de mínimo existencial. Em que pese o autor negar o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais, ele verifica – dentre tantos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição de 1988 – o direito à moradia que, segundo o autor, “em sua parcela mínima, necessária a sobrevivência dos pobres e indigentes, torna-se direito fundamental social (= mínimo existencial); (...)”.<sup>126</sup> Em outro artigo, Lobo Torres observa que o mínimo existencial trata-se de problema relacionado com a questão da pobreza. Afirma assim que sem “o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”.<sup>127</sup> Prossegue o autor que afirmando que “a dignidade humana e as condições

---

<sup>125</sup> “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

<sup>126</sup> “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, op. cit. p. 34. O autor considera que os direitos fundamentais sociais *strictu sensu* podem ser considerados mínimo existencial.

<sup>127</sup> “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267

materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.<sup>128</sup>

Em que pese ser a dignidade da pessoa humana um princípio prevalente no momento de sua concretização normativa – como os demais princípios constitucionais – todos eles são passíveis de ponderação. Desse modo, o princípio da dignidade humana não possui superioridade hierárquica em relação aos demais princípios elencados no artigo 1º da Constituição de 1988. Na verdade, a dignidade humana foi concebida na Constituição Federal como norma unificadora de todos os direitos fundamentais.

A questão da ponderação dos princípios constitucionais é sustentada por Robert Alexy que em sua clássica obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana sujeita-se a uma necessária relativização quando contraposto à dignidade de terceiros.<sup>129</sup> Afirma o constitucionalista germânico:

El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado em diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favores de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto.<sup>130</sup>

A tese acima apresentada não significa que o princípio da dignidade da pessoa humana não mereça destaque na ordem constitucional vigente. Nesta

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> **Teoría de los Derechos Fundamentales**, op. cit. p. 108.

<sup>130</sup> Op. cit. p. 109.

seara importante é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet quando afirma que “eventual relativização da dignidade na sua condição de princípio (de norma jurídica) não significa (...) que se esteja a transigir com o caráter inviolável da dignidade considerada como qualidade inerente a todas as pessoas, que as torna sujeitos de direitos e merecedoras de igual respeito e consideração no que diz com sua condição humana”.<sup>131</sup> Esta também é a posição de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que, em nota de rodapé, esclarece que “como valor, a dignidade da pessoa humana ocupa, via de regra, posição de superioridade no mento da hierarquização axiológica, pelo que o princípio, manifestação desse valor, tende a prevalecer na maioria dos casos”.<sup>132</sup>

De todo o exposto, partimos da concepção preconizada pelo já citado Professor Ingo Sarlet no sentido de que ainda que possamos reconhecer a possibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana, não podemos e nem devemos transigir quanto à preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, ou seja, jamais podemos aceitar qualquer fórmula que importe em ‘coisificação’ do ser humano. Há necessidade de se averiguar sempre no caso concreto a existência de ofensa à dignidade pessoal, além de definir qual o âmbito de proteção da norma que a consagra.<sup>133</sup> Pianovski Ruzyk parte do mesmo entendimento que Sarlet quando afirma que a “preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana passam, pois, pela disciplina das relações concretas

---

<sup>131</sup> **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 132.

<sup>132</sup> “A Responsabilidade Civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente”. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131.

<sup>133</sup> **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, op. cit. pp.137-139.

de coexistencialidade”.<sup>134</sup> Afirma ainda o autor que a concretização do princípio da dignidade humana não é apenas tarefa do Poder Estatal, mas também de todos nós.<sup>135</sup>

No que respeita ao direito social à moradia – objeto do presente estudo – bem como a questão do consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade humana, não há quem possa afirmar que uma pessoa tenha sua dignidade respeitada quando esta não tem ao menos uma forma de abrigo e proteção. Observa Ana Paula de Barcellos que a falta de um consenso quanto ao conteúdo mínimo da dignidade nos levaria a uma situação de crise ética e moral de tal dimensão que o princípio da dignidade da pessoa humana se transformaria em um preceito vazio, sem um significado correspondente.<sup>136</sup> Prossegue a autora afirmando que “se não é possível vislumbrar a indignidade em nenhuma situação, ou todos os indivíduos desfrutam de uma vida digna – e aí sequer se cogitará do problema -, ou simplesmente não se conhece mais a noção da dignidade”.<sup>137</sup>

### **3.2.2. Eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana**

A eficácia jurídica do princípio da dignidade humana está relacionada aos limites e deveres do Estado e da comunidade, ou seja, ao impedimento de violação da dignidade pessoal bem como ao dever de proteção e promoção de

---

<sup>134</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente, op. cit. p. 133.

<sup>135</sup> Ibidem.

<sup>136</sup> **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, op. cit. p. 197.

<sup>137</sup> Ibidem.

uma vida digna para todos. Sem esses limites e deveres, a eficácia do dito princípio estaria irremediavelmente comprometida. Este é o entendimento de Pérez Lunõ para quem “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.<sup>138</sup> Acrescenta ainda o autor que para além do núcleo básico contido no princípio da dignidade humana, tal norma manterá a sua natureza de princípio, com finalidade relativamente indeterminada.<sup>139</sup>

Em que pese a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana estar expressamente previsto no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inciso III), tal fato não implica necessariamente que o mesmo não possa ser violado. Nesta quadra, interessante é a observação de Cármen Lúcia Antunes Rocha quando assevera que a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, apesar de ser imprescindível, não tem, por si só, o condão de assegurar o devido respeito e proteção, alertando ainda a autora, que tal princípio possui como características a “porosidade e ambigüidade”.<sup>140</sup>

A proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana abrange inúmeros direitos relacionados à pessoa, como, por exemplo, nome, imagem, saúde, moradia, etc. Porém, para que estes direitos tenham real proteção é necessário meios materiais aptos ao seu pleno exercício.

---

<sup>138</sup> **Derechos Humanos....**, op. cit. p. 318.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista Interesse Público**, nº 04, 1999, pp. 24-26.

Como o objeto deste estudo é o direito fundamental à moradia, observe-se o quão importante é este direito para o desenvolvimento da condição humana. Todo ser humano necessita, como condição de sua personalidade humana, de um lugar determinado e seguro com fim de se abrigar contra intempéries e se desenvolver plenamente. Neste ínterim, interessante é a observação do Professor Anderson Schreiber para quem há uma distância muito grande entre o desamparo daqueles que não tem onde morar e texto constitucional, que se cobre de vários obstáculos à concretização dos direitos sociais (tais como a moradia). Observa ainda o mesmo autor para o fato da indiferença da sociedade civil, cuja argumentação é a de que a questão da habitação é apenas dever do Estado. Assim, o problema da moradia acaba se perdendo em debates relacionados à carga tributária, à corrupção institucional e outras vezes à má gestão dos recursos públicos.<sup>141</sup> Acrescenta o mesmo autor que “por estas e outras razões, fazem-se necessários novos instrumentos jurídicos destinados a garantir a efetiva tutela do direito à moradia. Não apenas isto: antigos institutos do direito civil tradicional devem ser funcionalizados à proteção do direito à moradia, como aspecto fundamental da dignidade humana”.<sup>142</sup>

Para que a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana seja alcançado, necessário se faz uma releitura dos institutos do direito civil que deve ser funcionalizado.

---

<sup>141</sup> “Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro”. In: Carmem Lúcia Silveira Ramos, et al (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp.84-85.

<sup>142</sup> Op. cit. p. 85.

O princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à pessoa *in concreto*, e não ao sujeito abstratamente considerado, ou seja, aquele sujeito de direito do Código Civil.<sup>143</sup> Sustenta Luiz Édson Fachin que: “Por ser livre, a pessoa não pode ser tomada como objeto, catalogada, classificada, não cabe na clausura das definições”.<sup>144</sup> Segundo o mesmo autor é a pessoa e não o patrimônio que dever estar no centro do sistema jurídico.<sup>145</sup>

Conclui-se, portanto, que em que pese uma certa relativização ou ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana (conforme abordado acima), que cabe a todos os órgãos estatais, bem como aos particulares, não somente respeitar, mas também promover condições efetivas de vida digna para todos. Oportuno é a conclusão de Ana Paula de Barcellos quando afirma que “para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo o caminho de volta à sua própria humanidade”.<sup>146</sup>

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa é um dos princípios balizadores do direito social à moradia na medida em que, segundo assegura Ingo Sarlet, tal direito está intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana no âmbito daquilo “que se tem designado de um direito às condições materiais

---

<sup>143</sup> O Professor Luiz Édson Fachin critica a pessoa abstrata do Código Civil: “A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro”. In: **Teoria Crítica do Direito Civil**, op. cit. p. 85.

<sup>144</sup> **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, op. cit. p. 308.

mínimas para uma existência digna”.<sup>147</sup> Portanto, a dignidade da pessoa humana significa que toda e qualquer pessoa tem o direito de ter uma vida digna, ou melhor, dispor de uma moradia adequada.

### 3.3. O princípio constitucional da igualdade

A Constituição brasileira de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio da igualdade afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput). Tal princípio pode ser considerado o centro de onde irradiam todos os demais direitos estatuídos na ordem jurídica. Assegura Bonavides que o princípio da igualdade é um eixo do qual gira “toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”, considerando o autor que a igualdade sem dúvida é um dos direitos fundamentais de maior importância em nosso Direito Constitucional, podendo ser nominado de “o direito-guardião do Estado Social”.<sup>148</sup>

Os tratados e declarações internacionais também assinalam a igualdade de direitos entre os homens.

O direito de igualdade ainda suscita entre os doutrinadores muitos discursos e controvérsias.

Elegemos, dentre tantos outros princípios constitucionais, o princípio da igualdade como norteador do direito social à moradia.

---

<sup>147</sup> O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição**, op. cit. p. 431.

<sup>148</sup> **Curso de Direito Constitucional**, op. cit. p. 341.

Buscar um significado unívoco ao direito à igualdade é tarefa difícil, mesmo porque a tal direito assiste dois sentidos, quais sejam: o sentido jurídico-formal e o sentido material. A igualdade formal possui um caráter negativo, pois gerou na sociedade as desigualdades econômicas, visto que fundada em uma visão individualista do homem. A igualdade perante a lei, conforme declara nossa Constituição de 1988, trata-se do sentido apenas formal do direito, visto que não leva em conta as distinções entre os seres humanos e os grupos sociais. Já a igualdade material não é aquela perante a lei, mas através da lei.

José Afonso da Silva observa, ao tratar do direito de igualdade, que seu conceito provocou na doutrina posições divergentes. Assegura o autor que alguns adotaram a opinião de que os seres humanos já nascem e perduram desiguais e desse modo a igualdade não passaria de um nome, sem significação real. Em sentido completamente oposto, continua o autor, estão os idealistas que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Há ainda uma terceira posição, denominada realista, que é aquela que reconhece que todos são desiguais em múltiplos aspectos, todavia, os homens devem ser descritos como seres iguais. Afirma José Afonso da Silva que a igualdade segundo esta corrente se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie, sem deixar de excluir a possibilidade de várias desigualdades entre os mesmos.<sup>149</sup>

Canotilho ao tratar do princípio da igualdade assevera que a afirmação clássica de que todos são iguais perante a lei significa, basicamente, a exigência de igualdade na aplicação do direito e é nessa dimensão que o princípio assume

---

<sup>149</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 211-212. op. cit. pp.

relevância no âmbito de aplicação igual da lei pelos órgãos administrativos bem como pelos tribunais. Todavia, continua o autor lusitano afirmando que o princípio da igualdade, em seu sentido apenas formal, acabaria por se reduzir em um simples “princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração”, sendo, pois, necessário, delinear os “contornos do princípio da igualdade em sentido material”.<sup>150</sup>

O princípio da igualdade consagrou os direitos fundamentais sociais no Estado Social. Alexy aponta o problema da interpretação do princípio da igualdade nos dias atuais, inferindo se tal princípio representaria ou não uma obrigação para o Estado de se criar na sociedade a igualdade fática.<sup>151</sup>

É pelo princípio da igualdade fática ou material que o Estado se obriga a remover as injustiças sociais. Não há igualdade se os direitos sociais consagrados na Constituição e nas declarações internacionais não forem assegurados às pessoas. O direito à moradia – objeto deste estudo – como direito social consagrado na Carta Magna de 1988, em seu artigo 6º, também tem como base o princípio da igualdade no sentido de se estabelecer não somente uma política habitacional, mas também no sentido de se assegurar a segurança da posse para aquela parcela da população que vive em assentamentos irregulares.

Um problema apontado por Nelson Saule Júnior é se o Estado poderia promover uma política habitacional destinada a um determinado grupo social sem que houvesse lesão ao princípio da igualdade. O princípio da igualdade estaria sendo violado se o Poder Público disponibilizasse recursos públicos para viabilizar

---

<sup>150</sup> **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp.417-418.

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, op. cit. p. 386.

o acesso à moradia à população de baixa renda? Com o objetivo de dar uma resposta a essa questão, Saule Júnior considera importante, antes de tudo, buscar um significado ao princípio da igualdade.<sup>152</sup> O autor para tanto parte da afirmação doutrinária já consagrada de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Partindo dessa premissa, Saule Júnior, observa que não haveria lesão ao princípio da igualdade quando vivemos em uma sociedade onde as condições habitacionais da população urbana são profundamente desiguais, ou seja, de um lado aqueles que vivem com toda a infra-estrutura e tecnologia e de outro, aqueles que habitam em favelas, cortiços e bairros periféricos, desprovidos de serviços básicos. Continua o autor sustentando a tese de que se há claras situações de desigualdade, é com base no princípio da igualdade, que o Estado não somente deve dispor de uma política pública que contenha normas diferenciadas com o fim de se reduzir a desigualdade social como também deve propiciar condições reais para que a população de baixa renda e segregada possa obter uma moradia digna.<sup>153</sup>

Nesta quadra, interessante é o argumento defendido por Ricardo Luis Lorenzetti no sentido de que o princípio da igualdade – tal como os demais princípios – não é absoluto, podendo o legislador estabelecer categorias ou grupos que mereçam um tratamento diferenciado, haja vista que a condição de generalidade é insuficiente, devendo a ordem jurídica introduzir critérios complementares de caráter material.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 153.

<sup>153</sup> Op. cit. pp. 154-155.

<sup>154</sup> **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 523.

Quanto à segurança jurídica das áreas urbanas irregulares e, por vezes, ilegais, a aplicação do princípio da igualdade irá propiciar solução mais justa aos conflitos que devem ser dirimidos pelo Poder Judiciário, devendo este, com base em tal princípio, apreciar o caso concreto buscando soluções que não provoquem ainda mais discriminações e violações aos direitos daqueles que são mais vulneráveis às injustiças sociais, ou seja, àquelas pessoas moradoras de cortiços, favelas e conjuntos habitacionais populares.

Com base no princípio da igualdade e com o fim de se garantir o mais alto grau de efetividade ao direito à moradia, o já citado urbanista Nelson Saule Júnior afirma que “Podemos concluir que o princípio da igualdade é o fundamento balizados do dever do Estado brasileiro para constituir um sistema nacional de política habitacional descentralizado e democrático direcionado a atender a necessidade habitacional das pessoas pobres e miseráveis que moram em condições precárias e subumanas em nossas cidades”.<sup>155</sup>

O jurista lusitano Vieira de Andrade faz uma distinção importante quanto a aplicação do princípio da igualdade. Para ele tal princípio não deve ser aplicado nas relações privadas enquanto “proibição do arbítrio ou imperativo de racionalidade de actuação”, ou seja, nestas situações a liberdade tem que prevalecer sobre a igualdade, haja vista que o homem não é um ser perfeito, sendo apenas racional e, portanto, não se pode impor a ele rigidamente uma estrita igualdade com seus semelhantes. Entretanto, assevera o autor que enquanto “proibição de discriminações”, o princípio da igualdade deve ser aplicado

---

<sup>155</sup> Op. cit. p.158.

e até imposto por disposições legislativas restritivas da liberdade geral ou negocial, a fim de que não se permitam certos tipos de discriminações entre os membros de uma comunidade, devendo o legislador até mesmo impor certas obrigações específicas de igualdade de tratamento.<sup>156</sup>

Já o mestre Ricardo Lorenzetti, ao tratar do problema do tratamento discriminatório, assevera que os critérios para se distinguir a discriminação é o fundamento da desigualdade e a comparação entre uma determinada situação com outra alternativa.<sup>157</sup>

Conclui-se, desse modo, que a legislação atinente à política habitacional deve buscar no princípio da igualdade medidas eficientes que resultem em efeitos positivos para o exercício do direito à moradia, especialmente daqueles menos favorecidos.

### **3.4. O princípio constitucional da função social da propriedade**

Conforme enunciado alhures, os princípios constitucionais têm por fim, primordialmente, a promoção da justiça social. Destacamos neste estudo os mais relevantes para uma releitura do direito fundamental à moradia, relevando neste tópico o princípio da função social da propriedade.

Por certo que o exercício do direito à moradia não é exercido tão-somente por meio da propriedade de um bem imóvel, porém, esta é uma das formas de

---

<sup>156</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, op. cit, pp. 277-278.

<sup>157</sup> Op. cit. p. 524.

exercício daquele. Portanto, a função social pode ser considerada o pilar de sustentação da propriedade no direito contemporâneo.

A propriedade há muito vem sendo um foco de constantes conflitos, visto que esta sempre refletiu o desejo material do homem.

A idéia de uma função social da propriedade é em si antiga, remontando a *Summa Theologica* de Tomás de Aquino. No direito constitucional brasileiro a idéia de função social também não é tão recente. A Constituição brasileira de 1934, sob influência das Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, trouxera pela primeira vez a idéia de que a propriedade deveria atender a interesses não somente de proprietários, mas também de terceiros. O tema da concepção da Carta de 1934 foi o da superação dos direitos do indivíduo em sua dimensão unitária para uma dimensão social e comunitária. No entanto, a rigor, foi a Carta Política de 1946 que expressou, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade.<sup>158</sup> A preocupação maior desta Carta Política foi no sentido de condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social, buscando as bases para uma reforma da estrutura agrária no Brasil.

Em 1962 foi aprovada a Lei nº 4.132, lei federal que passou a prever algumas hipóteses de interesse social a justificar a desapropriação da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social (conforme previsto na Carta de 1946).

---

<sup>158</sup> O artigo 147 da Constituição de 1946 previa que: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que nossos legisladores constituintes realmente passaram a dar um novo enfoque ao direito de propriedade, tratando-o como um direito fundamental ao inseri-lo no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do artigo 5º, inciso XXII, determinando ainda no inciso seguinte que “a propriedade atenderá a sua função social”, bem como no Título VII que dispõe sobre a ordem econômica e financeira (artigo 170, inciso III). Conclui-se, então, que o direito de propriedade e sua função social são coexistentes.

No direito civil pátrio, a propriedade era vista como um direito absoluto, conforme se observava no Código Civil de 1916, que inspirado no Código de Napoleão, não definia o instituto e se limitava apenas a indicar os poderes do proprietário.<sup>159</sup> Em nenhum momento o Código enunciava preocupação com a função social da propriedade, função que lhe era totalmente estranha.<sup>160</sup>

O Código Civil de 2002, da mesma forma que o anterior também não conceitua o instituto propriedade, enunciando, pois, em seu artigo 1228 que: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Verifica-se no enunciado acima que o legislador ordinário apenas indicou as prerrogativas do proprietário, sem fazer, nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto.

---

<sup>159</sup> Previa o artigo 524 do Código Civil de 1916 que: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

<sup>160</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”. In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 305.

Não obstante, no parágrafo 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002 o legislador enuncia que o direito de propriedade deve estar condicionado às suas finalidades econômicas e sociais, preceituando que: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Observa Gustavo Tepedino que o preceito contido no referido parágrafo 1º do artigo 1228 do Código Civil de 2002 teve por fim perquirir a tutela constitucional da função social da propriedade, exigindo uma interpretação que realmente pudesse dar algum conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias.<sup>161</sup>

Poucos são aqueles que ainda encaram o instituto da propriedade como mero direito subjetivo, ou seja, como um direito que apenas confere direitos a seus titulares sem qualquer preocupação com os deveres destes. Conceituar tal instituto como simples direito subjetivo é retornar ao caráter individualista do ordenamento. Se à época do Código Civil de 1916 o titular do direito de propriedade possuía total liberdade de decisão sobre o destino a dar a sua propriedade imóvel, a introdução do princípio da função social alterou a disciplina da matéria a partir do instante que condicionou o exercício do direito de propriedade à satisfação das exigências da sociedade, não mais se admitindo o uso exclusivo e ilimitado da propriedade. Neste passo, interessante é a

---

<sup>161</sup> “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”, op. cit. 306.

observação de Liana Portilho Mattos ao explicar que o conteúdo do direito de propriedade seguiu uma linha evolutiva no decorrer da história chegando neste século a uma noção voltada para o social, abandonando-se seu caráter individualista.<sup>162</sup> Observando também que o conteúdo do direito de propriedade está relacionado a cada momento histórico, assevera Francisco Cardoso Oliveira que:

O conceito de propriedade não se completa sem que considerada a função social. Diante do princípio da função social, a natureza abstrata do conceito de propriedade perde sentido, porque a funcionalização reintroduz na noção de propriedade valores relacionados à utilização e ao uso da coisa objetivo da propriedade. Pensar a funcionalização implica quase sempre um olhar metajurídico, voltado para a realidade social, que, entretanto, não perde a perspectiva da juridicidade. O conceito de propriedade funcionalizada não depende apenas de uma formulação teórica abstrata, sem relação com os valores da realidade social e histórica em que inserido o exercício dos poderes proprietários.<sup>163</sup>

Diante do exposto, constatamos que o conceito contemporâneo de propriedade é visto como um *status*, inspirado, pois, em valores constitucionais, tendo havido, conseqüentemente uma relativização de seu conceito, que já não é mais visto como um direito absoluto e individual. Na verdade, a propriedade é um conceito que está ligado à realidade histórica e a idéia de função social. Segundo adverte Francisco Cardoso Oliveira a função social “contempla uma atividade por parte do proprietário tendente a concretizar, na realidade social e histórica, determinado objetivo homogeneizador, integrado à ordem jurídica, que qualifica o modo de apropriação de bens (...)”.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003, p. 42.

<sup>163</sup> **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 243.

<sup>164</sup> Op. cit. pp- 243-244.

Portanto, atualmente o direito de propriedade está condicionado a uma função social, conforme enuncia nossa Constituição de 1988 ao tratar dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, buscar um significado ao princípio da função social não é tarefa fácil, bem como também não o é atribuir-lhe um certo grau de efetividade. Aliás, observa Luiz Edson Fachin que é fundamental abandonarmos a “postura da segurança dos conceitos”, visto que explicações segmentadas nos levam a uma “banalização da complexidade dos problemas”.<sup>165</sup> Assim, diante dos constantes conflitos suscitados no direito de propriedade, chegarmos a um conceito puro e simples do que seja propriedade e função social é tentar estabelecer apenas abstrações. Um consensualismo em torno do tema ‘propriedade’ acabaria por esbarrar em obstáculos decorrentes das múltiplas relações envolvidas no instituto.

A redação do texto constitucional de 1988 ao tratar do princípio da função social da propriedade o fez de maneira genérica, transferindo para os Poderes Executivo e Judiciário a tarefa de interpretar e aplicar tal instituto. Veja-se, contudo, que a tarefa de interpretar é indispensável no direito, principalmente na sociedade contemporânea, tão aberta e plural. Os Códigos não mais dão conta de projetar conceitos. Uma nova ordem se impõe. O que importa é, segundo o já citado professor Luiz Edson Fachin, que os fatos decorrentes das relações sociais implicam uma ruptura com o sistema e no plano da propriedade tal ruptura é cada vez mais visível.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 196.

<sup>166</sup> Op. cit. p. 203.

Ainda no plano de perquirir uma definição para o instituto da propriedade e sua função social, esclarece José Afonso da Silva que não se deve confundir a função social da propriedade com as limitações do uso da propriedade, fato esse que pode levar a uma má definição do princípio. Afirma este jurista que as limitações dizem respeito ao exercício do direito de propriedade, ao passo que a função social refere-se à própria estrutura do direito.<sup>167</sup>

A função social da propriedade não é, assim, um componente do direito de propriedade, pois, seu fundamento está resguardado no interesse social da coletividade como um todo. A Constituição de 1988, ao reconhecer a função social da propriedade, não excluiu o direito do proprietário sobre seus bens, mas passou a exigir destes o condicionamento de tais bens ao bem-estar geral.

Tarefa difícil é conceituar o instituto propriedade, mesmo porque esta, segundo orientação de José Afonso da Silva, não se constitui em instituição única, havendo, pois, diversos tipos de bens e de titulares, sendo que cada um dos tipos pode estar sujeito a “uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade”.<sup>168</sup>

Todas as transformações sociais ocorridas no último século acabaram ensejando à propriedade um novo disciplinamento, reduzindo seu caráter individualista e compatibilizando seu preceito com a função social. Assim, verifica-se que a propriedade passou a ter um caráter dúplice: servindo tanto ao individualismo quanto às necessidades sociais, haja vista que o princípio da

---

<sup>167</sup> **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.75.

<sup>168</sup> **Direito Urbanístico Brasileiro**, op. cit. pp. 74-75.

função social não tem o condão e o poder de suprimir a instituição da propriedade privada.<sup>169</sup>

O que se observa ao interpretar o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição de 1988 é que o proprietário tem o dever de exercer o domínio no interesse da sociedade e não apenas em face de seus próprios interesses. Nesta quadra, oportuna é a lição do já citado civilista Gustavo Tepedino quando afirma que:

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu 'perfil interno' e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um 'massimo sociale'.<sup>170</sup>

Por ora, podemos utilizar da digressão de Perlingieri no tocante a expressão "função social", segundo o qual esta não poderia ser edificada como um conjunto de limites voltada a comprimir os poderes dos proprietários, visto que a disciplina da propriedade deve ser interpretada com o fim de garantir e promover os valores sobre o qual se funda o ordenamento, que inspirado na solidariedade política, não deve conceder ao titular poderes contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas poderes necessários para obter o interesse constitucionalmente relevante.<sup>171</sup> Acrescente-se a tal argumento, a posição de José Afonso da Silva, para quem o intérprete deve compreender que a função social acarreta uma transformação sobre os deveres do proprietário, ou seja, a

---

<sup>169</sup> **Direito Urbanístico Brasileiro**, op. cit. 77.

<sup>170</sup> "Contornos Constitucionais da Propriedade Privada", op. cit. p. 318.

<sup>171</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, pp. 226-227.

função social é um elemento “qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.<sup>172</sup>

### 3.4.1. Breve histórico da propriedade

A história da propriedade é oriunda da organização política de cada Estado.

Verificando-se documentos históricos é provável que a forma mais remota de propriedade fosse a coletiva, em que membros de uma comunidade detinham o direito de uso e gozo sobre determinadas coisas. O solo pertencia a toda a coletividade, a todos os membros da família.

Na Grécia antiga prevalecia a propriedade familiar, onde havia a divisão da terra entre os clãs, limitando-se a propriedade individual apenas aos bens móveis. Não existia apropriação por prescrição aquisitiva da terra, visto que ela pertencia à comunidade.<sup>173</sup> Fustel de Coulanges observa a importância do aspecto religioso no tocante à propriedade grega ao se referir à invocação dos “deuses-lares”. Disso decorre o aspecto sagrado dado à propriedade.<sup>174</sup>

No direito romano, desde o período das XII Tábuas, já havia a divisão dos bens de acordo com sua natureza em móveis e imóveis. Essa dicotomia era traçada nas ações de defesa das diversas situações jurídicas, com alguns efeitos

---

<sup>172</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo**, op. cit. p. 282-283.

<sup>173</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 45.

<sup>174</sup> **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, p. 153.

práticos, especialmente em matéria de usucapião e regime dotal.<sup>175</sup> A Lei das XII Tábuas fazia menção a algumas limitações à propriedade.

Os romanos conheceram uma forma quase absoluta de propriedade: a 'quiritária'. Aquele que detivesse essa espécie de propriedade poderia utilizar-se dela como quisesse. No entanto, essa propriedade era reservada apenas aos cidadãos romanos.<sup>176</sup>

Ressalte-se que tanto a propriedade grega quanto à romana colocavam-se ao lado da religião e da família. O lar da família tinha íntima relação com a propriedade do solo.<sup>177</sup> Na sociedade deste período, o chefe da família recebia uma extensão de terra e a cultivava ao longo de sua vida até que com sua morte a passasse aos filhos.

Já no período medieval, o sistema feudal presidia a sociedade da época. Nesse sistema, pouca importância tinha a propriedade sobre bens móveis, visto que a terra era a fonte principal de riqueza e de poder político.<sup>178</sup> A grande preocupação do sistema feudal era com a segurança e defesa das propriedades privadas dadas as crescentes invasões de terras neste período.

No sistema feudal destacavam-se duas importantes características, ou seja, a ausência do poder público e o parcelamento do solo. A concessão da terra pelo senhor era uma maneira do vassalo tirar o seu sustento com o plantio e ao mesmo tempo prestar um serviço ao proprietário do solo. Com a vassalagem instituiu-se um regime de troca de fidelidade para que se pudesse entrar

---

<sup>175</sup> GILISSEN, John, op. cit. p. 634.

<sup>176</sup> GILISSEN, John, op. cit. p. 638.

<sup>177</sup> COULANGES, Fustel, op. cit. p.161.

<sup>178</sup> GILISSEN, John, op. cit. p. 634.

regularmente na posse de um feudo. Nesta quadra, esclarece Gilissen que o feudalismo foi um período caracterizado “por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo”.<sup>179</sup>

Com o incremento do comércio e a construção das cidades surgiu na sociedade um novo tipo de classe social: a burguesia. Com esta nova classe social desaparece a sociedade feudal. Nesta nova fase, as relações de troca constituíam o fenômeno principal na produção de riquezas. As forças produtivas passaram a exigir um novo regime jurídico para a propriedade.<sup>180</sup>

A importância sócio-econômica trazida pela burguesia com suas relações comerciais configurou-se, como assinala Cortiano Júnior, “em elemento de libertação dos indivíduos em face dos privilégios da nobreza e do clero (...)”.<sup>181</sup>

Foi com Revolução francesa (1789), com seus ideais de liberdade e igualdade, que se consagrou um novo tipo de propriedade, de caráter nitidamente individualista. O contexto político desta época era caracterizado principalmente pela disputa de poder e os conflitos de classes sociais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 conceituou a propriedade como um direito inviolável e sagrado, garantindo-se, assim, um direito protetor dos poderes do proprietário. O direito de propriedade foi expresso em seu artigo 17 nos seguintes termos: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública,

---

<sup>179</sup> Op. cit. p. 189.

<sup>180</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28.

<sup>181</sup> Op. cit. p. 32.

legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob condição de uma justa e prévia indenização”.

O Código Civil francês (1804), marcado por sua natureza individualista e liberal, trouxe profundas modificações na legislação civil do século XIX. Dentre elas podemos destacar as alterações no regime jurídico da propriedade, que passou a ser encarada como um direito absoluto. O seu artigo 544 descrevia as características do direito de propriedade como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, contanto que dele não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”. Interessante observar que três quartas partes do Código Civil francês foram destinadas a tratar da propriedade.<sup>182</sup>

O Código Civil Napoleônico traduziu perfeitamente o Estado político de seu tempo e por essa razão foi identificado como a “regra do jogo na paz burguesa”.<sup>183</sup> O já citado doutrinador Eroulths Cortiano Júnior assinala que o Código Civil francês era “voltado para a proteção da esfera patrimonial dos sujeitos, cuja titularidade reside justamente nas possíveis titularidades”.<sup>184</sup> Proprietário para o referido Código Civil era aquele que detinha a titularidade sobre o bem.

O individualismo traçado no Código de Napoleão perdeu força no século XIX com o desenvolvimento industrial que, conseqüentemente, passou a buscar um sentido social à propriedade. O direito de propriedade passou, então, a ter

---

<sup>182</sup> GILISSEN, John, op. cit. p.534.

<sup>183</sup> GILISSEN, John, op. cit. p. 454.

<sup>184</sup> Op. cit. p. 73.

uma conotação social, em verdadeira oposição à característica individualista de outrora.

A partir do século XX assistiu-se a uma evolução no tocante ao direito de propriedade. O Estado passou a intervir cada vez mais nas relações econômicas, despontando, como conseqüência, uma forte tendência socializante. Movimentos de pressão política – inspirados principalmente pela Constituição alemã de Weimar (1919) – passaram a exigir do Estado melhores condições de vida para os desassistidos.

A partir da Constituição de Weimar (1919) e da do México (1917) passou-se a questionar a posição jurídica do direito de propriedade. A fórmula *jus utendi et abutendi* já não era suficiente para descrever a relação jurídica proprietária.<sup>185</sup>

Em relação ao direito brasileiro, observa-se que o direito de propriedade sempre foi garantido por todas as Constituições desde a Carta Imperial de 1824, porém, foi a partir da Carta Política de 1934 – conforme já mencionado alhures - que se inaugurou no cenário brasileiro um sentido social ao direito de propriedade, ou seja, o foco de interesse desviou-se do individual para o coletivo. Enfim, foi nesta Constituição que se estabeleceu limitações ao direito de propriedade em prol do interesse coletivo.

Inobstante ter surgido o interesse pela função social da propriedade na Constituição de 1934, foi na Constituição brasileira de 1946 que pela primeira vez

---

<sup>185</sup> TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 306, 1989, p. 74.

se tratou de modo explícito da função social que toda propriedade está sujeita. Preocupou-se o constituinte com o uso da propriedade ao bem-estar social.<sup>186</sup>

Com a evolução da sociedade e por consequência do direito, a propriedade passou a ter um tratamento diferenciado, deixando de ser visto apenas como uma mera relação entre proprietários, passando o Estado a intervir em tal instituto, regulando, assim, a relação entre o interesse público e o privado.

O interesse por se buscar um sentido social à propriedade não somente se deu sob a égide constitucional, mas também através de lei ordinária com a regulamentação da lei agrária, mais conhecida como Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.1964), que exerceu papel fundamental no que respeita ao conteúdo do direito de propriedade, particularmente da propriedade rural no Brasil. Segundo tal Estatuto, a propriedade rural atingiria sua função social quando fossem observadas algumas questões, tais como o favorecimento ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores da terra, a conservação dos recursos naturais, a imposição de disposições legais e reguladoras de justas relações de trabalho entre os possuidores e os cultivadores da terra.

Já quanto às normas contidas no Código Civil de 1916, estas ainda continuavam a determinar o caráter individualista do direito de propriedade no decorrer do século XX e era esta noção que predominava nas decisões judiciais, mesmo que aplicadas em um contexto histórico-social diverso daquele do início do século.

---

<sup>186</sup> Descrevia o artigo 147 da Carta de 1946: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Foi com a Carta Política de 1988 que realmente a propriedade passou a ser disciplinada de modo amplo, passando a tratar tal direito em dois títulos distintos, quais sejam: no Título I, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e, depois, no Título VII, Capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Neste ínterim, pode-se afirmar que a propriedade socializou-se a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente porque foi a partir dela que a propriedade passou a ser considerada um direito fundamental desde que condicionada a uma função social.

Quanto aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, descrito na Constituição de 1988, no Título VII, Capítulo I, verifica-se que a finalidade deles não são senão propiciar a todos os brasileiros uma existência digna conforme os ditames da justiça social e dentre os princípios basilares da Ordem Econômica está inscrito a propriedade privada (art. 170, inciso II) e a função social (art. 170, inciso III).

Conclui-se, nesta quadra, que a Constituição brasileira de 1988 consolidou um novo paradigma em vários aspectos, a se destacar em matéria de propriedade. Seu fundamento não se restringe mais a apenas regular a simples apropriação de bens. O instituto “propriedade”, segundo Francisco Cardozo Oliveira recuperou a “sua dimensão humana porque se encontra submetido ao objetivo de promover o bem-estar social e não apenas o conforto pessoal do proprietário”.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

### 3.4.2. Natureza jurídica da propriedade

O curso da história, como se observa no tópico anterior, acabou modificando a natureza jurídica da propriedade, sem, todavia, alterar sua substância.

A doutrina há muito vem debatendo sobre a eficácia do princípio da função social da propriedade em relação a seu regime jurídico.

Verifica-se que a propriedade contemporânea recebeu influência da massificação e da atuação dos grandes conglomerados econômicos, tendo sido relativizado o absolutismo do conceito de propriedade, sem se negar, contudo, o direito à propriedade privada.

Parte dos doutrinadores brasileiros ainda concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado apenas ao Direito Civil. Tal fato é observado por José Afonso da Silva ao relatar que eles confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, ou seja, “consistente apenas no conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, isto é, mero conjunto de condições limitativas”.<sup>188</sup>

O Código Civil brasileiro de 1916 foi fruto de doutrinas baseadas no individualismo do século XIX, doutrinas que não levaram em conta as profundas transformações impostas às relações da propriedade privada sujeita, atualmente, à disciplina do Direito Público.

---

<sup>188</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 271-272.

A propriedade contemporânea deve afeiçoar-se a um novo modelo, onde se impõe o respeito aos interesses não só dos proprietários, mas também aos não-proprietários. Brillhante é a lição de Gustavo Tepedino que nos ensina que não mais se pode falar em conteúdo mínimo em relação à propriedade, mas sim em novo e preciso conteúdo da propriedade, inserida na relação concreta dos outros valores não-proprietários.<sup>189</sup>

Inobstante o artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988 ter elevado o direito de propriedade como um direito fundamental, conforme já observado anteriormente, verifica-se que o dispositivo não faz qualquer restrição ao instituto, fato esse que poderia nos levar a concluir que toda e qualquer espécie de propriedade pode ser considerado como direito fundamental. No entanto, ao estatuir a Constituição que também é direito fundamental a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), legitimou o instituto da propriedade apenas aquela que esteja cumprindo com sua função social. Disso decorre que a propriedade que não esteja cumprindo com sua função social não poderá ser elevada a categoria de direito fundamental e merecer o mesmo tratamento jurídico aos demais direitos fundamentais elencados no texto constitucional.

Neste passo, conclui-se que com o progresso desenvolvido ao longo do século XX através do sistema capitalista de produção e circulação de bens, a natureza jurídica da propriedade alterou-se profundamente, visto que sua estrutura foi convertida em um poder-dever voltado principalmente à destinação do bem e a objetivos que transcendem o simples interesse do proprietário. Adverte o mestre

---

<sup>189</sup> “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada”. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, op. cit. p. 323.

Luís Édson Fachin que não ser titular da uma propriedade deixou de ser uma categoria de exclusão e passou a integrar algo merecedor de tutela jurídica.<sup>190</sup>

Verifica-se ainda que o novo Código Civil brasileiro, em consonância com a Constituição Federal de 1988, não traz mais a idéia do caráter individualista da propriedade, buscando uma tutela efetiva de direitos. O artigo 1.228 do atual Código não dispõe ao proprietário o simples direito de usar, gozar e dispor da coisa, inserindo em seus parágrafos o exercício do direito de propriedade que deve estar condicionado à função social e econômica.

### **3.4.3. A função social da propriedade urbana**

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a utilização da propriedade urbana nos artigos 182 e 183, inaugurando, assim, um novo regime jurídico à propriedade, destacando em seu texto um capítulo específico à Política Urbana brasileira, *in verbis*:

#### Capítulo II – Da Política Urbana

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

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

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

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

---

<sup>190</sup> **Teoria Crítica do Direito Civil**, op. cit. p. 324.

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

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

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-o 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 e 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”.

Faz-se mister lembrar que cabe ao direito assegurar os procedimentos obrigatórios para que função social seja efetivamente atendida. No caso da propriedade urbana, segundo o que se constata nos dispositivos acima, é o plano diretor que deve promover a funcionalização da propriedade.

Como fundamento de validade e existência, a função social, elemento estrutural, é expressa também pelas regras infraconstitucionais, a destacar por sua especial importância, a Lei Federal n º 10.257, denominada ‘Estatuto da Cidade’, lei que veio regulamentar o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que o projeto de lei, que posteriormente se denominou Estatuto da Cidade tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década e tem como objetivo, conforme já mencionado acima, regulamentar os artigos 182 e 183 da Magna Carta de 1988. Assim, esta lei procurou estabelecer normas de ordem pública e interesse social para a regulamentação do uso da propriedade urbana no Brasil.

A Constituição Federal no capítulo que regula a política urbana não estatuiu o que vem a ser a função social da propriedade urbana, tendo apenas delegado a competência para desenhá-la em linhas gerais ao legislador infraconstitucional, devendo, para tanto, traçar a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo município, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O papel do princípio da função social descrito no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição de 1988, em relação ao direito à moradia está relacionado ao aspecto finalístico, ou seja, ao modo de facilitar não apenas o exercício de morar, mas ao modo de exercer a própria dignidade do ser humano como membro de uma sociedade.<sup>191</sup> Nesse passo, observa ainda Francisco Cardozo Oliveira que a “função social da propriedade do solo urbano, de acordo com a premissa do direito constitucional de ser proprietário, deve ter como finalidade primordial a resolução do problema da habitação, principalmente para a população de baixa renda, de forma a garantir efetividade ao direito social à moradia e o direito à cidade, como qualidade de vida”.<sup>192</sup>

Interessante é a lição de Néelson Saule Júnior quando sustenta que o princípio da função social da propriedade constitui-se em garantia do direito da propriedade urbana que tenha por fim uma destinação social, observando ainda

---

<sup>191</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 232-233.

<sup>192</sup> Op. cit. p. 282.

que a função social deve, pois, condicionar as necessidades e os interesses das pessoas proprietárias com os interesses sociais da coletividade como um todo.<sup>193</sup>

Como já afirmado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, no capítulo que regula a política urbana não definiu o que vem a ser a função social da propriedade, tendo apenas delegado a competência ao legislador infraconstitucional, devendo, este, traçar a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Município, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O Estatuto da Cidade, ao regulamentar a política urbana brasileira, muito contribuiu para se alcançar uma compreensão do princípio da função social da propriedade, com o fim de se harmonizar o exercício do direito de propriedade urbana com o direito à moradia. Para tanto, o Estatuto, em seu artigo 39, dispôs sobre o significado da função social da propriedade urbana do seguinte modo:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades do cidadão quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º desta Lei.

À luz do estatuído acima pelo Estatuto da Cidade, conclui o multicitado professor Nelson Saule Júnior que a propriedade urbana atende sua função social ao atender aos seguintes requisitos:

- a) democratizar o uso, ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia; b) promover a justa distribuição

---

<sup>193</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares.** Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 214.

dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços das infra-estruturas urbanas; c) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público; d) gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para implantação de infra-estrutura em áreas não servidas; e) promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor.<sup>194</sup>

Todos os requisitos acima especificados são de suma importância para se atingir o núcleo central do princípio da função social da propriedade urbana, visto que se faz premente a necessidade de se compatibilizar tal princípio em favor da dignidade da pessoa humana, ou melhor, da necessidade de todos aqueles que, segundo observa Jacques Távora Alfonsin, estão necessitados de um espaço no solo urbano, e justamente entre o direito de propriedade e o direito à dignidade, que se “explica, mas não justifica o amontadoado de gente necessitada de moradia que reside nas zonas apelidadas de ‘clandestinas’, ‘irregulares’, ‘favelas’, ‘vilas’ “. <sup>195</sup> Alfonsin ainda assevera que a falta de um teto passou a ser um problema insolúvel na proporção em que a concentração da propriedade privada continue sendo intocável e o proveito da terra seja reduzido apenas ao seu valor de troca, excluindo-se, assim, seu valor de uso.<sup>196</sup>

O Estatuto da Cidade – objeto de análise no próximo capítulo – veio contribuir, segundo Liana Portilho, para enterrar o argumento de que a função social da propriedade carecia de um grau de efetividade por se tratar de um princípio constitucional e, deste modo, ser incapaz de produzir efeitos jurídicos.

---

<sup>194</sup> “O Tratamento Constitucional do Plano Diretor como Instrumento de Política Urbana”. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 54.

<sup>195</sup> “A Função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções”. In: ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 72.

<sup>196</sup> Op. cit. p. 148.

Explicando melhor, a citada autora prossegue afirmando que: “com o Estatuto da Cidade, a função social da propriedade deixou de ser tão-somente um princípio constitucional para transformar-se em uma norma jurídica ordinária, passível, também por isso, de plena concretização e imposição, muito embora conservada sua matriz principiológica”.<sup>197</sup>

De todo o exposto, conclui-se que o direito à propriedade urbana possui uma série de propósitos sociais que, segundo José Afonso da Silva, “encerram um princípio de valor”, visto que tal princípio não somente alberga interesses privados como também interesses públicos e sociais. Todavia, dentro do quadro de interesses dos proprietários, “a questão que polariza o regime jurídico da propriedade urbana é a garantia da existência de um conteúdo mínimo, essencial e intocável, sem ressarcimento”.<sup>198</sup>

### **3.5. Função social da posse: teorias clássicas**

A posse é um dos institutos que mais suscitam controvérsias no Direito, especialmente quanto ao seu conceito e distinção em relação à propriedade. Uma das controvérsias versadas na doutrina é se posse seria um direito ou um fato. Dessa divergência destacam-se as clássicas teorias sobre o estudo da posse desenvolvidas por dois expoentes: Savigny e Jhering.

---

<sup>197</sup> **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**, op. cit. p. 91.

<sup>198</sup> **Direito Urbanístico Brasileiro**, op. cit. p. 80.

Sem intenção de aprofundar sobre as clássicas teorias da posse – mesmo porque foge aos estreitos limites deste estudo – faz-se mister (ainda que sucintamente) trazeremos à colação as principais diferenças das posições teóricas de Savigny e Jhering com o fim de compreendermos que a posse, antes de tudo, sofre influência de cada momento histórico, bem como superarmos a noção de que ela seria simplesmente a exteriorização do direito de propriedade.

Segundo Savigny a posse pressupõe a existência de dois elementos, quais sejam: *corpus* e *animus*. O elemento *corpus* seria o caráter físico da coisa. No entanto, o que realmente caracteriza a posse para este autor é o *animus domini*, ou seja, a intenção de possuir a coisa. Verifica-se, pois, que o conceito de posse em Savigny tem um caráter subjetivo, visto que é o elemento *animus* que difere o possuidor do simples detentor. Este último – o detentor – não tem a intenção de possuir a coisa como sua ao passo que o possuidor sim. Neste passo, observa Dilvanir José da Costa que o que distingue a posse da detenção na teoria Savignyana é o aspecto subjetivo do exercício do poder físico ou a “conduta própria ou inerente ao dono”, presente na posse e ausente no instituto da detenção.<sup>199</sup>

Já Jhering – em crítica à teoria de Savigny - argumenta primeiramente que o elemento *corpus* pode, em alguns casos, não estar presente na posse, visto que o possuidor nem sempre tem a possibilidade física de dispor do bem.<sup>200</sup> Para Jhering o *animus* está integrado no conceito de *corpus*, sendo a posse a

---

<sup>199</sup> O Sistema da posse no Direito Civil. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 139, p. 110, jul/set. 1998.

<sup>200</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 5. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

exterioridade da propriedade. Sua teoria, portanto, é considerada pela doutrina como objetiva. Veja o quanto o conceito de posse nesta teoria está atrelado aos elementos da propriedade.

Em que pese a importância das teorias desenvolvidas por Savigny e Jhering sobre a posse, vê-se que elas não foram capazes de superar o paradigma da dependência da posse em relação à propriedade.

Dado que o conceito da posse – como relatado acima - pode variar de acordo com o momento histórico, há que se atentar para o fenômeno da democratização e socialização do direito contemporâneo que modificou o conceito de posse. Atualmente, ao se tentar definir o instituto em tela deve-se levar em consideração, primordialmente, o seu caráter sócio-econômico e fático, ou melhor, a atividade desenvolvida pelo possuidor e não meramente a titularidade. Assegura o doutrinador Dilvanir José da Costa que “a posse não deve ser apenas justa, mas deve cumprir sua função econômica de atender às necessidades individuais e sociais”.<sup>201</sup>

### **3.5.1. A tutela da posse no Código Civil**

O Código Civil brasileiro de 1916 – inspirado na ideologia do Estado liberal – se refere à posse em seu artigo 485, considerando possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns poderes inerentes ao domínio, ou a propriedade. Mesmo que de forma parcial, vê-se que o Código de

---

<sup>201</sup> Op. cit. p. 116.

1916 adotou a teoria objetiva da posse de Jhering, enfatizando a natureza da posse como direito, distanciado, assim, da concepção social e da realidade fática.

O professor Francisco Cardozo Oliveira revela o quão próxima é a relação da posse e da propriedade no Código Civil de 1916. Afirma o citado autor que:

Essa forma de tratamento contribuiu para dificultar a tutela da posse nos casos em que a situação concreta não contém elementos do direito de propriedade ou até contrária ao princípio proprietário, como, por exemplo, no exercício possessório nas áreas de favelas e nas ocupações de terrenos urbanos e rurais, onde o aspecto mais relevante é o simples uso da terra para plantio ou para construção de moradia.<sup>202</sup>

O Código Civil vigente ao tratar da posse adota em seu artigo 1.196 os mesmos termos do artigo 485 do Código Civil de 1916 ao estatuir que se considera possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

O que o Código Civil de 2002 trouxe de inovação em relação ao anterior foi o contexto interpretativo, haja vista que passou a integrar suas regras aos princípios constitucionais ou às demais normas da legislação especial em matéria de apropriação do solo, seja no meio urbano ou rural. No novo Código Civil não mais se tutela o ideário da vontade individual em detrimento do bem-estar social, conforme se vislumbrava no Código de 1916.

As cláusulas gerais contidas no Código Civil de 2002 abriram espaço para abrigar os princípios constitucionais. Em relação à posse, tal codex trouxe avanços ao tratar do instituto da usucapião ao ter reduzido o prazo da prescrição

---

<sup>202</sup> **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp-146-147.

aquisitiva, além de ter introduzido o que se denomina de posse qualificada, ou seja, aquela marcada por uma função social, conforme se observa nos artigos 1238, § único e 1247, § único.

Um outro instituto introduzido no Código Civil de 2002, com o fim de se tutelar a posse, foi a desapropriação judicial, conferida pelo artigo 1228, § 4º, *in verbis*:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Oportuno nesta quadra é o comentário do Professor Miguel Reale em relação à desapropriação judicial, ao afirmar que tal instituto é uma “inovação de alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como posse-trabalho”.<sup>203</sup>

Seguindo a mesma orientação de Reale, o Ministro do STJ Teori Albino Zavascki assevera que o instituto da desapropriação judicial é um desafio à doutrina e aos juízes, visto que está fundado em conceitos abertos, tais como extensa área, considerável número de pessoas, obras e serviços de interesse econômico e social, devendo, pois, buscar uma finalidade social para se adequar às circunstâncias do caso concreto, sempre enfatizando a interpretação teleológica a fim de se aplicar o dispositivo.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> **O Projeto do Novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

<sup>204</sup> A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. São Paulo: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 05, p. 55, jan/jun. de 2005.

### **3.5.2. A tutela da posse na Constituição Federal de 1988**

A Constituição brasileira de 1988 consolidou um novo paradigma, rompendo com os pressupostos individualistas do Código Civil de 1916. A Magna Carta de 1988 tratou em seu artigo 5º, inciso XXIII da função social da propriedade, introduzindo este princípio no capítulo concernente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, objetivando, assim, o bem-estar social das pessoas.

Não se encontra uniformidade na doutrina quanto à teoria de que a posse, tal qual a propriedade, possui uma função social. Enquanto que a função social da propriedade é mencionada em alguns artigos da Constituição de 1988, não se observa – de forma explícita – tal pressuposto em relação à posse.

Em que pese a função social da posse não se encontrar expressamente positivada em nosso ordenamento jurídico, não se pode concluir que ela não transpareça do texto constitucional bem como de algumas leis infra-constitucionais, a se destacar aqui o Estatuto da Cidade.

O artigo 183 da Constituição Federal de 1988 legitima a posse daquela pessoa que possua uma determinada área urbana utilizada como moradia sua e de sua família, desde que preencha a determinados requisitos expressos no dispositivo legal. Do exposto neste artigo, pode-se se concluir que a posse tem uma função social, qual seja, a de destinar uma área de terra urbana para a utilização desta como moradia. Verifica-se, assim, o quanto é íntima a relação entre o instituto da posse com o direito fundamental à moradia.

Do exposto até aqui, pode-se concluir que a posse recebe, atualmente, uma proteção por si só, sem depender, pois, da propriedade. O já citado Professor Francisco Cardozo Oliveira – inspirado em Hernandez Gil – assegura que a “função social é um fato”.<sup>205</sup> Portanto, a posse não pode ser considerada meramente como o poder inerente à propriedade. O que diferencia os dois institutos – posse e propriedade – é a forma atribuída à utilização das coisas, observando-se que a função social está caracterizada especialmente pelo uso efetivo e adequado do bem.

Sob a ótica da Constituição de 1988 a posse deve ser vista consoante os fundamentos do Estado Democrático de Direito, especialmente com atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com as orientações da Constituição de 1988, há que se conformar a realidade jurídica com a realidade social. Atualmente, segundo observa Luiz Édson Fachin, o que importa na relação jurídica são os comportamentos e não o objeto em si, visto que este passou a ter uma função.<sup>206</sup>

Ante todo o exposto, observa-se que a busca por um conteúdo da função social da posse somente será alcançada à luz do caso concreto, não havendo um conceito *a priori*, sendo, portanto, indispensável um processo interpretativo. A posse, ao contrário da propriedade, está condicionada ao uso e utilidade do bem e não ao valor de troca. Ela tem um conteúdo valorativo próprio<sup>207</sup>, tendo como

---

<sup>205</sup> Op. cit. p. 246.

<sup>206</sup> FACHIN, Luiz Édson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, op. cit. p. 94.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo, op. cit. p. 256.

função social, conforme já exposto alhures, a utilização do bem, conquanto que esse uso contribua para o desenvolvimento econômico e social do país.

Particularmente em relação ao uso do solo urbano, a posse atenderá a uma função social quando efetivar o direito à moradia, regularizando as áreas ocupadas pela população de baixa renda que vive em condições precárias e sem nenhuma segurança jurídica sobre os assentamentos urbanos onde vivem, locais considerados pela ordem urbanística irregulares e às vezes até ilegais.

A segurança da posse é um meio eficaz para a regularização fundiária dos assentamentos considerados ilegais. A Constituição de 1988, através do instituto da usucapião especial urbana, prevista em seu artigo 182, bem como a Lei nº 10.257 de 2001 – denominada Estatuto da Cidade - em seu artigo 2º, inciso XIV e a Medida Provisória nº 2.220, de 4/09/2001, medida essa que regularizou o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, marcam um novo paradigma em relação à posse ao tratá-la como instituto autônomo, e não atrelado ao direito de propriedade. A posse passou, então, a ter uma função social, qual seja, regularizar as áreas urbanas com o fim de assegurar o direito à moradia, principalmente àquela parcela da população brasileira que vive em assentamentos irregulares e, por vezes, clandestinos.

## 4. Os Desafios da Política Urbana e o Estatuto da Cidade

### 4.1. Introdução

Um dos principais problemas enfrentados pela Política Urbana no Brasil tem sido a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano.

Este capítulo tem o propósito de enfatizar os processos para a democratização dos meios de acesso ao solo urbano e à moradia, analisando, primeiramente e de forma multidisciplinar a história da política habitacional em nosso país. Através de estudos desenvolvidos por institutos de pesquisa tais como o IBGE e a Fundação João Pinheiro enfatizaremos a questão do déficit habitacional brasileiro.

A carência de unidades habitacionais em nosso país gerou uma crise generalizada de moradia e, conseqüentemente, a proliferação de formas de ilegalidade urbana. As urbanistas Leticia Osório e Jacqueline Menegassi informam o quanto a ausência de um planejamento urbano e a consolidação de um mercado imobiliário especulativo intensificaram o crescimento das periferias no Brasil, demonstrando ainda que o modelo das cidades sempre tiveram como paradigma a segregação e diferenciação hierárquica dos espaços.<sup>208</sup>

Utilizando-se dos números indicados por pesquisadores dos institutos de pesquisa acima declinados no que se refere ao déficit de habitações bem como a

---

<sup>208</sup> “A Reapropriação das Cidades no Contexto da Globalização”. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 43.

inadequação de moradias, fatores esses que desencadearam o processo de exclusão social e segregação espacial da população de baixa renda, procuraremos demonstrar o quão importante é o papel da legislação para a formulação de políticas de regularização fundiária nos centros urbanos brasileiros.

A busca por soluções jurídico-políticas para se implementar a regularização fundiária nos assentamentos informais deu-se, principalmente, pelos movimentos de atores sociais na luta pela reforma urbana no Brasil a se destacar o Fundo Nacional pela Reforma Urbana (FNUR), que teve um papel importante para a aprovação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, lei que se autodenominou de 'Estatuto da Cidade' (§ único do art. 1º), cujo objetivo principal é regulamentar o capítulo sobre a política urbana aprovada pela Constituição Federal de 1988 (artigos 182 e 183).

O jurista e urbanista Edésio Fernandes ao comentar a aprovação do Estatuto da Cidade assevera que esta lei federal “consolidou a ordem constitucional quanto ao controle jurídico do desenvolvimento urbano, revisando a reorientar a ação do poder público, do mercado imobiliário e da sociedade de acordo com novos critérios econômicos, sociais e ambientais”.<sup>209</sup>

O Estatuto da Cidade, sem dúvida, é uma lei inovadora e dará suporte essencial aos processos de planejamento urbano. Não obstante todos os elogios que se possa atribuir ao Estatuto cidadão, sua aprovação, por si só, não irá modificar a visão individualista do direito de propriedade que ainda vigora neste

---

<sup>209</sup> “Um Novo Estatuto para as Cidades Brasileiras” In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

país e nem reterá a forma especulativa do uso do solo urbano, formas essas causadoras da segregação sócio-espacial. Todavia, o Estatuto cumpre seu papel ao adotar algumas medidas de proteção aos ocupantes dos assentamentos irregulares, ou seja: ao proteger a posse das áreas ocupadas e ao garantir o acesso à terra urbana.

O presente estudo, nesta quadra, procurará demonstrar que alguns dos instrumentos jurídicos regulamentados pelo Estatuto da Cidade – tais como a usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso espacial para fins de moradia - enfim, instrumentos de regularização fundiária - irão legalizar as áreas e lotes ocupados informalmente por grande parcela da população brasileira, reconhecendo, pois, a segurança da posse para seus ocupantes, bem como a integração destes assentamentos ao conjunto da cidade legalizada. O já citado urbanista e jurista Edésio Fernandes infere o quão importante é o papel do Poder Judiciário no processo de reforma jurídica e urbana, podendo os juristas evitar que as bases do processo de espoliação e destruição sócio-ambiental que tem caracterizado o crescimento urbano brasileiro se perpetuem.<sup>210</sup>

Interessante é a observação de Liana Portilho a respeito do quanto a promulgação do Estatuto da Cidade pode contribuir para consolidar um novo conteúdo jurídico concernente à propriedade urbana em nosso país. Assim infere a autora:

O Estatuto da Cidade, de 10 de julho de 2001, pode representar uma contribuição sem precedentes para a busca da harmonia e da solidariedade social entre as classes proprietárias e as não-proprietárias. Suas normas poderão servir para minimizar os conflitos – latentes ou explícitos – existentes entre os setores mais oprimidos da

---

<sup>210</sup> Um Novo Estatuto para as Cidades Brasileiras, op. cit. p. 13.

sociedade civil, as classes privilegiadas beneficiárias ou produtoras da desigualdade e da desordem nas cidades brasileiras e o Estado.<sup>211</sup>

## 4.2. Histórico do processo urbanístico no Brasil

Ao tratar da política urbana brasileira, faz-se mister analisar de forma multidisciplinar a história da habitação neste país, abordando aspectos não somente jurídicos, mas também urbanísticos e sociológicos. É com ênfase neste processo histórico que buscaremos – ainda que brevemente – demonstrar as profundas transformações pela qual passou o problema habitacional no Brasil.

O processo urbanístico brasileiro foi um fenômeno que começou no final do século XIX e alcançou taxas de crescimento muito altas no decorrer do século seguinte. A rápida urbanização ocorrida no século XX foi uma das principais questões sociais pela qual passou a sociedade brasileira.

Um fator que primeiramente determinou o início do crescimento desordenado das cidades brasileiras foi – entre o período do final de século XIX e início do XX – o influxo da massa de imigrantes estrangeiros. À guisa de exemplo, podemos citar a cidade de São Paulo (a que mais recebeu imigrantes), que na década de 30, segundo dados fornecidos pela urbanista Raquel Rolnik, já ultrapassava a marca de um milhão de habitantes.<sup>212</sup>

A urbanização em nosso país é fruto de um modelo de industrialização e desenvolvimento heterogêneo e desequilibrado, fatores esses que provocaram,

---

<sup>211</sup> **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003 p. 72.

<sup>212</sup> “Para Além da Lei: Legislação Urbanística e Cidadania (São Paulo 1886-1936)”. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 181.

segundo o urbanista e professor Edésio Fernandes, “um processo de exclusão política e segregação sócio-espacial da maior parte da população”.<sup>213</sup> Este processo de exclusão e segregação sócio-territorial intensificou-se, principalmente, após os anos 60 com a migração da população do campo para as cidades.

Em 1960, a população urbana representava cerca de 45% da população total no Brasil. Atualmente, 81% dos brasileiros vivem nas cidades. Tal índice equivale a 138 milhões de pessoas, distribuídas nos territórios urbanos de 5.500 municípios, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).<sup>214</sup>

O êxodo rural brasileiro deveu-se à ausência de políticas públicas consistentes, que viabilizassem a reforma agrária, visto que sempre houve neste país uma grande concentração de terras em poder de poucos proprietários, formando-se o que se chama de latifúndio.<sup>215</sup> Aliado a esse fator destaca-se também um outro, ou seja, a improdutividade da terra. Tal fato é constatado pelo censo agropecuário realizado pelo IBGE em 1996. Segundo este instituto de pesquisa, entre os anos de 1985 a 1996, houve uma redução de mais de (5) cinco milhões de pessoas ocupadas com a atividade agrícola.

O crescimento urbano brasileiro, em que pese ter sido marcado por reformas urbanas e obras de saneamento ao longo das últimas décadas, marcou-

---

<sup>213</sup> Direito Urbanístico: entre a “Cidade Legal” e a “Cidade Ilegal”. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 03.

<sup>214</sup> Segundo dados do Censo 2000.

<sup>215</sup> Segundo dados do IBGE sobre o censo agropecuário, havia em 1996 cerca de 4,8 milhões de estabelecimentos agrícolas no país, sendo que as pequenas propriedades perfaziam 89,1% dos imóveis, porém, representando apenas 20% da área total.

se também pela pressão social sobre o solo urbano. Este fato ocasionou dois fatores nas cidades brasileiras: de um lado o aumento dos lucros do mercado especulativo do solo e de outro lado o processo de periferização dos setores desfavorecidos da população.

Com a industrialização, o Estado brasileiro preocupou-se em investir em infra-estrutura nos sistemas viários, com o intuito de manter o crescimento econômico, esquecendo-se de realizar um planejamento urbano nas cidades, deixando uma grande parte da população sem acesso a serviços sociais básicos. Tal assertiva é bem destacada por Letícia Osório e Jacqueline Menegassi,<sup>216</sup> quando afirmam que a “ausência de planejamento urbano para as cidades, ou melhor, para uma significativa porção do território das cidades, intensificou o crescimento das periferias, principalmente metropolitanas, e a consolidação de um mercado imobiliário restritivo e especulativo”.

Um fato importante a se destacar é a precariedade da situação habitacional brasileira, que se agravou primordialmente a partir da década de 80 graças à estagnação da economia. Esta situação está expressa nas condições de moradia demonstradas no adensamento dos cortiços, nos loteamentos irregulares e clandestinos, na falta de saneamento básico nas favelas e nas ocupações em regiões ambientalmente frágeis. Essa situação de precariedade habitacional está relacionada em grande parcela ao colapso da política de financiamento habitacional no Brasil, com a falência do Banco Nacional de Habitação.

---

<sup>216</sup> “A Reapropriação das Cidades no Contexto da Globalização”. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 43.

Uma questão de suma importância a se estudar é o processo da política urbana brasileira referente aos movimentos de luta por moradia que surgiram entre o fim da década de 80 e os anos 90. Os movimentos de luta por moradia organizaram-se em algumas agregações nacionais tais como: a União Nacional de Movimentos de Moradia (UNMN), o Movimento Nacional de Luta por Moradia (MNLN), a central de Movimentos Populares (CMP), a Central Única de Trabalhadores (CUT), a Confederação Nacional de Associações de Moradores (Conam) e, principalmente, o Fórum Nacional pela Reforma Urbana. Essas entidades representativas de categorias profissionais e ONGs de direitos humanos construíram uma nova ordem legal urbana a partir dos anos 80 e 90.

A primeira vitória da luta por moradia dos movimentos acima relacionados foi através de uma emenda popular pela Reforma Urbana, onde conseguiram a inclusão de um capítulo de Política Urbana na Constituição Federal de 1988 (artigos 182 e 183). Neste capítulo se passou a reconhecer a questão urbana através de três parâmetros, quais sejam: a função social da propriedade e da cidade, a gestão democrática da cidade e o direito à cidade e à cidadania.

A Constituição Federal de 1988 deu, sem dúvida, uma grande passo no sentido de consolidar a função social à propriedade, além de reservar aos Municípios brasileiros um papel importante relacionado à questão do planejamento urbano (art. 27, XVIII, XX).

Vale lembrar nesta quadra que o Estado brasileiro, desde 1992, já havia reconhecido, na esfera internacional, o direito à moradia, através da criação da

Agenda Habitat. Todavia, somente no ano 2000, através da emenda constitucional nº 26 é que o direito à moradia foi incluído no texto constitucional.

Uma das vitórias também dos setores populares, representados pelo Fórum Nacional pela Reforma Urbana foi também a aprovação da Lei Federal de desenvolvimento urbano (Lei nº 10.257/2001), denominada 'Estatuto da Cidade', que após doze anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada em 10 de julho de 2001 (assunto que será ainda objeto deste estudo em momento oportuno).

Dentro deste tópico, registre-se ainda a recentíssima lei federal de nº 11.124, que instituiu o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS)<sup>217</sup> e o Conselho Gestor para tal fundo, lei essa que foi sancionada pelo então Presidente da República em 16 de junho de 2005, cujo fim é gerenciar os recursos destinados à implementação de políticas habitacionais para famílias de baixa renda. A aprovação desta lei representa, sem dúvida, uma conquista da sociedade brasileira, tendo em vista que este foi o primeiro projeto de lei de iniciativa popular (PL 2710) aprovado no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei 2.710 que instituiu a lei nº 11.124/05 vinha sendo negociado e reformulado desde 1992. Porém, apesar da pressão permanente dos movimentos de luta por moradia, tal projeto somente voltou a tramitar no Congresso Nacional no início de 2003. Neste ano houve uma maior mobilização de vários setores da sociedade, tendo sido realizadas várias Conferências Municipais das Cidades, onde foi eleito o Conselho Nacional das Cidades,

---

<sup>217</sup> Esta lei federal poderá ser consultada no anexo.

composto por catorze representantes do Poder Público Federal, seis do Poder Público Estadual, dez do Municipal, dezenove de Movimentos Populares, sete de entidades empresariais, sete de entidades de trabalhadores e sindicais, quatro de instituições acadêmicas e de pesquisa e três de ONGs.

No início de 2004, o Governo Federal apresentou um substitutivo que foi aprovado pela Câmara Federal em junho deste mesmo ano, vindo, então, a ser sancionada pelo Presidente da República em junho de 2005.

#### **4.3. A produção habitacional brasileira**

Anteriormente aos anos 30, a questão habitacional no Brasil era responsabilidade apenas da iniciativa privada. A concepção liberal do Estado até 1930 era incompatível com uma política urbana social. Aliado a esse aspecto, tínhamos um Código Civil – o de 1916 - que garantia o direito absoluto de propriedade.

Foi somente após o processo de industrialização que o Estado brasileiro passou a exercer um certo controle sobre a produção do espaço urbano, mesmo porque a expansão descontrolada da população urbana e a precariedade de serviços de infra-estrutura acabaram gerando uma séria ameaça à saúde pública.

A partir deste período o poder público passou a intervir no espaço urbano atacando três frentes, segundo nos relata o urbanista Nabil Bonduki, ou seja, “a do controle sanitário das habitações; a da legislação e de códigos de posturas, a da participação direta em obras de saneamento das baixadas, urbanização da área

central e implantação de rede de águas e esgoto”.<sup>218</sup> Conforme relatado acima a grande preocupação do Estado era concernente à saúde pública, visto que o governo, alertado por higienistas da época, temia a proliferação de epidemias nos centros urbanos. A questão sanitária tornou-se, então, prioritária para o governo.

Com exceção da questão de higiene das habitações, o governo brasileiro anterior aos anos 30, pouco fez para melhorar as condições de moradia da grande maioria da população.

O tipo de habitação construída pela iniciativa privada nos centros urbanos no início do século XX era basicamente o cortiço e as casas geminadas, observando ainda que a maioria delas eram moradias de aluguel. Segundo o já citado urbanista Bonduki, o investimento em casas de aluguel era seguro e lucrativo, principalmente nas cidades de grande crescimento e dinamismo econômico, aliado ainda ao fato do setor ser regulado pelo mercado, não havendo controle estatal sobre os contratos de locação.<sup>219</sup>

Durante o governo de Getúlio Vargas (1930-1945), marcado por um modelo populista, a questão da moradia passou a ter um aspecto importante, ampliando-se o número de profissionais voltados para o setor da habitação social. Abriu-se, portanto, uma nova fase na questão da moradia neste país. O Estado, então, passou a intervir nas normas urbanísticas, não mais somente se preocupando com o problema de higienização.

---

<sup>218</sup> **Origens da habitação social no Brasil.** 4ª ed. São Paulo: Estação Liberdade/Fapesp, 2004, p. 29.

<sup>219</sup> Op. cit. p. 44.

Nota-se, portanto, na era Vargas, que esse período foi marcado pela introdução de políticas habitacionais, com a finalidade de atender a demanda por moradia. Não somente o governo, mas também setores da sociedade civil, passaram a discutir o processo de produção habitacional em nosso país. Desse fato, consolidou-se a idéia de que cabia ao Estado brasileiro garantir condições dignas de moradia para sua população, devendo, pois, investir seus recursos neste setor.

Um outro fato também a se destacar no governo de Vargas foi a criação de uma lei de inquilinato que congelou os aluguéis até o ano de 1942, fato esse que, segundo Nabil Bonduki, “foi um duro golpe contra os proprietários de casas de aluguel”.<sup>220</sup> Esta lei gerou vários debates na ordem jurídica sobre o direito de propriedade, que segundo alguns juristas mais conservadores da época, não se poderia restringir tal direito, limitando-se, assim, o uso da propriedade. Já outros defendiam a intervenção do Estado, amparados no ideal de viabilizar o acesso à moradia para toda a sociedade.

O ideal pregado pelo Estado da época era o ponto de vista social da moradia. A estratégia era viabilizar meios para que os trabalhadores pudessem adquirir a casa própria, idealizada como o espaço da família e do lar.

Surgiram, então, os primeiros conjuntos habitacionais sociais graças a atuação de dois órgãos federais, ou seja, o Instituto de Aposentadoria e Pensões e a Fundação da Casa Popular. Os IAPs viabilizaram a edificação de 123.995 unidades habitacionais, enquanto que a FCP produziu cerca de 18.132

---

<sup>220</sup> Op. cit. p. 81.

unidades.<sup>221</sup> No entanto, a produção estatal de moradias foi insuficiente para atender a intensa urbanização no período do pós-guerra, não suprimindo as necessidades cada vez mais urgentes por moradia.

Voltando a relatar a questão habitacional na era Vargas, conclui-se que houve dois fatores de suma importância tomados pelo governo, ou seja, a intervenção estatal na relação do inquilinato e as medidas tomadas pelo mesmo para que os trabalhadores pudessem adquirir a casa própria baseada principalmente no auto-emprego com a criação de loteamentos periféricos.

Nesta quadra do estudo, vale expor que com o congelamento dos aluguéis, ocorreu um desestímulo ao investimento no setor habitacional, fato esse que ocasionou o declínio da oferta de moradia de aluguel.

Com a falta de casas de aluguel nos centros urbanos, surgiu uma grande oferta de lotes “baratos” nas periferias das cidades, locais desprovidos de infraestrutura, porém, passíveis de serem parcelados. Esse foi o quadro disponível para a população pobre deste país, carente de moradia. Assim, surgiram na grande maioria das capitais brasileiras os loteamentos irregulares ou clandestinos, locais de moradia da população de baixa renda. Neste íterim observa Bonduki que:

A omissão do poder público na expansão dos loteamentos clandestinos fazia parte de uma estratégia para facilitar a construção da casa pelo próprio morador que, embora não tivesse sido planejada, foi se definindo na prática, como um modo de viabilizar uma solução habitacional “popular”, barata, segregadora, compatível com a baixa remuneração dos trabalhadores e que, ainda, lhes desse a sensação, falsa ou verdadeira, de realizar o sonho de se tornarem proprietários.

Com a expansão periférica garantia-se dois objetivos há décadas buscados pela elite: desadensar e segregar. Deste modo, os investimentos públicos poderiam ser concentrados nas áreas habitadas pela classe média e alta e, por outro lado, seria

---

<sup>221</sup> BONDUKI, Nabil, op. cit. p. 115.

viabilizada uma alternativa de baixíssimo custo para que os trabalhadores tivessem acesso à casa própria, sem onerar o poder público e o setor privado.<sup>222</sup>

Entretanto, foi a partir dos anos 60 que a taxa de urbanização brasileira intensificou-se, atingindo de forma diferenciada todas as regiões do país. Este aumento populacional correspondeu a uma elevação do número de assentamentos irregulares, consolidando as periferias como o local de moradia da população de baixo poder aquisitivo. Portanto, compreender a questão da moradia em países em desenvolvimento como o Brasil significa desvendar as contradições concernentes ao acesso a ela. Para isso, há que se compreender o significado da terra urbana e o processo de monopolização que, diante da realidade capitalista em que vivemos, torna-se cada vez mais cara e inacessível a grande maioria da população.

Após o golpe militar de 1964, inaugurou-se no Brasil uma nova etapa no setor habitacional com a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).<sup>223</sup> Neste sistema, criou-se o Banco Nacional de Habitação (BNH), cuja função era gerir a produção e distribuição habitacional através da poupança compulsória do FGTS.<sup>224</sup> Tal banco de habitação atuou entre os períodos de 1964-1986, quando então foi extinto.

O Sistema Financeiro de Habitação foi um importante instrumento oficial através do qual se estabeleceram condições para a capitalização de empresas ligadas ao setor da construção civil.

---

<sup>222</sup> Op. cit. p. 288.

<sup>223</sup> O SFH foi instituído pela Lei nº 4.380/64.

<sup>224</sup> A lei 5.107/66 criou o FGTS, bem como um Conselho Curador do Fundo.

A partir dos anos 60, percebe-se uma atuação mais efetiva do Estado brasileiro sobre o espaço urbano com a criação de um aparato institucional voltado para a reprodução deste espaço territorial.

O sistema do BNH contribuiu para a concessão de crédito habitacional com fonte de recursos próprios, advinda da poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

De acordo com a já citada urbanista Letícia Osório, o mercado (após a criação do SFH) sedimentou-se em dois setores, quais sejam: um dirigido às classes média e alta operadas por agentes financeiros da iniciativa privada e outro dirigido às classes de baixa renda, operado por agências estatais. Todavia, ambos os sistemas eram geridos pela lógica de operação do setor privado – o autofinanciamento. Este modelo de financiamento era baseado na renda do adquirente da unidade habitacional, mediante a comprovação da capacidade de pagamento das prestações pelo mutuário.<sup>225</sup>

O modelo do BNH teve como objetivo não somente a promoção de políticas públicas voltadas para o setor habitacional, mas também o estímulo ao desenvolvimento de alguns setores da economia privada, a se destacar as grandes empreiteiras.

Em que pese ter ocorrido uma melhoria no setor de infra-estrutura e saneamento nas cidades brasileiras nas últimas décadas, essa melhora não ocorreu de forma proporcional, visto que as faixas mais beneficiadas foram as médias e as altas, o que gerou uma valorização especulativa da terra urbana nos

---

<sup>225</sup> **Direito à Moradia no Brasil**, op. cit. p. 04.

centros. Aliado a esse fato verifica-se que essa política habitacional trouxe consigo uma elevação do preço da terra urbana, além do rigor quanto à legislação urbanística, o que acabou gerando a exclusão de grande parcela da população deste processo formal de moradia.

No início dos anos 60, a atuação do BNH esteve ligada a política habitacional voltada a atender a demanda das classes desfavorecidas. No entanto, a partir dos anos 70 e início dos 80, os segmentos populares foram relegados a um segundo plano, já que os programas habitacionais passaram a atender às camadas da classe média.

O modelo do Sistema Financeiro de Habitação acabou gerando um discurso populista do acesso à casa própria. Todavia, o número de unidades habitacionais não foi suficiente para abarcar o crescimento populacional urbano das últimas décadas. Aliado a esse fato verificou-se também a grande inadimplência no setor habitacional, o que tornou tal mercado inviável para o Poder Público.

No início dos anos 80, os recursos do BNH tornaram-se insuficientes para continuar custeando a política habitacional brasileira particularmente por dois fatores: a inadimplência dos mutuários já contemplados com a unidade habitacional e a redução dos recursos oriundos do FGTS, diante o aumento do desemprego.

Em 1986 extinguiu-se o Banco Nacional de Habitação (BNH) devido a grande crise econômica que assolou os anos 80 (e que se seguiu para os anos 90), crise que ocasionou a queda salarial dos trabalhadores, reduzindo-se,

conseqüentemente, o poder aquisitivo dos brasileiros e provocando a inadimplência que atingiu o sistema do BNH. Após sua extinção, a questão habitacional no Brasil passou a vivenciar intensas crises, provocando uma paralisação na dinâmica do sistema da política habitacional. A partir de então tal questão passou a ficar limitada a algumas Secretarias e Ministérios do governo federal, como o Ministério do Desenvolvimento Urbano, em 1987, que se transformara no Ministério de Habitação, Urbanismo e Desenvolvimento Urbano em 1988 e, posteriormente em Ministério da Habitação e Bem-Estar, extinto em 1989.

Em 1990 foi criado o Ministério da Ação Social, onde passou a funcionar a Secretaria Nacional de Habitação. No governo Fernando Henrique Cardoso, tal Secretaria passou a ser subordinada ao Ministério do Planejamento e Orçamento, diretamente ligado à Presidência da República, que perdurou até 2003, quando, então, foi criado o Ministério das Cidades, no qual se alocou a Secretaria Nacional de Habitação. Verifica-se, pois, uma instabilidade na questão de política habitacional durante todo esse período. Aliado a esse fato constata-se também que desde os anos 80 os recursos do FGTS, que passaram a ser geridos pela Caixa Econômica Federal, reduziram o montante disponível para a habitação. Em 1998, os juros subsidiados para o financiamento habitacional foram extintos (fato que agravou ainda mais a situação habitacional) e a taxa foi unificada em 6%, o que distanciou ainda mais as classes de baixa renda do acesso aos financiamentos habitacionais, o que contribuiu para o aumento da informalidade

urbana<sup>226</sup> com o acréscimo do número de loteamentos irregulares e clandestinos.<sup>227</sup>

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe um novo alento à população brasileira quando passou a contar com um capítulo dedicado à política urbana (artigos 182 e 183). De fato o dispositivo constitucional não solucionou a crise da moradia no país e nem resolverá o problema do déficit habitacional. No entanto, o advento normativo teve por fim sinalizar aos governos e à sociedade civil a superação de um dos mais graves problemas sociais brasileiros. A institucionalização deste direito necessita ser encarado pelo Estado como um ponto de partida para a implementação de programas nacionais de planejamento e financiamentos habitacionais, possibilitando-se o real acesso a um teto digno para milhões de brasileiros.

#### **4.3.1 Déficit habitacional no Brasil**

A transformação do direito à moradia em algo concreto, ou seja, em um direito fundamental que não esteja somente previsto no texto constitucional é um grande desafio para a sociedade brasileira contemporânea. Neste contexto, verifica-se o quanto a moradia é um bem especial, visto que ela demanda não somente a terra urbanizada, mas investimentos e subsídios para financiamento.

---

<sup>226</sup> A informalidade urbana condiz com situações de inadequação construtiva e ambiental da habitação, bem como com as construções precárias, a ausência de infra-estrutura (saneamento, água potável, transporte público), terrenos em áreas de risco e ainda a questão da ilegalidade da posse da terra.

<sup>227</sup> Segundo dados do IBGE (censo 2000) há 1,7 milhões de domicílios localizados em assentamentos precários, dentre os quais favelas, cortiços e conjuntos habitacionais degradados.

Dentro de um conceito amplo do que seja a necessidade habitacional no Brasil, consideramos importante buscarmos uma pesquisa sobre o déficit habitacional em nosso país. Com tal fim, elegemos um estudo realizado pela Fundação João Pinheiro denominada 'Déficit Habitacional no Brasil 2000'.<sup>228</sup> O estudo realizado por tal fundação utilizou-se do conceito de que “todo mundo mora em algum lugar”, observando-se, ainda que o termo 'déficit' é exposto na pesquisa não apenas levando-se em consideração a falta de unidade habitacional, mas também a inadequação das moradias. Portanto, o problema habitacional desenvolvido pela Fundação João Pinheiro levou em conta tanto o déficit por incremento de estoque quanto o déficit por reposição do estoque.

A necessidade de incremento de estoque é verificada no caso do número de domicílios improvisados, ou melhor, aqueles que foram construídos sem finalidade habitacional, mas que, de alguma maneira estão sendo utilizados pelas famílias como moradias.

Já a necessidade por reposição de estoque contempla aqueles domicílios que, não tendo sido construídos de alvenaria ou madeira aparelhada, encontram-se deteriorados, causando a seus moradores riscos de contaminação por falta de condições de salubridade e que, em face disso, necessitam ser repostos.

A pesquisa identificou como moradias inadequadas aquelas que não proporcionam a seus habitantes condições satisfatórias de habitabilidade, necessitando, pois, da construção de novas moradias, visto que elas são carentes

---

<sup>228</sup> Este estudo foi desenvolvido tomando como base a pesquisa realizada pela Fundação João Pinheiro nos termos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) – Habitat Brasil BID, com apoio da Presidência da República para dimensionar o problema do déficit habitacional do Brasil.

de alguns itens necessários a qualquer habitação. O estudo considerou as seguintes situações em que se possa conceituar uma moradia como inadequada, ou seja:

- \* Carência de infra-estrutura básica que abrange alguns itens como energia elétrica, rede de abastecimento de água com canalização interna, rede coletora de esgoto ou fossa séptica e coleta de lixo.
- \* Adensamento interno excessivo, que corresponde a situações em que residem mais de três pessoas por dormitório.
- \* Ilegalidade fundiária, situação na qual os moradores não possuem a posse legal do terreno onde está construída a moradia.
- \* Depreciação do domicílio em razão da idade da construção.
- \* Ausência de unidade sanitária de uso exclusivo do domicílio.

Em termos de número do déficit habitacional em nosso país foi verificado que faltam 5.414.944 de moradias no setor urbano, sendo que a reposição de estoques ocorre principalmente nas áreas urbanas, que representam 81,3% do montante.

Segundo o censo realizado pelo IBGE no ano 2000, no Brasil cerca 10,3% do estoque de moradias urbanas estão vagas, um paradoxo em um país com grande problema habitacional. De acordo com o estudo deste instituto de pesquisa, a região brasileira que tem maior demanda habitacional é a região nordeste onde a carência está estimada em 2.631.790 unidades, seguida pela região sudeste com 2.412.460, representando essas duas regiões um montante de 75,8% do déficit habitacional em nosso país.

Um outro dado importante observado pela citada Fundação João Pinheiro é que a carência por moradia adequada encontra-se na maior parte entre a população com renda na faixa de até três salários mínimos (FJP, CAP-5.9). Nesta

faixa salarial, sempre há ausência de algum serviço de infra-estrutura nos domicílios, sendo que a situação mais grave está concentrada nas regiões norte e nordeste. Atente-se, diante desse quadro, que a carência de infra-estrutura básica é a que mais diretamente afeta a qualidade de vida das pessoas, pois, ela é a principal responsável por alguns dos problemas de saúde da população de baixa renda.

Analisando o estudo elaborado pela Fundação João Pinheiro acerca do déficit habitacional no Brasil, podemos destacar algumas características, a saber: primeiramente que o déficit no ano 2000 evidenciou, primordialmente, algumas questões relacionadas a fatores culturais, estruturais e socioeconômicos no que concerne ao incremento do estoque de moradias, com ênfase nos problemas da coabitação familiar e precariedade física dos imóveis, que de acordo com dados da pesquisa realizada, correspondem respectivamente a 56,1% e 25,8% da estimativa global.

Uma segunda característica apontada na pesquisa é que a maior parcela do déficit habitacional encontra-se na faixa salarial de até três salários mínimos, enfim, concentrada em uma população que não tem meios para solucionar o problema através do mercado imobiliário público ou privado - representando, pois, um percentual equivalente a 83,2% da população urbana vivendo em condições de moradia inadequadas e, muitas vezes, degradantes.

Diante do quadro apresentado – ainda que de forma simplificada – conclui-se que o déficit habitacional no Brasil aumentou cerca de 27,1% no decurso entre anos de 1991 a 2000, sendo que a situação mais grave é para

aquela camada da população com renda inferior a três salários mínimos. Para essas pessoas a alternativa de moradia tem sido os assentamentos irregulares e, por vezes, clandestinos, desprovidos de condições básicas de infra-estrutura, representando para tanto uma baixa qualidade de vida.

#### **4.4. Formação do Estatuto da Cidade: processo legislativo**

Em julho de 2006 a Lei Federal nº 10.257, mais conhecida como ‘Estatuto da Cidade’ completara quatro anos de vigência.<sup>229</sup> Essa lei foi instituída com o objetivo de regulamentar as normas da política urbana no Brasil, ou mais precisamente, os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

O processo legislativo do Estatuto da Cidade foi longo e repleto de retrocessos. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, algumas leis atinentes à ordem urbanística foram editadas, como exemplo, a Lei nº 6.766, de 19.12.1979, que disciplinava o uso do solo urbano. Posteriormente, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei nº 775/83, que tinha como propósito melhorar as condições de vida da população nos centros urbanos. Tal projeto de lei foi retirado pelo Executivo e acabou sendo ‘engavetado’ devido a grande pressão feita por setores empresariais ligados a entidades que representavam os proprietários de terras e da construção civil.<sup>230</sup> No lugar do referido projeto (já sob a égide da Constituição de 1988) foi apresentado o Projeto de nº 181/89. Este projeto foi

---

<sup>229</sup> O Estatuto da Cidade entrou em vigor em 10 de outubro de 2001.

<sup>230</sup> GRAZIA, Grazia de. “Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas”. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22.

aprovado pelo Senado Federal em 1990 e neste mesmo ano começou a tramitar na Câmara dos Deputados, transformando-se no Projeto de Lei nº 5.788/90.

O Estatuto da Cidade teve por base o projeto de lei nº 5.788/90, cuja autoria foi do então Senador Pompeu de Souza, tendo tal projeto sofrido algumas modificações no processo legislativo ao longo dos doze anos que tramitou no Congresso Nacional.

A primeira instância de tramitação do projeto de lei nº 5.788/90 foi em 1991 na Comissão de Constituição e Justiça, tendo, posteriormente, tramitado em outras comissões como a Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior e na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias.

Anteriormente ao referido projeto de lei que deu origem ao Estatuto da Cidade, mais precisamente no início dos anos 80, um movimento da sociedade brasileira já se articulava na negociação da Emenda Popular pela Reforma Urbana em nosso país - era o Movimento Nacional pela Reforma Urbana<sup>231</sup>.

O FNRU foi o principal ator social na luta pela reforma urbana brasileira, tendo contribuído para a elaboração de um projeto de lei alternativo ao próprio Estatuto apresentado na época (início dos anos 90) pela Deputada Lourdinha Savignon, do PT do Espírito Santo. Em tal projeto, segundo nos informa Nelson

---

<sup>231</sup> O Fórum Nacional de Reforma Urbana foi resultado da articulação de entidades dos movimentos populares, associações de classe, ONGs e instituições de pesquisas sobre questões urbanas e técnicas do poder público que teve o objetivo de desenvolver políticas públicas voltadas a promover a reforma urbana nas cidades brasileiras. A atual coordenação do FNRU é composta pelas seguintes instituições: Federação de Órgãos para Assistência Educacional (FASE), Instituto Polis, Ação Urbana, Centro dos Movimentos Populares, União Nacional por Moradia Popular, Movimento Nacional de Luta por Moradia, Federação Nacional de Arquitetos e Urbanistas e Federação de Associações de Funcionários da Caixa Econômica Federal.

Saule Júnior<sup>232</sup>, o FNRU já defendia o reconhecimento legal do direito à moradia das pessoas que estivessem na posse de áreas públicas, bem como a regulamentação de instrumentos para que propriedade urbana cumprisse sua função social, além do direito de preempção, edificação ou parcelamento compulsório e de outros instrumentos que foram mais tarde introduzidos pelo Estatuto da Cidade.

Em 1989, o já citado deputado Pompeu de Souza, do PMDB-DF, elaborou e propôs o Projeto de Lei 181/89, que foi a primeira formatação do Estatuto da Cidade. Tal projeto foi aprovado pelo Senado Federal no ano seguinte e remetido a Câmara Federal, lá tendo permanecido imobilizado até o ano de 1999. Neste ano, o Presidente da Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara dos Deputados, deputado Inácio Arruda, do PC do B-CE, sistematizou as emendas do projeto de lei e estabeleceu uma parceria entre a Comissão e o Fórum Nacional de Reforma Urbana, para o fim de elaborar um substitutivo que regulamentasse os instrumentos de política urbana. Tal substitutivo recebeu o nº 5.788 (conforme já mencionado anteriormente), tendo sido aprovado, por unanimidade, em novembro de 2000 pela Câmara dos Deputados.

Nos relata a urbanista Grazia de Grazia<sup>233</sup> que muitos atores sociais contribuíram para que o Projeto de Lei 5.788 pudesse alcançar aprovação final, a se destacar o já citado Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU) que

---

<sup>232</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 208.

<sup>233</sup> “Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas”. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 25.

acompanhou a tramitação de todo o processo, enfrentando consensos e críticas, até alcançar a aprovação.

No final do ano 2000, o Estatuto da Cidade foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça. Em abril de 2001, o projeto retornou ao Senado Federal, ficando a cargo do Senador Mauro Miranda, do PMDB-GO, a incumbência de relatá-lo e no dia 18 do citado mês ocorreu, finalmente, a aprovação final no plenário sem ter ocorrido nenhuma outra alteração ao Estatuto.

Por fim, em 10 de julho de 2001, após doze anos de tramitação, a lei nº 10.257 foi sancionada pelo Presidente da República, tendo recebido alguns vetos relativos ao instituto de regularização fundiária da concessão especial de uso para fins de moradia (referente aos artigos 15 a 20 do projeto). O então Presidente, na ocasião da sanção da lei, comprometeu-se a editar uma medida provisória para disciplinar a matéria em questão.

Em 04 de setembro de 2001 foi editada pelo Presidente da República a Medida Provisória 2.220 que passou a disciplinar o instituto da concessão especial de uso para fins de moradia.

O Estatuto da Cidade é uma lei inovadora, podendo ser considerado o novo marco legal urbano no Brasil, cujo fim principal é a realização da reforma urbana, reforma que irá contribuir para uma mudança da desigualdade social e da exclusão que atinge grande parte de nossa população.

Nesta quadra, observa Nelson Saule Júnior que o Estatuto da Cidade é um mecanismo que poderá ser utilizado para melhorar as condições de moradia dos cidadãos brasileiros, enfim, de uma população que sofre com a escassez de

oferta de terra e moradia e que necessita, pois, de soluções jurídicas que combinem os interesses econômicos com suas prementes necessidades sociais, minimizando, assim, as desigualdades sociais.<sup>234</sup>

#### **4.4.1 As diretrizes gerais do Estatuto da Cidade<sup>235</sup>**

O Estatuto da Cidade é a lei federal de desenvolvimento urbano que procurou, entre outros objetivos, definir e traçar de forma clara as diretrizes gerais da política urbana no Brasil ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

Os citados artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 já tratavam da política de desenvolvimento urbano, política a ser executada pelo Poder Público Municipal, com o fim de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade bem como garantir o bem-estar de seus habitantes. Todavia, em que pese esses artigos da Constituição Federal se proporem a garantir o desenvolvimento das cidades brasileiras, a sua aplicabilidade imediata não estava sendo garantida pela Carta, necessitando, outrossim, de uma lei regulamentadora. Portanto, o Estatuto da Cidade, após anos de lutas e reivindicações, veio regulamentar o conteúdo dos artigos 182 e 183 da Constituição de 1988.

As diretrizes gerais traçadas pelo Estatuto da Cidade dizem respeito a toda a matéria atinente a política urbana exposta pela lei federal nº 10.257,

---

<sup>234</sup> Op. cit. p. 211.

<sup>235</sup> Diretrizes denota o sentido de linhas reguladoras, esquemas gerais, preceitos norteadores de uma política.

lembrando, ainda que a Constituição de 1988 atribuiu à União a fixação de tais diretrizes (art. 24), devendo os Municípios suplementá-las no que for compatível com seus objetivos (art. 30, II).

As diretrizes gerais traçadas pelo Estatuto da Cidade estão dispostas nos artigos 1º ao 3º.<sup>236</sup> Dispõe o artigo 1º que:

Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Verifica-se que a própria lei federal regulamentadora da política urbana nacional se autodenominou Estatuto da Cidade, tornando-se, assim, seu nome oficial.

Observe-se ainda que o propósito do Estatuto foi estabelecer normas de ordem pública e interesse social, conforme se vê no disposto de seu art. 1º, § único. Adverte Odete Medauar que essas expressões 'ordem pública e interesse social' são clássicas e significam normas que não podem ser derogadas, sendo, portanto, imperativas, cogentes. Lembra ainda a autora que essas expressões dispostas no texto da lei nos alerta para o fato de que o uso da propriedade não mais se direciona apenas aos interesses dos proprietários, mas ao interesse geral,

---

<sup>236</sup> As diretrizes gerais traçadas pelo Estatuto da Cidade podem ser consultadas no anexo.

visto que está permeado pela função social que toda propriedade deve ter, nos termos do art. 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988.<sup>237</sup>

O artigo 2º do Estatuto da Cidade ao demonstrar que tal lei federal tem o propósito de desenvolver um plano de desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, procurou traçar algumas diretrizes expostas em seus dezesseis incisos.<sup>238</sup>

Sem a intenção de analisar todas as diretrizes expostas ao longo dos incisos do referido artigo 2º do Estatuto - mesmo porque há uma diversidade de conteúdo nelas - devemos, primeiramente, entender o que são diretrizes de uma política urbana para que possamos entender os objetivos da Lei Federal nº 10.257, de 2001. Para tanto, partimos da lição de José dos Santos Carvalho Filho, que define as diretrizes da política urbana como “o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas pelo Poder Público no intuito de constituir, melhorar, restaurar e preservar a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem-estar das comunidades em geral”.<sup>239</sup>

Carvalho Filho procurou agrupar todas as diretrizes dividindo-as em cinco categorias, a saber: diretrizes governamentais, sociais, econômico-financeiras, relativas ao solo urbano e as jurídicas.<sup>240</sup> Com tudo, inevitável o inter-relacionamento entre as diretrizes, tendo em vista que o fim de todas elas nada

---

<sup>237</sup> MEDAUAR, Odete. **Estatuto da Cidade - Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários**. (Coord). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

<sup>238</sup> Foge ao propósito deste estudo analisar todas as diretrizes expostas no artigo 2º do Estatuto da Cidade, mesmo porque o objetivo neste capítulo é desenvolver um estudo sobre a regularização fundiária – meio esse indispensável à solução ou minimização do problema da falta de moradia no Brasil.

<sup>239</sup> **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 21.

<sup>240</sup> Op. cit. pp. 23-24.

mais é que o alcance do bem-estar geral da sociedade que convive no espaço urbano, sendo que tal direito deve ser o alvo a ser atingido pela política urbana deste país. Este bem-estar geral somente será atingido quando se materializar o direito à terra urbana, à moradia digna, ou seja, moradia provida de saneamento e infra-estrutura, além de uma justa regularização fundiária, principalmente nos assentamentos irregulares ou informais.

#### **4.5. O Direito à Moradia como Fundamento da Política de Regularização Fundiária**

O Estatuto da Cidade, lei federal promulgada em 10 de julho de 2001, veio reconhecer a carência de moradia nas cidades brasileiras bem como a proliferação das formas de ilegalidade urbana no que concerne aos processos de acesso ao solo urbano, fatos esses ocasionados pela conjugação de dois fatores principais, quais sejam: a falta de uma política pública habitacional e a ausência de meios acessíveis de obtenção de uma moradia através do mercado imobiliário, aliado ainda a um sistema jurídico excludente que esteve em vigor até a promulgação da Constituição Federal de 1988.<sup>241</sup>

A Constituição de 1988 inovou ao trazer um capítulo especialmente desenvolvido para tratar de forma democrática a política urbana no Brasil. Assim, com o fim de promover e criar meios aptos a garantir o direito à moradia para a

---

<sup>241</sup> FERNANDES, Edésio. "Um novo Estatuto para as cidades brasileiras". In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as Cidades Brasileiras**, op. cit. p. 11.

população, se dispôs o Estatuto da Cidade a disciplinar os meios de regularização fundiária, garantindo-se, assim, a segurança jurídica da posse principalmente para as pessoas de baixo poder aquisitivo – que são justamente aquelas que vivem em assentamentos irregulares e precários.

Os assentamentos precários e irregulares foram a alternativa viável para grande parcela da população urbana adquirir uma moradia. No entanto, a maioria dessa população que ocupa os assentamentos como favelas, cortiços, conjuntos habitacionais populares não têm a propriedade dessas áreas, mas tão-somente a posse. Aliado ao problema da irregularidade fundiária dessas áreas, há ainda a questão do baixo padrão de qualidade de vida dos habitantes, que enfrentam não apenas condições precárias de habitabilidade, mas também a falta de segurança jurídica sobre as áreas onde construíram suas moradias. O professor Ricardo Pereira Lira nos aponta o meio perverso como os assentamentos se proliferaram principalmente nas grandes cidades. Observa o autor que esses assentamentos são dominados pela segregação residencial, haja vista que a propriedade encontra-se em poder de poucos, aliado ainda ao fato de que as condições de locação dos imóveis são muito severas para os locatários, fatores que ocasionaram um enorme déficit habitacional em nosso país.<sup>242</sup>

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade através de suas normas abriram oportunidades de se ver no panorama brasileiro uma nova ordem legal urbana destinada a promover o direito fundamental à moradia.

---

<sup>242</sup> **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 342.

O Estatuto da Cidade adotou como uma de suas diretrizes da política urbana, nos termos do artigo 2º, inciso XIV, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda. Verifica-se ainda que, para se atingir uma política de regularização fundiária, o Estatuto procurou arrolar em seu artigo 4º, inciso V os seguintes instrumentos: as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS – (f), a concessão de direito real de uso (g), a concessão de uso especial para fins de moradia (h) e usucapião especial de imóvel urbano (j).

Ressalte-se, no entanto, que este estudo acolheu apenas dois dos instrumentos de regularização fundiária arrolados no Estatuto da Cidade – a usucapião especial de imóvel urbano e concessão de uso especial para fins de moradia – como mecanismos hábeis e imprescindíveis para se garantir as populações urbanas o direito fundamental à moradia, tendo em vista que não há um modelo de desenvolvimento sustentável com padrões urbanísticos e ambientais se não houver respeito e proteção aos direitos da população que vive em assentamentos irregulares. Portanto, elegemos os institutos da usucapião especial de imóvel urbano e da concessão de uso especial para fins de moradia como instrumentos eficientes para regularizar as áreas onde a população pobre vive no meio urbano, revertendo de alguma forma a desigualdade social e territorial em nossas cidades e ampliando o acesso à moradia aos grupos humanos mais vulneráveis.

Entendemos que a regularização da posse das áreas urbanas informais é uma maneira eficiente de integrar a população pobre à economia de mercado,

tendo em vista que as pessoas precisam, antes de tudo, se sentirem seguras de suas condições de posse para que possam reivindicar do Poder Público melhorias nos loteamentos onde residem, como implantação de infra-estrutura e equipamentos públicos (escolas, transportes, postos de saúde, etc).

Interessante é a observação feita por Nelson Saule Júnior quanto à dimensão da regularização fundiária que, segundo o autor, compreende duas dimensões: a jurídica e a urbanística. A jurídica abrangeria o registro do título que reconhecesse o direito à moradia. Já a urbanística abrangeria a regularização do parcelamento do uso do solo junto aos órgãos públicos competentes, por meio de um plano de urbanização com normas urbanísticas específicas para esse fim.<sup>243</sup>

Ao tratar de regularização fundiária faz-se mister entender o sentido do termo 'fundiário', que segundo Buarque de Holanda vem do latim *fundus* que significa relativo a terrenos.<sup>244</sup> Dessa forma podemos entender que regularização fundiária é o modo pelo qual se regularizam terrenos para o cumprimento de determinado fim.

O propósito primordial da regularização fundiária nos assentamentos irregulares concerne à legalização dessas áreas através de um processo que confira à população o direito real de propriedade ou qualquer outro direito que lhes garanta uma situação segura e estável de uso e gozo da área utilizada como moradia. O que é indispensável para tal processo é a posse do terreno para fins habitacionais. Os dois instrumentos de regularização elegidos neste estudo

---

<sup>243</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 347.

<sup>244</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 2ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

(usucapião especial e concessão de uso para fins de moradia) requerem entre outros requisitos a posse do terreno para fins de moradia.

Absorvida na tarefa de buscar meios de se promover a regularização fundiária aos muitos assentamentos que se espalham em nosso país, a urbanista Betânia Alfonsin advoga a opinião de que o Estatuto da Cidade e a possibilidade de se promover de forma coletiva os processos de usucapião de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia poderá trazer um novo alento às políticas de regularização fundiária.<sup>245</sup>

Neste passo, far-se-á necessário tratar particularmente de cada um dos instrumentos de regularização fundiária elegidos neste estudo.

#### **4.5.1. Usucapião Especial de Imóvel Urbano**

A usucapião é um dos institutos mais tradicionais do direito civil, podendo ser definido como o modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais mediante a posse prolongada no tempo e sob as condições exigidas pela lei.

Dentro dessa perspectiva, a usucapião revestiu-se de várias configurações ao longo da história do Direito. Quanto ao gênero, a palavra usucapião também pode ser utilizada no masculino, como o fazia o Código Civil brasileiro de 1916.

---

<sup>245</sup> Para além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 284.

O fundamento do instituto da usucapião, segundo adverte Sílvio Venosa, está relacionado à utilização do bem, sendo importante inferir que este instituto tem o condão de transformar a situação do fato da posse em propriedade. Portanto, a posse é o elemento principal da usucapião.<sup>246</sup>

O direito civil brasileiro contemplou algumas modalidades de usucapião, a se destacar a extraordinária e a ordinária, previstas no Código de 1916.

Já a usucapião especial de imóvel urbano – objeto do presente estudo – é uma nova modalidade que foi introduzida em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988.

O instituto em apreço é uma forma originária de aquisição da propriedade urbana, tal qual as demais modalidades de usucapião expressas no Código Civil. De acordo com o artigo 183 da Constituição, este direito é assegurado aquele que possuir como sua área urbana de até 250 metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, e que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Verifica-se, ao analisar o disposto acima, que esta modalidade de usucapião deve ser reconhecida às pessoas que têm a posse de uma determinada área urbana para fins de moradia. O requisito essencial a ser observado é a destinação do bem, qual seja, deve ser destinada à moradia.

Como nas demais modalidades de usucapião dispostas no Código Civil (extraordinária e ordinária) na especial o possuidor também adquire o domínio

---

<sup>246</sup> Op. cit. p. 192.

sobre o imóvel em virtude da posse no prazo previsto em lei. No entanto, um fator difere a usucapião especial urbana das demais, ou seja, não se exige para aquela o requisito do justo título e da boa-fé.

Atento à natureza jurídica do instituto sob enfoque, Nelson Saule Júnior aponta duas finalidades a serem cumpridas pela usucapião especial, quais sejam: visa à regularização fundiária de imóveis urbanos além de cumprir o princípio constitucional da função social da propriedade. Portanto, o instituto serve como instrumento de política urbana e de justiça social.<sup>247</sup>

Assevera Saule Júnior o quão importante é a finalidade do instituto da usucapião especial urbana, haja vista que sua aplicação é voltada especialmente para o reconhecimento do direito social à moradia, particularmente da população moradora de favelas e de outras situações de assentamentos coletivos irregulares ou informais.<sup>248</sup>

O que inspirou os legisladores a instituírem a usucapião especial de imóvel urbano provavelmente foi o grave problema da falta de moradia nos centros urbanos. Neste passo, observa Carlos Bastide Horbach que esta modalidade de usucapião pode ser considerada como “usucapião pro casa” e como tal está em perfeita harmonia com o artigo 6º da Constituição Federal, com a redação da Emenda 26/2000.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 376.

<sup>248</sup> Op. cit. p. 378.

<sup>249</sup> **Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001- Comentários**. 2ª ed. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias de Menezes de. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais 2004, p. 132.

Como instrumento de política urbana, a usucapião especial também foi disciplinada no Estatuto da Cidade, particularmente nos artigos 9º a 14. Assim dispôs o artigo 9º, caput da Lei 10.257 que:

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

Vê-se no dispositivo acima que os requisitos que configuram a prescrição aquisitiva é a mesma contida no artigo 183 da Constituição Federal. A interpretação dessa norma deverá estar em consonância com o fim social dessa modalidade de usucapião, ou seja, a proteção da moradia do possuidor e de sua família.

Observa o Professor Regis Fernandes de Oliveira que o texto contido no artigo 9º do Estatuto da Cidade fala não somente em 'área' – como o faz o artigo 183 da Constituição de 1988 – mas também em 'edificação, o que faz entender que ambas as hipóteses estão amparadas pela lei, devendo, pois, a interpretação ser benévola para a regularização das áreas urbanas.<sup>250</sup>

A adoção pela ordem jurídica do instituto da usucapião especial de imóvel urbano irá propiciar uma maior segurança à posse dos moradores de áreas urbanas privadas que ali construíram suas moradias. O objetivo da norma, assevera Regis Fernandes de Oliveira, é a proteção à pessoa e à sua família.<sup>251</sup>

Atente-se ainda que o Código Civil de 2002 trouxe algumas novidades ao instituto da usucapião. Primeiramente, reduziu os prazos de prescrição aquisitiva

---

<sup>250</sup> **Comentários ao Estatuto da Cidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

<sup>251</sup> Op. cit. p. 54.

para as modalidades extraordinária e ordinária. Além disso, incorporou em seu texto a usucapião especial de imóvel urbano fundado na posse qualificada pela habitação (art. 1240), introduzindo em seu texto aquilo que a Constituição Federal já havia reproduzido no artigo 183.

#### **4.5.2. Usucapião especial coletiva**

O Estatuto da Cidade, além de regulamentar o artigo 183 da Constituição de 1988, introduziu no ordenamento pátrio uma nova forma de prescrição aquisitiva, qual seja: a usucapião especial coletiva de imóvel urbano, conforme se verifica em seu artigo 10, caput:

As áreas 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.

Verifica-se ao analisar o dispositivo acima que se trata de um instituto novo e autônomo em relação ao previsto no artigo 9º do Estatuto da Cidade, contendo um inegável alcance social.

A previsão desse novo instituto no Estatuto da Cidade foi basicamente introduzir no ordenamento um instrumento de regularização fundiária capaz de regularizar as áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda.

Os requisitos contidos nesta modalidade de prescrição aquisitiva são quase os mesmos contidos no artigo 9º do Estatuto da Cidade, com exceção da

área ocupada, que no coletivo deve ser maior de duzentos e cinqüenta metros quadrados e a situação de composses entre os possuidores.

Na usucapião especial coletiva, os possuidores permanecerão em estado do condomínio, havendo, assim, uma situação de litisconsórcio facultativo ativo, afirmando o § 3º do artigo 10 que é o juiz que atribuirá a cada possuidor uma fração ideal do terreno, independentemente da dimensão que cada um deles ocupe, com exceção se houver um acordo escrito entre tais condôminos, estabelecendo frações diferenciadas.

Um requisito importante lembrado por Carlos Bastide Horbach é que os possuidores que pretendem pleitear a usucapião coletiva de imóvel urbano deverão ser pessoas de baixa renda, vez que tal instituto tem uma finalidade social e não se serve apenas para a regularização de posses.<sup>252</sup>

O Professor Francisco Loureiro aponta a dupla tarefa assumida pelo instituto da usucapião coletiva, ou seja: regularizar a situação fundiária das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda, bem como permitir a urbanização de tais áreas, alterando o perfil destes assentamentos urbanos.<sup>253</sup>

Muitas dúvidas tanto de natureza processual quanto material surgirão na aplicação do usucapião coletivo, dificuldades que deverão ser dirimidas no caso concreto, lembrando, no entanto, que os juízes deverão deixar de lado certas formalidades para que tal instituto venha a ter aplicabilidade concreta, consagrando de algum modo a função social da propriedade.

---

<sup>252</sup> Op. cit. p. 144.

<sup>253</sup> Usucapião Coletivo e Habitação Popular. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 89.

A primeira controvérsia discutida na doutrina quando da instituição da usucapião na forma coletiva foi a questão do início da contagem do prazo prescricional, ou melhor, se o início do lapso temporal seria a partir da data da vigência do Estatuto da Cidade ou a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 que já previa a usucapião especial de imóvel urbano.

Oportuno é o entendimento do já citado mestre Francisco Loureiro quando assevera que o denominado usucapião coletivo nada mais é do que uma espécie de usucapião constitucional urbano, apenas tendo algumas facetas com o fim solucionar óbices de natureza formal para a consumação da prescrição aquisitiva e, portanto, desde a Constituição de 1988 a posse quinquenal já poderia ser convertida em propriedade, ou seja, não seria a promulgação do Estatuto da Cidade que passaria a conferir titularidade dominial.<sup>254</sup> Conjugando da mesma opinião, Saule Júnior entende que seria inadmissível o argumento de que o início da contagem de prazo para prescrição aquisitiva no usucapião coletivo deva iniciar-se a partir da vigência do Estatuto da Cidade, visto que a usucapião urbana está normatizada desde a Constituição Federal de 1988.<sup>255</sup> Por fim, o autor procura enfatizar o quão importante foi a instituição desta modalidade de usucapião como instrumento de regularização fundiária, principalmente para os habitantes das favelas e loteamentos irregulares ou clandestinos que, através deste instituto poderão legalizar as áreas onde vivem, garantindo, assim, o direito à moradia para aqueles que estão na posse do bem.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Op. cit. p. 93.

<sup>255</sup> Op. cit. p. 387.

<sup>256</sup> Op. cit. p. 390.

#### **4.5.3. A Concessão de Uso Especial para fins de moradia**

A promulgação do Estatuto da Cidade foi uma grande marco para as cidades brasileiras. A Lei Federal nº 10.257 veio regulamentar o capítulo da Política Urbana tratada na Constituição de 1988, trazendo um alento para o cenário urbano brasileiro.

O instrumento da concessão de uso especial para fins de moradia foi, ao lado da usucapião especial de imóvel urbano, um dos instrumentos de regularização fundiária elegidos como meios hábeis a minimizar o problema da falta de moradia nas cidades brasileiras, ao menos no que tange à segurança da posse nos assentamentos urbanos.

O instrumento em apreço foi reconhecido pela Carta Política de 1988 em seu artigo 183, § 1º. Já o Estatuto da Cidade previu este instrumento urbanístico na alínea h do inciso V do artigo 4º. Todavia, o Presidente da República vetou os artigos 15 a 20 do Estatuto, artigos que regulamentavam o instrumento da concessão de uso especial para fins de moradia.

Diante da importância do instituto em apreço, o Presidente da República daquela época comprometeu-se a submeter ao Congresso Nacional um texto que preenchesse a lacuna deixada pelo veto, buscando, de algum modo, sanar as imprecisões do projeto. Dessa forma, em 04 de setembro de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.220, que ainda encontra-se em vigor diante da perenização trazida pela Emenda Constitucional 32/2001.

As razões do veto proferido pelo então Presidente da República aos artigos 15 a 20 do Estatuto da Cidade deveu-se a alegação de que tais dispositivos feriam a autonomia dos Estados e Municípios ao tornar obrigatória o instituto da concessão especial nas áreas ocupadas por população de baixa renda. Além disso, afirma Betânia Alfonsin, a lei que tratava da concessão não estabelecia um marco temporal que estancasse daquela data para frente a possibilidade deste direito ser reconhecido, a qualquer tempo, como um direito subjetivo dos ocupantes, o que poderia levar a uma ‘corrida’ de ocupações em áreas públicas. Um outro problema que levou a lei ao veto, informa a autora, é o fato de que os artigos que tratavam da concessão não excetuavam as áreas de riscos.<sup>257</sup>

A Medida Provisória 2.220 tem por fim regulamentar o §1º do artigo 183 da Constituição de 1988, conforme fica claro ao se observar o artigo 1º, caput da medida, *in verbis*:

Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui 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.

Nossa Constituição Federal de 1988 vedou a usucapião para imóveis públicos, conforme se verifica pelo parágrafo 3º do artigo 183. Levando-se em conta que a usucapião especial de imóvel urbano – assunto abordado alhures – tem por fim garantir uma destinação social aos imóveis urbanos privados, a

---

<sup>257</sup> Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: garantindo a função social da propriedade da propriedade pública. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 162.

concessão de uso especial tem o mesmo fim, porém, em relação aos imóveis públicos.

Uma primeira observação que deve ser aludida neste tópico é que não se deve confundir a concessão de uso especial para fins de moradia, instituto regulamentado pela Medida Provisória 2.220, com o instituto da concessão real de uso de que trata o Decreto-lei 271/67. Este último trata-se de um direito real de uso resultante de contrato entre o Poder Público e o interessado, sendo resolúvel, podendo assim ser rescindido pelo concedente. Reza ainda o Decreto-lei nº 271/67 que por simples termo administrativo poderá a concessão ser inscrita e cancelada em livro especial (art. 7º, §1º). Já a concessão de uso especial para fins de moradia – objeto do presente estudo – trata-se de um direito que não depende da anuência da Administração Pública, visto que esta não poderá se opor à concessão, desde que o solicitante preencha os requisitos exigidos pela Medida Provisória 2.220. Portanto, o requisito principal para a obtenção da concessão especial é o decurso do tempo.

Do exposto acima, são perceptíveis as várias semelhanças entre os requisitos exigidos tanto para a concessão de uso especial para fins de moradia quanto para a usucapião especial prevista no artigo 183 da Constituição Federal, regulamentada pelo artigo 9º do Estatuto da Cidade. Em ambos os institutos exigem-se o prazo de cinco anos de posse e coisa hábil qualificada (área de até 250 m<sup>2</sup>).

Analisando o artigo 1º da Medida Provisória em questão, observa-se que o direito a concessão especial somente é reconhecida para os possuidores que

estão na posse de determinada área pública até determinada data, ou seja, 30 de junho de 2001. Portanto, os efeitos do instituto da concessão especial projetam-se para trás, visto que somente aqueles que já estavam na posse de determinada área anteriormente a 30 de junho de 2001 terão o direito a obter a concessão de uso especial para fins de moradia. Todavia, a Medida Provisória em seu artigo 9<sup>a</sup>, §3<sup>o</sup> permite a sucessão na posse, podendo, assim, o herdeiro continuar, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Tal qual a usucapião disciplinada no artigo 10 do Estatuto da Cidade, a Medida Provisória 2.220, em seu artigo 2<sup>o</sup>, também permite a forma coletiva ao instituto da concessão de uso especial quando o bem público é utilizado pela população de baixa renda em uma área com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados. Permite a lei que se regularize a situação de composesse dessas pessoas, destinando a elas uma fração ideal do terreno, desde que tal fração não ultrapasse os 250 metros quadrados. A forma coletiva da concessão tem por finalidade, primordialmente, facilitar os processos de regularização fundiária em áreas de favelas e loteamentos irregulares ou clandestinos, enfim, locais onde seria difícil identificar as áreas ocupadas individualmente por cada morador.

A Medida Provisória que regulamentou a concessão de uso especial para fins de moradia facultou ao Poder Público – conforme descreve o artigo 5<sup>o</sup> - o direito de conceder o uso em outro local também público nos seguintes casos: quando a área ocupada for de uso comum do povo, bem como destinada a projeto de urbanização; quando for de interesse da defesa nacional, da preservação

ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais e ainda quando reservada à construção de represas e obras congêneres ou situadas em via de comunicação. O que se verifica ao analisar o disposto é que a concessão especial de uso não é uma faculdade do Poder Público, mas um direito subjetivo daqueles que preencham os requisitos exigidos pela Medida Provisória 2.220. Quanto à faculdade de indicar outro local para o exercício da moradia, o fator determinante do dispositivo em questão é não conferir a concessão especial em locais de riscos para os próprios solicitantes.

O instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, em que pese estar regulamentada pela Medida Provisória 2.220, trouxe muitas controvérsias na doutrina. Há aqueles que defendem a legalidade da medida, porém, há também doutrinadores que entendem ser inconstitucional.

O professor Carlos Horbach, em sua balizada opinião, defende que a concessão de uso especial para fins de moradia não se coaduna com o sentido do sistema normativo instituído pelo artigo 183 da Constituição Federal, que em seu parágrafo 3º proíbe a prescrição aquisitiva de imóveis públicos, atingindo não somente a propriedade, como também os demais direitos reais que a compõem. Desse modo, o autor argumenta que o direito à concessão especial contrariaria a imprescritibilidade dos bens públicos, tendo em vista que, diante da posse por cinco anos, se estaria afastando um bem público de sua afetação original e o submetendo ao gozo exclusivo de um particular.<sup>258</sup>

---

<sup>258</sup> Op. cit. pp. 157-158.

Em sentido contrário, há aqueles que argumentam a favor da concessão especial de uso. Dentre eles, destacamos o multicitado urbanista Nelson Saule Júnior que entende que o princípio da função social da propriedade introduzido na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIII, se estende tanto aos imóveis privados quanto aos públicos. Observa o autor que a população de baixa renda que vive em assentamentos irregulares, desde que preencham os requisitos constitucionais quanto à posse da área onde habitam, devem ter o reconhecimento de seu direito à moradia. No entanto, como as regras para o uso e aquisição da propriedade privada e pública serem diversas, a própria Constituição Federal adotou institutos jurídicos diferenciados para cada caso, com o intuito de conferir à população de baixo poder aquisitivo a segurança jurídica da posse, garantindo-se, assim, a não violação do direito social à moradia.<sup>259</sup>

Em que pesem todos os argumentos desfavoráveis a aplicação do instituto da concessão especial de uso para fins de moradia – que não são poucos e merecem também ser destacados e discutidos – conclui-se que a regulamentação da concessão marca um novo panorama na luta pela reforma urbana neste país, visto que o citado princípio da função social da propriedade deve ser aplicado tanto aos imóveis privados quanto aos públicos.

---

<sup>259</sup> **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**, op. cit. p. 400.

## CONCLUSÕES

Ao final desse trabalho, espera-se ter contribuído de alguma forma para a análise do problema do acesso a terra em nosso país bem como da situação de exclusão sócio-espacial de grande parcela de nossa população. A pretensão deste estudo é ter dado alguma colaboração para a construção de argumentos jurídicos que dêem sustentação ao direito social à moradia.

A partir da temática central do estudo – o direito à moradia –extraímos através da análise doutrinária e legal algumas conclusões, quais sejam:

1. O direito social à moradia pode ser reconhecido como um direito humano e fundamental, havendo, pois, uma harmonização entre os conteúdos dos tratados de direito internacional e os textos constitucionais contemporâneos.

2. A inclusão do direito à moradia no texto constitucional de 1988 através da emenda nº 26, de 26.02.2000, trouxe-lhe o caráter de direito fundamental, em que pese já ter sido reconhecido como um direito humano em diversos tratados internacionais, à guisa de exemplos, a Declaração de Vancouver, denominada 'Habitat' (1976) e a Habitat II realizada em Istambul em 1996.

3. A moradia após ter sido incluída no capítulo concernente aos Direitos Sociais, mais particularmente no rol do artigo 6º, passou a apresentar algumas posições jurídicas, ora apresentando-se como direito de defesa – no sentido de se proteger o titular do direito contra ingerências externas – ora como direito prestacional – quando direcionada a promoção das necessidades materiais daqueles que necessitam de um espaço para morar.

4. Os direitos sociais são atingidos por vários óbices, a se destacar a denominada barreira da 'reserva do possível' cujo argumento é no sentido de que não há recursos materiais suficientes para se atender a todos de forma satisfatória. No entanto, em que pese o fato da escassez de recursos ser uma realidade que não se pode ignorar, há que se verificar que tal obstáculo à efetivação dos direitos sociais não pode ser totalmente aplicável à realidade brasileira, visto que os indicadores sociais são alarmantes e o Estado ao obter recursos não pode exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, devendo, pois, consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos.

5. A moradia pode assumir a feição de direito à prestação tanto no sentido fático quanto no jurídico. Quanto à prestação fática, o direito social à moradia pode impor ao Estado a obrigação de disponibilizar linhas de financiamento subsidiadas para aquela parcela da população que não tem condições de adquirir uma unidade habitacional através do sistema de mercado. Quanto à prestação jurídica, caberia ao Poder Público assegurar a todos o acesso à justiça com o fim de se garantir os instrumentos de regularização fundiária necessários para se garantir a segurança da posse para aqueles que vivem em assentamento irregulares.

6. A valorização dos princípios constitucionais é medida necessária para se promover a justiça social. A partir da Constituição de 1988, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema, ganhando-se verdadeiro *status* de normas jurídicas.

7. Na aplicação dos princípios constitucionais é forçoso reconhecer as dificuldades de interpretação e aplicação deles, tendo em vista que abrigam valores contrapostos, devendo-se, no caso concreto, equacionar as circunstâncias, sendo, assim, indispensável a ponderação dos valores em conflito.

8. Foram eleitos neste estudo alguns princípios constitucionais norteadores para uma leitura do direito social da moradia, destacando-se, pela importância, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da função social da propriedade, além da função social da posse.

9. Levando em consideração que as pessoas têm o direito de ocupar um espaço com a finalidade de moradia, devendo tal direito ser respeitado pelo Estado e por particulares, constata-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado aos direitos fundamentais, sendo assim seu alicerce, além de constituir o principal mandamento constitucional para a promoção do direito à moradia.

10. O princípio da igualdade consagrou os direitos fundamentais sociais no Estado contemporâneo. Sua aplicação propiciará uma solução mais justa aos conflitos existentes em torno do direito à moradia na medida em que protejam as pessoas mais vulneráveis às injustiças sociais, promovendo ainda um sistema de política habitacional mais descentralizado e democrático direcionado a atender a necessidade de moradia da população de baixo poder aquisitivo que vive em locais desprovidos de segurança e salubridade.

11. A Constituição Federal de 1988 consolidou o princípio da função social da propriedade, rompendo com o paradigma da propriedade individualista

descrita no Código Civil de 1916, com o objetivo de promover o bem-estar social. Desse modo, um novo regime jurídico foi instituído à propriedade, tendo a Carta de 1988, introduzido um capítulo específico à Política Urbana, facilitando não somente o cumprimento da função social do solo urbano, mas, principalmente promovendo a dignidade do ser humano como membro de uma sociedade.

12. A Constituição de 1988 consolidou um novo paradigma ao legitimar a posse daqueles que utilizam uma determinada área como moradia, podendo, assim entendermos que o instituto em tela, tal qual a propriedade, também possui uma função social, concluindo-se, desse modo, que a posse recebeu do legislador constituinte uma proteção por si só, desvinculada da propriedade. A posse, assim, está condicionada ao uso e utilidade do bem e não ao valor de troca, conquanto que esse uso contribua para o desenvolvimento econômico e social do país. Em relação ao uso do solo urbano, a posse atenderá a uma função social quando efetivar de algum modo o direito social à moradia, regularizando as áreas ocupadas pela população que vive sem segurança jurídica em assentamentos considerados pela ordem urbanística como irregulares.

13. Os números indicados por institutos de pesquisa no Brasil apontam que a carência de unidades habitacionais gerou em nosso país uma crise generalizada de falta de moradia para uma grande parcela da população, intensificando-se, desse modo, a segregação nos espaços urbanos. Diante desse quadro, verificamos o quanto foi importante a inclusão de um capítulo de Política Urbana na Constituição de 1988, que assim passou a reconhecer a questão urbana através de três parâmetros: a função social da propriedade e da cidade, a

gestão democrática da cidade e o direito à cidade e à cidadania. Uma vitória também dos setores populares, representados pelo Fórum Nacional para a Reforma Urbana, foi a aprovação da Lei Federal nº 10.257 em 10 de julho de 2001, denominada 'Estatuto da Cidade', lei que procurou traçar de forma clara as diretrizes gerais da política urbana ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição de 1988.

14. O Estatuto da Cidade veio reconhecer a carência de moradia nas cidades brasileiras bem como a proliferação de formas de ilegalidade urbana quanto aos processos de acesso ao solo. Assim, o Estatuto se dispôs, através de alguns instrumentos de regularização fundiária, a garantir a segurança jurídica da posse para as pessoas que tem como única forma de moradia os assentamentos irregulares e precários. Dentre os instrumentos de regularização fundiária, regulamentados pelo Estatuto da Cidade e pela Medida Provisória 2.220, destacamos a usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia por se tratar de mecanismos hábeis e imprescindíveis para se regularizar as áreas ocupadas pela população de baixa renda, garantindo-se a ela o direito social à moradia, revertendo, de algum modo, a desigualdade social e territorial em nossas cidades.

15. Os instrumentos de regularização fundiária, regulamentados pelo Estatuto da Cidade e pela Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de 2001, em que pesem todos os argumentos desfavoráveis a aplicação desses instrumentos, são indispensáveis para se legalizar as áreas privadas ou públicas onde vivem grande parcela da população urbana, protegendo-se aqueles que são

desfavorecidos pelo sistema de mercado formal e evitando que se perdue em nosso país despejos injustos e violentos, garantindo-se para essa população vulnerável o direito à moradia que deve ser considerada um direito humano e fundamental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Constitucionales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1997.

ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito à Moradia e segurança da Posse no Estatuto de Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Para além da Regularização Fundiária; Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: garantindo a função social da propriedade da propriedade pública. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ª ed. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel no direito brasileiro. In: SAMPAIO,

José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Estação Liberdade/Fapesp, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. O Sistema da posse no Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 139, p. 109-117, jul./set. 1998.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FACHIN, Luiz Édson. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Rio de Janeiro; Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Edésio. Um novo Estatuto para as cidades brasileiras. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Urbanístico: entre a “Cidade Legal” e a “Cidade Illegal”. In: \_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. Princípios, Bases e Desafios de uma Política Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Savaiva, v. 1, 1990.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos Direitos Prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAZIA, Grazia de. Estatuto da Cidade: uma história de vitórias e derrotas. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 137, p. 10-17, jan/mar. 1998.

HORBACH, Carlos Bastide. Dos Instrumentos da Política Urbana. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias de Menezes de (Coords.). **Estatuto da Cidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Francisco. Usucapião Coletivo e Habitação Popular. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Estatuto da Cidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. São Paulo: **Revista de Direito Público** nº 57/58, pp. 253/254.

MESQUITA, Daniel Augusto. Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo STF e conseqüências da Emenda Constitucional 45/2004. Brasília: **Instituto Brasiliense de Direito Público**, Caderno Virtual nº 12, agosto/2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jacqueline. A Repropriação das Cidades no Contexto da Globalização. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.) **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5º ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, nº 04, 1999, pp.24-26.

ROLNIK, Raquel. Para Além da Lei: Legislação Urbanística e Cidadania (São Paulo 1886-1936). In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira, et (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica nº 10, jan. 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 2004.

\_\_\_\_\_. O Tratamento Constitucional do Plano Diretor como Instrumento de Política Urbana. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). Rio de Janeiro: **Revista Forense**, v. 306, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação** – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. A Cidadania Multidisciplinar na Era dos Direitos. In \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 5. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra; Almedina, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, nº 5, p.50-61, jan/jun. 2005.

**ANEXO**

**Medida Provisória nº 2.220,  
De 4 de setembro de 2001.**

Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei.

**CAPÍTULO I  
DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL**

Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possui 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.

§1º. 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.

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

§3º. Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 2º. Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§1º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§2º. Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§3º. A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Art. 3º. Será garantida a opção de exercer os direitos de que tratam os arts. 1º e 2º também aos ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, na forma do regulamento.

Art. 4º. No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local.

Art. 5º É facultado do Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel:

- I – de uso comum do povo;
- II – destinado a projeto de urbanização;
- III – de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais;
- IV – reservado à construção de represas e obras congêneres; ou
- V – situação em via de comunicação.

Art. 6º. O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante 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.

Art. 7º. O direito de concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Art. 8º. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se no caso de:

I – o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; ou

II – o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração do Poder Público concedente.

Art. 9º. É facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele 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 fins comerciais.

§1º. A autorização de uso de que trata este artigo será conferida de forma gratuita.

§2º. O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§3º. Aplica-se à autorização de uso prevista no caput deste artigo, no que couber, o disposto nos art.s 4º e 5º desta Medida Provisória.

## CAPÍTULO II DO CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO

Art. 10. Fica criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com as seguintes competências:

I – propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano;

II – acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos;

III – propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano;

IV – emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano;

V – promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano; e

VI – elaborar o regimento interno.

Art. 11. O CNDU é composto por seu Presidente, pelo Plenário e por uma Secretaria-Executiva, cujas atribuições serão definidas em decreto.

Parágrafo único. O CNDU poderá instituir comitês técnicos de assessoramento, na forma do regimento interno.

Art. 12. O Presidente da República disporá sobre a estrutura do CNDU, a composição do seu Plenário e a designação dos membros e suplentes do Conselho e dos seus comitês técnicos.

Art. 13. A participação no CNDU e nos comitês técnicos não será remunerada.

Art. 14. As funções de membro do CNDU e dos comitês técnicos serão consideradas prestações de relevante público e a ausência ao trabalho deles decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais.

### CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 15. O inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“ I - ...

...

28) das sentenças declaratórias de usucapião;

...

37) dos termos administrativos ou das sentenças declaratórias da concessão de uso especial para fins de moradia;

...

40) do contrato de concessão de direito real de uso de imóvel público” (NR)

Art. 16. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de setembro de 2001.  
180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
Pedro Parente

**Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**

Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I  
DIRETRIZES GERAIS

Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidades de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

(...)

Art. 58. Esta Lei entra em vigor após decorridos noventa dias de sua publicação.

Brasília, 10 de julho de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

Fernando Henrique Cardoso  
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro  
Geraldo Magela da Cruz Quintão  
Pedro Malan

**Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**

Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS.

CAPÍTULO I  
DO SISTEMA NACIONAL DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL

Seção I  
Objetivos, Princípios e Diretrizes

Art. 2º. Fica instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de:

- I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;
- II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e
- III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

Art. 3º. O SNHIS centralizará todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, observada a legislação específica.

Art. 4º. A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:

I – os seguintes princípios:

- a) compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, bem como das demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social.
- b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;
- c) democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios;
- d) função social da propriedade urbana visando a garantir atuação direcionada a coibir a especulação imobiliária e permitir o acesso à terra urbana e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade;

II – as seguintes diretrizes:

- a) prioridade para planos, programas e projetos habitacionais para a população de menor renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal;
- b) utilização prioritária de incentivo ao aproveitamento de áreas dotadas de infraestrutura não utilizadas ou subutilizadas, inseridas na malha urbana;
- c) utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a implantação de projetos habitacionais de interesse social;
- d) sustentabilidade econômica, financeira e social dos programas e projetos implementados;
- e) incentivo à implementação dos diversos institutos jurídicos que regulamentam o acesso à moradia;
- f) incentivo à pesquisa, incorporação de desenvolvimento tecnológico e de formas alternativas de produção habitacional;
- g) adoção de mecanismos de acompanhamento e avaliação e de indicadores de impacto social das políticas, planos e programas; e
- h) estabelecer mecanismos de quotas para idosos, deficientes e famílias chefiadas por mulheres dentre o grupo identificado como o de menor renda da alínea “a” deste inciso.

## Seção II Da Composição

Art. 5º. Integram o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS os seguintes órgãos e entidades:

- I – Ministério das Cidades, órgão central do SNHIS;
- II – Conselho Gestor do FNHIS;
- III – Caixa Econômica Federal – CEF, agente operador do FNHIS;
- IV – Conselho das Cidades;
- V – conselhos no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições específicas relativas às questões urbanas e habitacionais;
- VI – órgãos e as instituições integrantes da administração pública, direta ou indireta, das esferas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, e instituições regionais e metropolitanas que desempenham funções complementares ou afins com a habitação;
- VII – fundações, sociedades, sindicatos, associações comunitárias, cooperativas e quaisquer outras entidades privadas que desempenham atividades na área habitacional, afins ou complementares, todos na condição de agentes promotores das ações no âmbito do SNHIS; e
- VIII – agentes financeiros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional a atuar no Sistema Financeiro da habitação – SFH.

Art. 6º. São recursos do SNHIS:

- I – Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, nas condições estabelecidas pelo seu Conselho Deliberativo;
- II – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, nas condições estabelecidas pelo seu Conselho Curador;
- III – Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS;
- IV – outros fundos ou programas que vierem a ser incorporados ao SNHIS.

## CAPÍTULO II DO FUNDO NACIONAL DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL

### Seção I Objetivos e Fontes

Art. 7º. Fica criado o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS, de natureza contábil, com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas direcionadas à população de menor renda.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º. O FNHIS é constituído por:

I – recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAZ, de que trata a Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974;

II – outros fundos ou programas que vierem a ser incorporados ao FNHIS;

III – dotações do Orçamento Geral da União, classificadas na função de habitação;

IV – recursos provenientes de empréstimos externos e internos para programas de habitação;

V – contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais;

VI – receitas operacionais e patrimoniais de operações realizadas com recursos do FNHIS; e

VII – outros recursos que lhe vierem a ser destinados.

## Seção II DO CONSELHO GESTOR DO FNHIS

Art. 9º O FNHIS será gerido por um Conselho Gestor.

Art. 10. O Conselho Gestor é órgão de caráter deliberativo e será composto de forma paritária por órgãos e entidades do Poder Executivo e representantes da sociedade civil.

§1º. A Presidência do Conselho Gestor do FNHIS será exercida pelo Ministério das Cidades.

§2º. O presidente do Conselho Gestor do FNHIS exercerá o voto de qualidade.

§3º. O Poder Executivo disporá em regulamento sobre a composição do Conselho Gestor do FNHIS, definindo entre os membros do Conselho das Cidades os integrantes do referido Conselho Gestor.

§4º. Competirá ao Ministério das Cidades proporcionar ao Conselho Gestor os meios necessários ao exercício de suas competências.

## Seção III Das Aplicações dos Recursos do FNHIS

Art. 11. As aplicações dos recursos do FNHIS serão destinadas a ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem:

I – aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais;

II – produção de lotes urbanizados para fins habitacionais;

III – urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas habitacionais de interesse social;

V – aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias;

VI – recuperação ou produção de imóveis em áreas encortiçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais interesse social;

VII – outros programas e intervenções na forma aprovada pelo Conselho Gestor do FNHIS.

§1º. Será admitida a aquisição de terrenos vinculada à implantação de projetos habitacionais.

§2º. A aplicação dos recursos do FNHIS em áreas urbanas deve submeter-se à política de desenvolvimento urbano expressa no plano diretor de que trata o Capítulo III da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, ou, no caso de Municípios excluídos dessa obrigação legal, em legislação equivalente.

Art. 12. Os recursos do FNHIS serão aplicados de forma descentralizada, por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que deverão:

I – constituir fundo, com dotação orçamentária própria, destinado a implementar Política de Habitação de Interesse Social e receber os recursos do FNHIS;

II – constituir conselho que contemple a participação de entidades públicas e privadas, bem como de segmentos da sociedade ligados à área de habitação, garantindo o princípio democrático de escolha de seus representantes e a proporção de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) das vagas aos representantes dos movimentos populares;

III – apresentar Plano Habitacional de Interesse Social, considerando as especificidades do local e da demanda;

IV – firmar termo de adesão ao SNHIS;

V – elaborar relatórios de gestão; e

VI – observar os parâmetros e diretrizes para concessão de subsídios no âmbito do SNHIS de que trata os arts. 11 e 23 desta Lei.

§1º. As transferências dos recursos do FNHIS para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficam condicionadas ao oferecimento de contrapartida do respectivo ente federativo, nas condições estabelecidas pelo Conselho Gestor do Fundo e nos termos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§2º. A contrapartida a que se refere o §1º dar-se-á em recursos financeiros, bens imóveis urbanos ou serviços, desde que vinculados aos respectivos empreendimentos habitacionais realizados no âmbito dos programas do SNHIS.

§3º. Serão admitidos conselhos e fundo estaduais, do Distrito Federal ou municipais, já existentes, que tenham finalidades compatíveis com o disposto nesta Lei.

§4º. O Conselho Gestor do FNHIS poderá dispensar Municípios específicos do cumprimento dos requisitos de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo, em razão de características territoriais, econômicas, sociais e demográficas.

§5º. É facultada a constituição de fundos e conselhos de caráter regional.

Art. 13. Os recursos do FNHIS e dos fundos estaduais, do Distrito Federal e municipais poderão ser associados a recursos onerosos, inclusive os do FGTS, bem como a linhas de crédito de outras fontes.

Art. 26. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2005, 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
Paulo Bernardo  
Olívio de Oliveira Dutra.