

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: PROPRIEDADE, MORADIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MARCOS D' AVILA SCHERER

Itajaí-SC

2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: PROPRIEDADE, MORADIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MARCOS D' AVILA SCHERER

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Co-orientador: Professor Doutor Gabriel Ferrer

Itajaí-SC

2015

AGRADECIMENTOS

À Administração do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Academia Judicial, cujo apoio e incentivo ao aprimoramento acadêmico de seus Juízes mostraram-se indispensáveis à realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

A todos aqueles que, por meio da regularização fundiária, esperam pelo registro de propriedade, em definitivo, de seus lares, findando com importante causa de angústia e inquietação.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 30 de julho de 2015.

Marcos d'Avila Scherer

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
DDD	Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
Capítulo 1: ESTADO, PROPRIEDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
1.2 OS DIREITOS DO HOMEM NA FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL	16
1.3 A TUTELA DOS DIREITOS E O ESTADO BRASILEIRO	20
1.4 O DIREITO DE PROPRIEDADE, DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	26
1.5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROPRIEDADE	40
Capítulo 2: A OCUPAÇÃO URBANA E O DIREITO À MORADIA.....	44
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	44
2.2. A DIVISÃO HISTÓRICA DO SOLO E A FORMAÇÃO DE ÁREAS DE OCUPAÇÃO IRREGULAR.....	44
2.3. A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	51
2.4. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	58
Capítulo 3:	67
REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	67
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	67
3.2 AS NORMAS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA	68
3.3 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	74
3.4 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES: DIREITOS DE PROPRIEDADE, MORADIA E MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO	79
3.5 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	90

CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
Referências das fontes citadas	98
ANEXO.....	102

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. O processo de regularização fundiária constitui o cerne do trabalho. A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil – Art. 1º, III, CRFB, impõe o atendimento às necessidades primárias da população, dentre elas o direito de habitar, mas tampouco despreza a proteção ambiental, condição *sine qua non* à sobrevivência das presentes e futuras gerações. Os direitos fundamentais de propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez confrontados, necessitam passar por um processo de ponderação de interesses, tendo como norte a dignidade humana, para que seja possível determinar qual há de prevalecer diante do caso concreto. A colisão de direitos de tão elevada importância – propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado – não poderia apresentar solução fácil ou simplista. Ponderação de interesses é a chave para tal desiderato. Confrontam-se os direitos em cheque no caso concreto, utilizando-se de filtros estabelecidos pela Constituição da República, no caso a dignidade da pessoa humana, além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para, assim, aferir qual deles merece maior guarda. Assim, o processo de regularização fundiária, inovando o ordenamento jurídico ao estabelecer nova modalidade de perda/aquisição da propriedade privada, revela-se importante forma de atingir o desenvolvimento sustentável, na medida que confere aos indivíduos melhores condições de vida sem olvidar os demais bens e direitos indispensáveis a sua sobrevivência, especialmente o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Regularização fundiária; propriedade; moradia; meio-ambiente; ponderação de interesses; dignidade.

ABSTRACT

This Dissertation is inserted in the research line Environmental Law, Transnationality and Sustainability. The land regularization process is at the heart of the work. The dignity of the human person, a fundamental principle of Brazilian Federal Republic – Art. 1º, III, CRFB, imposes compliance with the primary needs of the population, among them the right to housing, but neither neglects environmental protection, condition *sine qua non* for the survival of present and future generations. The fundamental rights to property, housing and ecologically balanced environment, once confronted, they need to go through a process of balancing of interests, with the north human dignity, so that you can determine which one should prevail on the individual case. The collision of such high importance rights - property , housing and ecologically balanced environment - could not provide easy or simple solution. Balancing of interests is the key to this aim. Confront the rights in check using filters established by the Constitution , in case the dignity of the human person, in addition to the principles of proportionality and reasonableness, to thereby ascertain which of them deserves greater lair. Thus, the land regularization process, innovating the legal system to establish new type of loss / acquisition of private property reveals an important way of achieving sustainable development, as it provides the best individuals living conditions without forgetting the other essential goods and rights for their survival, especially the ecologically balanced environment.

Keywords: Land regularization process; property; housing; environment; balance of interests; dignity.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar o processo de regularização fundiária, buscando definir critérios para a sua aplicação na hipótese de colisão entre os direitos de propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, far-se-á necessário um enfoque do processo de regularização fundiária à luz dos princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, estabelecendo-se limitações ao processo de regularização, acaso existentes, impostas pela necessária preservação do meio ambiente.

Estabeleceram-se como problemas a serem enfrentados as seguintes indagações: a) O processo de regularização fundiária, cujo regramento encontra-se previsto em diversos atos normativos, em especial o Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01) e a Lei n. 11.977/09 (Instituidora do Programa Minha Casa Minha Vida e Regularização Fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas), imprimindo uma forma mais célere para a declaração de domínio de áreas densamente ocupadas, afronta a garantia de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal? b) O direito fundamental à moradia pode se fazer valer frente à propriedade, inclusive obrigando terceiros? C) Trata-se o meio ambiente equilibrado de direito fundamental, e neste caso, pode ceder espaço à garantia do direito à moradia em áreas de preservação ambiental?

Para a pesquisa foram levantadas a(s) seguinte(s) hipótese(s):

a) O devido processo legal é garantia fundamental prevista na Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, inciso LIV. O fundamento de tal garantia no tocante à perda de bens é a proteção à propriedade privada, umas das vigas mestras do Estado Liberal forjado desde a Independência norte-americana e a Revolução Francesa de 1789. Com este desiderato, constitucionalizou-se a garantia de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Mas a idéia de devido processo legal não se circunscreve às formas jurídico-legais de perda da propriedade. Como é evidente, o princípio serve de norte à aplicação das regras do ordenamento jurídico, e não o contrário. O reconhecimento da perda da

propriedade de áreas ocupadas, por meio de processo estabelecido na forma determinada pela Carta Política do Estado, não merece cerceio ou diminuição por aplicação analógica das regras até então postas. O processo de regularização fundiária inaugura verdadeiro processo legal para a aquisição de domínio nas situações em que especifica, e, por via de consequência, de perda da propriedade privada.

b) As vastas áreas de ocupação irregular representam importante desafio ao Estado de Direito, em diversas de suas nuances. No decorrer da história mais recente, especialmente nos centros urbanos densamente povoados, as precárias condições humanas de parte da população levaram grandes contingentes de pessoas a ocuparem locais menos prestigiados pelo Estado e sociedade, desprezando-se as normas de ocupação do solo e/ou preservação ambiental, estas muitas vezes até então incipientes ou inexistentes. O direito fundamental à moradia apresenta-se como um difícil e custoso dever imposto não somente ao Estado, mas a toda coletividade, devendo-se definir critérios em que particulares poderão ser chamados a tal responsabilidade.

c) Diante da colisão entre o reconhecimento formal do direito à moradia desses importantes setores da sociedade e a necessária aplicação das normas de proteção ambiental, cada vez mais restritivas e cogentes, não se pode estabelecer parâmetros pré-concebidos pelos quais o Estado estaria autorizado a mitigar as exigências de proteção ao meio ambiente, consagradas inclusive na Constituição da República de 1988, em prol da garantia ao direito à moradia, igualmente prevista na Carta Maior. Somente um processo de ponderação dos interesses em jogo, diante do caso concreto, ensejará a melhor resposta a este importante dilema.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma análise da consolidação dos direitos do homem em cotejo à evolução do Estado Nacional. Busca-se um paralelo entre a consagração do direito de propriedade, como um dos principais direitos individuais, e a instituição do pacto social para a formação do Estado. Com a transição do período feudal ao Estado Nacional, fez-se possível relacionar o fortalecimento do poder

central, na pessoa do monarca, à defesa da propriedade das classes dominantes, em um nítido processo de apoio recíproco. Assim como o Estado evoluiu até a sua feição democrática, o direito de propriedade passa por uma mutação em seus contornos no decorrer do tempo, deixando de apresentar um caráter quase absoluto para subordinar-se a uma função social. O devido processo legal, princípio inicialmente tomado em seu aspecto formal, guarda íntima relação com direito de propriedade, ao estabelecer que ninguém será privado de seus bens sem que se percorra um procedimento pré-estabelecido em lei. O processo de regularização fundiária, pois, precisa ser visto à luz do devido processo, na medida que inaugura modalidade de aquisição/perda da propriedade privada.

O Capítulo 2 trata da ocupação irregular do solo, buscando suas raízes históricas, e a formação das áreas consolidadas, alvo primordial do processo de regularização fundiária. Discorre-se sobre o direito à moradia, direito fundamental considerado de segunda dimensão e consagrado pelas novas Constituições do século XX, especialmente a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã (Weimar). A menção ao direito de moradia na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) confirma de vez a sua natureza fundamental, sendo introduzido na Carta brasileira tão somente no ano 2000 dentre os direitos sociais (art. 6º). A mais importante questão a enfrentar relaciona-se à eficácia do direito fundamental à moradia. O dever do Estado em efetivá-lo parece não gerar qualquer dúvida, apesar da imensa carência do agir estatal nesta área. Bem por este motivo, em que medida será ele oponível a terceiros, ou seja, terá tal direito eficácia horizontal? A nosso sentir, não se pode afastar tal ônus aos particulares, a depender de requisitos fáticos e jurídicos a relacionarem as partes envolvidas.

O Capítulo 3 dedica-se ao processo de regularização fundiária em si, trazendo as normas que lhe são aplicáveis. O meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser o foco, como terceiro direito fundamental envolvido em referido processo. Consagrado pela CRFB/88, busca-se evidenciar a controvérsia sobre a sua natureza de direito fundamental ou mero dever estatal. Conforme expendido, ao enfrentar a regularização fundiária os três direitos fundamentais objeto de estudo, a saber, propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz-se indispensável um processo de ponderação de interesses, uma vez que um ou mais destes direitos fatalmente hão de ceder espaço a outro.

Conclui-se que o processo de regularização fundiária, ao promover referido processo de ponderação, serve de instrumento ao desenvolvimento sustentável, entendido como o processo que promove as bases de produção e reprodução do homem privilegiando a sua qualidade de vida.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre o processo de regularização fundiária e o necessário enfrentamento da colisão de direitos fundamentais.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo e na fase de tratamento de dados o cartesiano.

A técnica de investigação utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

Nesta Dissertação os conceitos operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez.

CAPÍTULO 1:

ESTADO, PROPRIEDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estado, propriedade e devido processo legal são os pontos de partida indispensáveis para a análise do processo de regularização fundiária e suas implicações no que toca aos direitos fundamentais envolvidos.

Desde a consolidação do Estado e as primeiras garantias das liberdades individuais, até a implementação de direitos fundamentais ligados ao princípio da igualdade, mediante a prestação estatal efetiva de bens ou serviços, passou o homem por diversas fases de fruição (ou não) dos direitos fundamentais.

A propriedade, como primeiro desses direitos relacionados à liberdade, aliou-se ao o Poder Estatal, numa relação de nítida simbiose. Um não poderia viver sem o outro. Todavia, no decorrer do processo civilizatório, outros direitos passaram a ser demandados pelo homem, exigindo do Estado mais do que uma simples não intervenção nas liberdades individuais.

Assim, impõe-se uma leitura acerca da natureza e extensão do direito de propriedade, alinhando-o ao processo de evolução do Estado e das garantias e direitos fundamentais do homem, em especial o devido processo legal.

1.2 OS DIREITOS DO HOMEM NA FORMAÇÃO DO ESTADO NACIONAL

A formação dos Estados Nacionais, como hoje os identificamos, pode ser situada na passagem da Idade Média para a Moderna, período da história em que se viu efetivamente o estabelecimento de um poder político central no qual se reuniram diversas prerrogativas, dentre as quais, além da clássica defesa das fronteiras externas e da cobrança de tributos, a maior ingerência do Estado nos direitos individuais.

Nesse sentido, para a outorga de um poder estatal a determinada figura política, fosse ele mais ou menos centralizado, fez-se necessário tratar dos direitos individuais e da medida com que tais direitos coexistiriam com aquele poder.

O livre exercício de direitos pelo homem, portanto, não se mostrava compatível com o reconhecimento de um poder ao qual todos deviam obediência em prol da existência de uma soberania. Todavia, em troca de tal limitação, almejava-se especialmente a proteção estatal para a manutenção dos mesmos direitos. Segundo Thomas Hobbes, em seu clássico *O Leviatã*:

A obrigação dos súditos perante o soberano permanece apenas enquanto dura o poder por meio do qual este os protege. Porque o direito que, por natureza, os homens têm de se defender não pode ser abandonado mediante qualquer pacto. A soberania é a alma do Estado e, uma vez separada do corpo, tira os movimentos dos membros. A finalidade da obediência é a proteção, e, quando um homem a vê, seja em sua própria espada, seja na de um outro, a natureza determina que a obedeça e se esforce para conservá-la. Embora a soberania seja imortal, na intenção daqueles que a criaram, ela está, por sua própria natureza, sujeita a morte violenta pela guerra exterior; em razão da ignorância e das paixões dos homens, a soberania conserva, desde o momento de sua instituição, sementes de mortalidade natural, decorrentes da discórdia intestina.¹

As palavras de Hobbes demonstram claramente a crença do autor no estado de natureza destrutivo do homem, apresentando-se o Estado como bastião de sua salvação. Assim, pactuavam os indivíduos para que, cedendo cada qual parte de suas liberdades, pudessem usufruir da parcela restante dos direitos de forma coordenada pelo poder central.

Conforme expandido, a ideia de limitação dos direitos fundamentais pode ser buscada, na esteira do pensamento de Hobbes, na formação do próprio Estado e sua inter-relação com os direitos privados dos cidadãos e destes com o Poder Estatal, a saber:

O esquema é conhecido: na hipótese do estado de natureza cada indivíduo dispõe de um direito geral “a todas as coisas”. Às vezes, contudo, ao se referir a uma doutrina tradicional, Hobbes põe-se a falar de um comunismo originário, o que é um conceito muito diferente. Mas esse direito ainda indefinido por ser exercido conjuntamente com o dos outros homens é impraticável, “inútil” (*unprofitable*); pareceria até mesmo prejudicial ao seu titular já que é um fator de guerra, de insegurança, de inquietude. Ele é: “*neither Propriety, nor Community, but Uncertainly*”.

¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D’Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 160. Título original: *Leviathan, or Matter, form and Power of a commonweath ecclesiastical and civil*.

Então o homem se põe em ação para lhe dar uma nova forma. Quando, no começo da história, aparecem governos ou soberanias *naturais*, constituem-se *dominia* sobre as pessoas ou sobre coisas e a conquista, o poder parental ou patriarcal, a ocupação são fontes de *dominia*. Mas o sentido da operação só se revela abertamente com a criação consciente, pelo contrato, de Leviatã. É uma espécie de contrato sinalagmático: os futuros cidadãos abdicam, em prol do novo soberano, de seu direito primitivo sobre todas as coisas. Mas recebem em troca novos direitos, direitos *civis*, que desta vez não têm mais o defeito de se encavalarem entre si. Uma das principais funções do príncipe é realizar por sua lei (*distributive Law*) essa determinação precisa, que a natureza não fizera, das propriedades de cada um.²

A chamada teoria do pacto social ou contratualismo³ é também compartilhada por John Locke, agora sob um enfoque diferenciado, o qual não mais se baseia na força destrutiva do homem em estado de liberdade, *verbis*:

Eis aí a clara *diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra*, os quais, por mais que alguns homens os tenham confundido, tão distantes estão um do outro quanto um estado de paz, boa vontade, assistência⁴ mútua e preservação está de um estado de inimizade, malignidade, violência e destruição mútua. Quando homens vivem juntos segundo a razão e sem um superior comum sobre a Terra com autoridade para julgar entre eles, manifesta-se propriamente o estado de natureza. Mas a força, ou um propósito declarado de força sobre a pessoa de outrem, quando não haja um superior comum sobre a Terra ao qual apelar em busca de assistência, constitui o *estado de guerra*⁵.

Sobre a distinção entre as ideias de Hobbes e Locke, assevera Norberto Bobbio que o último também parte do pressuposto de que o estado da natureza é uma situação de liberdade e igualdade, assim como Hobbes. Mas liberdade e igualdade em um sentido diferente, pois não significa mais o *jus in omnia* ilimitado. Liberdade é o direito de “regular as suas ações e de dispor da sua propriedade e da

²VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 710-711. Título original: La formation de la pensée juridique moderne.

³ Segundo Horacio Daniel Rosati, “se denomina “contratualismo” a la corriente interpretativa según la cual el Estado es el producto de una decisión racional de los hombres destinada ora a resolver los conflictos generados por su instinto antisocial, ora a solucionar los problemas emergentes de la convivencia.” (ROSATI, Horacio Daniel. **Teorías sobre el origen y justificación del Estado**. In: Clève, Clemerson e Barroso, Luís Roberto (Orgs). Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional. V. III. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 413.

⁵ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 397-398. Tradução de Julio Fischer.

sua pessoa como melhor se queira, *dentro dos limites da lei da natureza*, sem pedir permissão ou depender da vontade de ninguém mais”. Segundo o renomado autor:

Trata-se da noção clássica de *liberdade negativa*, isto é, da liberdade entendida como ausência de obrigações. Vamos encontrar uma definição ainda mais explícita, que fala da “liberdade de seguir a minha própria vontade em tudo aquilo que não seja regulado por preceitos”. Analogamente, a igualdade de que fala Locke não é a igualdade de forças, física ou material, a que se referia Hobbes, mas essencialmente uma *igualdade jurídica*, ou seja, aquela situação em que “todo poder ou jurisdição é recíproco, ninguém possuindo mais do que qualquer outra pessoa” e na qual não há “subordinação ou sujeição” de um indivíduo a outro. Onde não há um soberano comum, todos são igualmente soberanos: é a regra hoje ainda vigente na comunidade internacional.⁶

Ainda na esteira dos teóricos do contratualismo, não menos importantes são as palavras de Rousseau sobre os direitos do homem na consolidação do Estado por meio do pacto social:

Reduzamos todo este balanço a termos fáceis de comparar. O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. Para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade civil que é limitada pela liberdade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo.⁷

Após este breve apanhado sobre a formação do Estado Nacional por meio do contrato social, é possível afirmar que umas das mais relevantes preocupações dos homens - ou contratantes, quando se reuniram por meio do pacto social para a instituição do Estado, circunscreveu-se à defesa de sua propriedade perante os demais.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p.180-181. Título original: Locke e Il diritto naturale.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. 15 ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 34.

Até então desconhecido o poder estatal centralizado, após longo período de Idade Média no ocidente, não poderiam os homens antever de que forma o exercício desse poder constituiria ameaça às suas liberdades pessoais. Não por outro motivo, somente em um segundo momento, viram-se obrigados a se preocupar com o exacerbatamento do Estado, na medida em que este, fortalecido, passou a constituir verdadeira ameaça à fruição das liberdades, o que se deu no longo período de absolutismo.

A propriedade, portanto, erigiu-se, possivelmente, como o mais importante direito consagrado pelo Estado Nacional, cuja defesa constituiu seu principal mote e sustentáculo. No dizer de Bobbio:

A liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que ocorre desde a *Magna Charta*, considerada geralmente como o antepassado dos *Bill of Rights*. Mas é preciso distinguir entre a liberdade pessoal e os outros direitos naturais: a primeira é o fundamento do Estado de Direito, que se baseia no princípio da “rule of Law”, ao passo que os segundos são o pressuposto do Estado liberal, ou seja, do Estado limitado. O alvo da primeira é o poder arbitrário; o da segunda, o poder absoluto. O fato de que o poder tenda a ser arbitrário quando se amplia o seu caráter absoluto não significa que um e outro ponham o mesmo problema quando se trata de escolher os meios para combatê-los. O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa. Não seria necessária uma norma da Declaração para proclamar a propriedade como direito sagrado e inviolável. Mesmo nos Estados absolutos, a segurança da propriedade foi sempre maior do que a segurança das pessoas. Um dos grandes temas dos “philosophes” foi a reforma do direito penal, ou seja, do direito do qual depende a maior ou menor liberdade da pessoa.⁸

1.3 A TUTELA DOS DIREITOS E O ESTADO BRASILEIRO

Quando se pensa na formação do Estado brasileiro, ainda maior dramaticidade apresenta a questão dos direitos do homem. Isso porque a estruturação do Estado, por aqui, andou lado a lado com uma das mais graves formas de violação dos direitos humanos, qual seja, a escravidão, reconhecida como instituição oficial e verdadeiro direito de propriedade.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 112. 13ª reimpressão. Título original: *L'età dei Diritti*.

Tal situação, contudo, apenas revela o quanto a estruturação do Estado, de ambos os lados do oceano, revestiu-se de um viés altamente patrimonialista, conforme exposto acima. A propriedade, seja ela de terras ou mesmo de homens, sustentou a criação do poder central.

Até a proclamação da independência em 1822 e a outorga da Constituição de 1824, não se pode falar de um Estado verdadeiramente brasileiro. Portanto, o tratamento conferido aos indivíduos que aqui residiam seguia as regras impostas pela Metrópole à sua Colônia, reconhecidamente autoritárias e desiguais.

Nesse sentido, distinções entre portugueses e brasileiros, confiscos de parte da produção local como forma de taxaço, doação de terras e honrarias com fundamento em escolhas pessoais do monarca, dentre outras, constituíam práticas corriqueiras à época.

Em 1824, dois anos após a proclamação da independência, o País teve a sua primeira constituição⁹, outorgada por D. Pedro I. Dentre as suas disposições, ressalta-se a instituição de um inédito Poder Moderador, que na prática conferia ao monarca poder superior aos demais, apto a dirimir os conflitos existentes entre eles.

No campo dos direitos individuais, é de se destacar do rol do art. 179 a liberdade de expressão (IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.); religião (V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica); igualdade (XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um); e a propriedade (XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização).

⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acessada em 02 set 2015.

Evidentemente, a história demonstra que tais direitos fundamentais, apesar de constitucionalmente previstos, não se revelaram efetivamente garantidos, não se podendo falar especialmente de igualdade em um País que oficializava a escravidão e a distinção entre nobres e cidadãos comuns, assim como inexistia liberdade de religião se apenas a oficial do Estado era publicamente permitida.

Sobre o tratamento conferido aos direitos, especialmente o de igualdade, na formação do Estado brasileiro, bem como a forma com que este se estruturou no seio de uma sociedade escravocrata, marcada pela oficial discriminação entre os indivíduos, colhe-se da obra de Jorge Caldeira:

A ideia de igualdade para todos os indivíduos, transformados em sujeitos políticos, eliminava todas as diferenças entre cabeças e partes do corpo social. Cada indivíduo dotado de direitos não se liga aos outros: é um universo completo, único e impenetrável. O que separa um indivíduo e outro não pode ser apreendido por diferença funcional. O papel de cidadão não supõe nenhuma espécie de identidade, fora a contagem unitária: cada cabeça, uma sentença. Ao substituir o princípio da subordinação pelo da diferença, o corporativismo permitia flexibilidade. Mas não havia flexibilidade possível para lidar com o princípio da igualdade.¹⁰

As palavras do autor apresentam, em boa medida, a forma pela qual a sociedade brasileira “conseguiu” aliar o elevado grau de desigualdade, em todos os campos, à formal consagração dos direitos fundamentais, inclusive aqueles ligados ao princípio da igualdade, por mais paradoxais que se apresentem tais conceitos.

Nesse sentido, toda uma classe de novos cidadãos, de escravos libertos, foi incorporada ao seu seio, mas as diferenças, baseadas ou não na raça, trataram de colocar as coisas em seus devidos (ou melhor, indevidos) lugares. Como dito, o corporativismo social, que pode ser traduzido pela existência de verdadeiras castas, nunca deixou que os direitos fundamentais, notadamente os de cunho social, fossem efetivamente amparados pelo Estado.

¹⁰ CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009, p. 82.

A Carta Republicana de 1891¹¹ apresenta como grande inovação a instituição da República como forma de Estado (art. 1º), a extinção da religião oficial do Estado e garantia da liberdade religiosa (art. 72, § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum), e a efetivação do princípio da igualdade, com o fim dos privilégios típicos do Império (A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho) e a confirmação da abolição da escravidão ocorrida um ano antes por meio da Lei Áurea¹². O direito de propriedade mantém-se absolutamente garantido, prevista a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 72, § 17).

Em 1934, foi promulgada uma nova Constituição¹³ como marco do fim da Velha República, caracterizada pela política oligárquica do café com leite¹⁴. Nesta, confirmam-se os direitos de liberdade (por ex. art. 113, 4 - Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b), e igualdade (por ex. art. 113, 1 - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas), instituindo-se o mandado de segurança (33) e garantindo-se a ampla defesa (24).

Merece especial menção o direito de propriedade, que nesta Carta foi expressamente limitado ao interesse social ou coletivo:

Art. 113, 17 - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-

¹¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acessado em 02 set 2015.

¹² Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm. Acessado em 02 set 2015.

¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acessado em 02 set 2015.

¹⁴ Assim era chamada a política que impunha a alternância no poder dos líderes políticos de São Paulo e Minas Gerais, ligados às respectivas atividades econômicas.

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

A Constituição de 1937¹⁵ promoveu a instituição do chamado Estado Novo, período inaugurado pelo golpe militar de Getúlio Vargas e o fim do regime democrático. Como evidente, representa notável retrocesso nas garantias e direitos individuais, o que vem anunciado já em um de seus considerandos, *verbis*

“ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;”

Foram inúmeras as restrições aos direitos individuais, especialmente os ligados à liberdade, tais como manifestação do pensamento e liberdade de imprensa, liberdade de associação, instituição da pena de morte nos casos relacionados à chamada “segurança nacional” ou mesmo de homicídio por motivo fútil, dentre outras.

A redação original do inciso 14 do art. 122 previa o direito fundamental de propriedade, nos termos da normativa anterior. Contudo, tal garantia restou suprimida pelo Decreto nº 10.358, de 1942, com o acirramento do regime varguista.

Após o término do período ditatorial, sobreveio a Constituição de 1946¹⁶, por meio da qual reinstituíram-se os principais direitos e garantias individuais suprimidos pela Carta de 37, vedando-se novamente a pena de morte. No que toca ao direito de propriedade, vale mencionar o art. 147, o qual dispunha:

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.

A Carta de 1967 e Emenda 1/69¹⁷ representam o segundo período de ditadura militar no Brasil. Direitos e garantias individuais restaram fortemente

¹⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acessado em 02 set 2015.

¹⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acessado em 02/set 2015.

¹⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acessado em 02 set 2015.

tolhidos, assim como a própria independência dos Poderes Constituídos, apesar de muitos daqueles direitos continuarem formalmente previstos. A limitação aos direitos fundamentais, paradoxalmente instituída para a “manutenção do regime democrático”, mostra-se expressamente prevista no art. 154, *verbis*:

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Ainda que prevista tal restrição como sanção decorrente de processo perante o Supremo Tribunal Federal, assegurada ampla defesa, cediço que as violações aos direitos e garantias individuais multiplicaram-se por todo o País, não sendo raros, inclusive, os casos de desaparecimentos e mortes atribuídas ao regime.

Por fim, a Constituição da República de 1988 foi promulgada, dando-se um fim ao período de ditadura militar. A chamada Constituição cidadã reintroduziu no País todas as liberdades e garantias antes afastadas, inovando em diversas áreas quanto à tutela dos direitos.

Nesse sentido, destaca-se a criação do mandado de injunção¹⁸, instrumento por meio do qual assegura-se – ou se deveria assegurar - ao indivíduo a fruição de direito constitucional carente de regulamentação pelo legislador ordinário.

Consagra-se ainda a função social da propriedade, cujo direito deixa de ostentar caráter absoluto em definitivo, como adiante se exporá.

A Constituição de 1988, portanto, foi pródiga na declaração dos direitos e garantias individuais e sociais – art. 5º e art. 6º, cujas eficácias muitas vezes permanecem até hoje prejudicadas por ausência de regulamentação ou mesmo de vontade política e/ou condições materiais de implementação.

¹⁸ Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

1.4 O DIREITO DE PROPRIEDADE, DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Estado e Propriedade são conceitos bastante próximos. Não foram poucos os momentos em que ambos estiveram lado a lado quando confrontados por quaisquer outros interesses. Nesse sentido, desocupações forçadas de áreas irregularmente ocupadas constituem questões rotineiras submetidas aos Tribunais Pátrios e amplamente divulgadas pela imprensa.

É possível afirmar que o direito de propriedade apresenta-se como uma das primeiras expressões dos direitos naturais¹⁹ do homem. Desde a posse de objetos rudimentares até a propriedade de escravos – até então objetos apropriáveis, o homem estabeleceu uma relação de domínio com as coisas desde que começou a estabelecer as próprias relações interpessoais. Engels busca na antiguidade as origens do direito, afirmando:

A quem, no entanto, pertenceria essa riqueza nova? Não há dúvida de que, na sua origem, pertenceu à gens. Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos. É bem difícil dizer se o autor do chamado primeiro livro de Moisés considerava o patriarca Abraão proprietário de seus rebanhos por direito próprio, por ser o chefe de uma comunidade familiar, ou em virtude de seu caráter de chefe hereditário de uma gens. Seja como for, o certo é que não devemos imaginá-lo como proprietário, no sentido moderno da palavra. É indubitável, também, que, nos umbrais da história autenticada já encontramos em toda parte os rebanhos como propriedade particular dos chefes de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano: os escravos.²⁰

Desde então, a propriedade mostrou-se o foco das atenções e preocupações humanas. Aristóteles confere inegável importância à propriedade individual, ao referir “que nada inspira menos interesse que uma coisa cuja posse é

¹⁹ Segundo De Plácido e Silva, “no sentido moderno, o Direito Natural é tido como o que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem.” (SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 27 ed, Rio de Janeiro: Forense, p. 474)

²⁰ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 17 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 57-58.

comum a um grande número de pessoas. Damos uma importância muito grande ao que propriamente nos pertence...”²¹

O Direito Romano conferiu natureza absoluta à propriedade, apesar de já prever algumas formas de limitação em razão do direito de vizinhança, cuja titularidade era privilégio de alguns.²²

No pensamento moderno, a questão continua central. Segundo Locke, a propriedade privada apresentava-se como condição indispensável para que o indivíduo pudesse exercer livremente suas potencialidades. É dizer, tratava-se de um direito inerente à condição humana, legitimando-se igualmente pelo exercício desta condição. Neste sentido:

Mas, sendo agora a *principal questão da propriedade* não os frutos da terra e os animais que destes subsistem, e sim a *própria terra*, como aquilo que tem em si e carrega consigo todo o resto, creio que está claro que, também neste caso, a propriedade é adquirida como no caso anterior. A extensão da terra que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que é capaz de usar constituem sua *propriedade*. Mediante o seu trabalho, ele, por assim dizer, delimita para si parte do bem comum. Nem lhe invalidará o direito dizer que todos têm a ela igual título e que, portanto, ele não pode apropriar-se, não pode delimitar sem o consentimento de todos os membros da comunidade, de toda a humanidade.. Quando deu o mundo em comum para toda a humanidade, Deus ordenou também que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição assim o exigia. Deus e sua razão ordenaram-lhe que dominasse a Terra, isto é, que a melhorasse para benefício da vida, e que, dessa forma, depusesse sobre ela algo que lhe pertencesse, o seu trabalho. Aquele que, em obediência a essa ordem de Deus, dominou, arou e semeou qualquer parte dela, acrescentou-lhe com isso algo que era de sua propriedade, ao que os demais não tinham qualquer título, nem poderiam tomar-lhe sem causar-lhe injúria.²³

²¹ ARISTÓTELES, **A Política**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988. p. 29. Trad. Nestor Silveira Chaves.

²² De acordo com Francisco Cardozo Oliveira, “Não era estranho ao direito romano, porém, a disciplina jurídica de limitações ao direito de propriedade ligadas, principalmente, à solução de conflitos de vizinhança. [...] Em linhas gerais, pode-se afirmar que, embora ao longo da história social e econômica de Roma tenham existido formas diversificadas de propriedade, prevaleceu no direito romano a concepção da propriedade como direito de natureza absoluta e exclusiva, exercido por determinada classe de cidadãos. (Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100-101)

²³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 412-413. Tradução de Julio Fischer.

Apesar de grande a controvérsia acerca dos fundamentos ou justificativas do direito de propriedade²⁴, pode-se dizer que a propriedade privada constituiu verdadeiro sustentáculo para a formação do Estado Nacional, entendido aqui como o Estado nascido após a Idade Média²⁵, com a consolidação de um poder político unitário e central.

Até então deixada a defesa da propriedade a encargo de seus titulares, em geral membros das classes dominantes da época – clero e aristocracia -, fez-se do rei o seu maior garantidor, em troca do apoio político do qual necessitava para consolidar o poder central.

O modelo de Estado Nacional foi assim consolidado, dele se podendo extrair, além de um poder político central, outras duas principais características até hoje identificáveis, quais sejam, povo e território.²⁶

O colapso do Estado Nacional Absolutista, em que a figura do monarca concentrava praticamente todos os poderes estatais, pode ser relacionado, por sua vez, ao cenário econômico, social e político que ensejou as condições para a Revolução Francesa, ao final do século XVIII.

²⁴ “Por certo hoje é possível reconhecer que as teorias que procuram fundamentar ou justificar a propriedade privada embora sejam colocadas ou examinadas como reciprocamente contraditórias e excludentes, em verdade pode-se afirmar, ao contrário, que elas se entrelaçam e refletem uma evolução histórica no exame da questão. Alguns autores consideram que houve uma sequência: ocupação, trabalho e por último reconhecimento da lei.” (Torres, Marcos Alcino. **Impacto das Novas ideias na dogmática do direito de propriedade**. In: Transformações do Direito de Propriedade Privada. Maurício Mota (org). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.96)

²⁵ Nesse sentido: “A Idade Média, a Idade Média européia, divide-se em duas grandes fases: a das invasões e a da reconstrução. A sua história resume-se *grosso modo* na passagem da insegurança geral à pequena segurança local, lentamente alargada, e na passagem da decomposição ou da ausência de poder a uma situação complexa, com o poder real estreitado entre a autoridade universal da Igreja e o poder parcelar (coexistente ou não) dos barões e dos senhorios corporativos. Num e noutro período, não há Estado com as características que geralmente se lhe apontam, na quase totalidade do Continente...” (Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 9 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 66-67)

²⁶ Segundo Jorge Miranda, “elementos do Estado tanto podem ser elementos constitutivos ou componentes do Estados, definidores do seu conceito ou da sua essência quanto condições ou manifestações da sua existência. No primeiro sentido, na essência do Estado, pelo menos, abrangem-se um povo, um território e um poder político (ainda que possam abranger-se outros elementos). No segundo, para existir Estado, tem de haver um povo, um território e um poder político, sem com isso se aceitar, necessariamente, a recondução a eles da estrutura do Estado. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 35)

Em muito inspirados nas ideias liberais à época, em especial as de Montesquieu, bem como pela recente independência dos Estados Unidos da América, os revolucionários burgueses e as classes trabalhadoras impuseram a queda do regime monárquico na França, instituindo o que se pode apontar como um novo modelo de Estado, o Estado de Direito.

Estado de Direito que se caracterizou, fundamentalmente, pela separação de poderes, ou melhor, separação das funções estatais, na medida em que o poder estatal é sempre uno e indivisível, em contraposição ao Estado Absolutista que o precedia. A teoria da “separação dos poderes” pode ser atribuída fortemente a Montesquieu, *verbis*:

Existe em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamar-se-á este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

[..]

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.²⁷

²⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. 1 ed. 8 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 86. Título original: *L'esprit de Lois* de Montesquieu.

As ideias de Montesquieu foram fortemente influenciadas pela organização do Estado Inglês, como o próprio autor confidencia. A atribuição a pessoas distintas dos poderes de administrar, legislar e julgar já eram, em certa medida, realizadas naquele país, e serviram de norte para a teorização da doutrina em tela.

De toda forma, a partir da Revolução Francesa, tal modelo pode ser considerado como verdadeiro marco inicial do Estado de Direito, espalhando-se pelo mundo ocidental dali em diante.

Outra característica do Estado de Direito pode ser definida como a da supremacia da lei, em oposição à supremacia do rei relacionada ao modelo anterior. E, originando-se a lei do Poder Legislativo, onde estavam os representantes eleitos pelo povo, natural que a este Poder fosse dada certa primazia sobre os demais. Montesquieu não deixa dúvidas sobre a inferioridade do poder de julgar:

O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.

[...]

Mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se eles fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.²⁸

A supremacia da lei como sustentáculo para o surgimento e consolidação do Estado de Direito, em contraposição ao Estado Absolutista, é ressaltada por Luigi Ferrajoli, *verbis*:

E, todavia, a despeito dessas construções jurídicas e políticas, o desenvolvimento histórico do estado de direito como ordenamento em que todos os poderes estão submetidos à lei equivale ao fim da soberania como *potestas legibus soluta* (poder livre da obediência às leis) e *superiorem non recognoscens*. Um resíduo do absolutismo permanece, na construção do Estado liberal realizada no século XIX, justamente no princípio juspositivista do primado da lei, correspondente ao princípio

²⁸ _____, p. 87-88.

jacobino da onipotência do legislador e, portanto, do parlamento como órgão da soberania popular.²⁹

A partir de tal cenário, em maior ou menor grau, é possível associar o Estado à defesa da propriedade, facilitando a compreensão da forma pela qual o ordenamento jurídico tem tutelado, ao longo do tempo, a questão do confronto entre o direito de propriedade e direitos fundamentais outros, todos de incontestável importância.

Com exceção de teorias cunhadas a partir de ideias marxistas³⁰ e algumas práticas localizadas em Estados denominados socialistas ou comunistas, em número cada vez mais reduzido nos dias de hoje, a propriedade privada tem servido de sustentáculo socioeconômico dos Estados mundo afora, determinado suas políticas de proteção (ou não) dos direitos correlatos.

Mas a garantia de abstenção quanto à interferência na propriedade privada não se mostrou suficiente às aspirações humanas pelo ideário de justiça, passando-se então a se exigir do Estado ações positivas no sentido de garantir a posse e propriedade da terra àqueles que dela necessitavam³¹.

Não se pretende dizer, ao contrário do que se possa imaginar em um primeiro momento, que ações necessárias para garantir a propriedade

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

³⁰ Nesse sentido: “Desde que esse movimento de transformação decompôs de alto a baixo a velha sociedade; desde que os produtores se converteram em proletários, e os meios de trabalho em capital; desde que o regime capitalista se mantém pela força econômica das coisas, a socialização futura do trabalho, assim como a transformação progressiva da terra e dos demais meios de produção em instrumentos socialmente explorados e comuns, em suma, a eliminação futura das propriedades privadas, vai revestir uma nova forma. Não é o trabalhador independente a quem agora há que expropriar, mas sim o capitalista, o chefe de um exército ou de uma esquadra de assalariados.” (Marx, Carl. **O Capital**. 3 ed., Bauru/SP: Edipro, p. 220. Edição condensada por Gabriel Deville).

³¹ A propósito: “A evolução histórica do Estado Liberal faz surgir o Estado Democrático e Social de Direito. Esse novo modelo é o plexo do Estado Liberal burguês e do Estado social que surgiu com a Revolução Industrial. O Estado Democrático e Social de Direito procura conciliar os direitos individuais, que perdem o cunho burguês e egocêntrico de sua origem, com o bem-estar social. Esse modelo de Estado adota um sistema que se pauta pelo equilíbrio entre os interesses do Estado e a garantia da liberdade individual do cidadão. Nesse sistema o Estado encontra-se a serviço do indivíduo e da sociedade.” (SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **A Evolução do Estado**. In Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional. Cléve, Clemerson Merlin e Barroso, Luís Roberto (Org). V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 676)

prescindissem de atos materiais e grande dispêndio de recursos. Da lição de Flávio Galdino³², extrai-se:

O mesmo direito de propriedade, em sua face pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. Saltam aos olhos as fortes cores da inadequação dos esquemas formulados a partir de categorias privatísticas. De fato, é preciso concordar com SUSTEIN e HOLMES, para afirmar que na esfera pública inexistente puro non facere. Todos os direitos subjetivos públicos são positivos.

Ocorre que, neste segundo momento, a partir de uma visão cronológica, o chamado Estado Social³³ apresenta como objetivo primordial a justa ocupação do solo. O direito de propriedade deixa de ser um bem em si mesmo, passando a ser contestado quando divorciado de sua finalidade maior, qual seja, a sua função social³⁴.

Gilmar Ferreira Mendes ressalta que a Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão assentou que o conteúdo e definição da extensão do direito de propriedade devem considerar o princípio da proporcionalidade, de forma a concretizar um modelo fundado na propriedade, considerando sobretudo a sua função social.³⁵ Sobre a importância da inclusão da função social da propriedade nos textos constitucionais, destaca Carolina del Carmen Castillo Martínez, *verbis*:

³²GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p.227.

³³ “Sabe-se, porém, que são diversas – muito mais diversas de que os do Estado Liberal – as configurações do Estado social. Os antagonismos ideológicos, os desníveis de estádios de desenvolvimento e as diferenças de culturas e de práticas sociais não só subjazem aos contrastes de tipos constitucionais como explicam realizações e resultados variáveis de país para país. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.30

³⁴Art. 182, CRFB/88: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” Art. 39, Lei nº 10.057/01: 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 dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 68.

Sin duda, la asignación constitucional de la función social a la propiedad inmobiliaria, determinante del destino de su objeto (a lo que ahora interesa, el suelo, así como el sentido y alcance de su regulación normativa, há provocado uma intensa transformación de la concepción tradicional del derecho de propiedad contenida em nustras leyes civiles, así como del contenido del derecho que modula las facultades atribuídas al titular dominical. Función social que opera como um requisito estructural del derecho, delimitador de su ámbito y contenido. Desde esta perspectiva constitucional, al abordar la conformación del derecho de propiedad de acuerdo com la función social encomendada, el legislador ordinário se tiene que enfrentar a la cuestión de los límites respetando, em cada caso, el contenido essencial de um derecho de alcance variable em función de cada supuesto regulado, pues aquí se localiza el núcleo del régimen constitucional del derecho de propiedad.³⁶

Da tão criticada classificação dos direitos fundamentais, passava-se da primeira à segunda geração, consagradora dos chamados direitos sociais por meio das novas Constituições do século XX³⁷. Conforme leciona Paulo Bonavides³⁸ :

Quando as Constituições do Liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurativos de uma nova dimensão da Sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições.

Essa nova ordem jurídico-constitucional irradiou sensíveis consequências, impondo aos Estados a implementação de políticas públicas de garantia dos direitos

³⁶ Sem dúvida, a atribuição constitucional da função social à propriedade imobiliária, determinando o destino de seu objeto (o que agora interessa, o solo) e o sentido e o alcance da sua regulamentação legislativa, provocou intensa transformação da concepção tradicional do direito de propriedade contida em nossas leis civis, bem como o conteúdo do direito que modula os poderes atribuídos ao titular do domínio. Função social que opera como requisito estrutural do direito, limitando o seu âmbito e conteúdo. Desse ponto de vista da Constituição, ao abordar a conformação do direito de propriedade de acordo com sua função social, o legislador ordinário tem de enfrentar a questão dos limites respeitando, em cada caso, o conteúdo essencial de um direito de alcance variável, pois aqui se localiza o núcleo do regime constitucional do direito de propriedade. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (MARTÍNEZ, Carolina del Carmen Castillo. *Derecho Privado y Gestión Urbanística*. 1 ed. Madri: La Ley Edita, 2010, p. 1-2)

³⁷ Assim como na CRFB/88 (art. 182, §4º, III e art. 184).

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Edição, São Paulo: Malheiros, p. 232.

fundamentais, os quais não mais se limitavam ao mero respeito das individualidades ou à imposição de um não fazer estatal. A intervenção estatal legitima-se na medida em que Estado e Propriedade tomam corpos diversos. No dizer de Eros Roberto Grau³⁹:

Assim, toda atuação estatal é, neste sentido, expressiva de um ato de *intervenção*. O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, *intervindo* na ordem social. A mera produção do *direito* (onde a instauração de uma ordem jurídica estatal), a simples definição das esferas do privado e do público – esta última concebida como o universo dentro do qual gravitam os interesses tidos como públicos (e que, por isso, encarnam *questões públicas*)-, desde logo consubstanciam expressões de atuação *interventiva* estatal.

A realidade impôs-se de forma determinante. As relações humanas travadas especialmente fora do campo oficial de abrangência do direito conduziram o Estado ao reconhecimento de situações fáticas consolidadas, restando tão somente trazê-las ao âmbito jurídico. Neste panorama é que são editadas leis no sentido de garantir o direito fundamental à moradia através da chamada regularização fundiária. A crítica de Boaventura de Souza Santos⁴⁰ impõe a reflexão:

“As formas de direito distinguem-se também segundo o tipo de projecção da realidade social que adoptam. A projecção é o procedimento através do qual a ordem jurídica define as suas fronteiras e organiza o espaço jurídico no interior delas. Tal como a escala, e pelas mesmas razões, a projecção não é um procedimento neutro. Tipos diferentes de projecção criam objetos jurídicos diferentes e cada objeto jurídico fornece uma certa formulação de interesses e uma concepção própria dos conflitos e dos modos de os resolver. Cada ordem jurídica assenta num facto fundador, um super-facto ou uma super-metáfora que determina o tipo de projecção adoptado. As relações económicas privadas constituídas no mercado são o super-facto em que assenta o direito burgês moderno, do mesmo modo que a terra e a habitação concebidas como relações políticas e sociais são o super-facto subjacente ao direito não oficial das favelas do Rio de Janeiro.”

³⁹GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.27.

⁴⁰SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. V.1 - A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência** – 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 213.

Todo o panorama traçado permite-nos afirmar que o direito de propriedade, neste ponto, não mais se afigura com um supra direito garantidor da própria individualidade humana.⁴¹

Os direitos fundamentais prestacionais, ao exigirem atuação positiva do Estado para a sua efetivação, conforme a doutrina tradicional, impõem novos desafios aos Estados e aos particulares, no sentido da sua real e dificultosa implementação, assim como o de repensar todos os demais direitos, como afirmado em relação à propriedade.

A propriedade, agora, não mais pode ser erigida à condição de supra direito, pilar do Estado de Direito, como até então considerada. Por certo que a sua importância continua indiscutível dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dividindo agora atenções com outros direitos de valores igualmente relevantes. Precisamos das palavras de Fernanda de Salles Cavedon sobre o tema:

Assim é que a caracterização jurídica da Propriedade não permaneceu estática; dinamizou-se para se adequar aos novos direitos emergentes e, assim, manter a coerência do Ordenamento Jurídico. Os direitos tradicionais passam a ser entendidos à luz dos novos direitos.⁴²

Os legítimos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, Estado este que não se resume à mera repartição do exercício do poder, não se assentam em um único direito, mas em um conjunto de direitos, aqueles de caráter fundamental, cuja observância legitima a sua própria existência.

Conforme se tem afirmado, a plena realização do Estado Democrático de Direito está ligada umbilicalmente à garantia e efetivação dos direitos fundamentais como um todo, muito além da propriedade. Na esteira de Marcos Alcino Torres:

⁴¹Nesse sentido: “A propriedade – observa Fábio Konder Comparato – “sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, p 235)

⁴²CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 61.

Na realidade, hoje em dia já não se pode conceber o direito de propriedade com a feição de outrora, sendo necessário superar a visão clássica, na qual o interesse do proprietário é o objeto centra da tutela, para em verdade mudar o foco, para em verdade considerar sua proteção como a proteção de apenas um interesse num “quadro complexo de outros interesses contrastantes, que o ordenamento reconhece e também tutela.”⁴³

Nesse diapasão, o exercício do poder que emana do povo não mais se satisfaz tão somente por meio da representatividade democrática consubstanciada na regra da maioria, seja para a eleição de seus representantes, seja para as decisões dos órgãos colegiados estatais.

Cabe dizer, Estado Democrático de Direito não se limita ao exercício do poder pela maioria, uma vez que esta se revela, por vezes, opressora. Por evidente, não se pode desconsiderar a vontade de uma maioria como medida de representação da vontade popular. Mas o exercício da regra da maioria não significa, de *per si*, democracia, na medida em que representam conceitos distintos, como bem pontua Norberto Bobbio:

“Que os sistemas políticos habitualmente chamados de democráticos, ou, mais frequentemente, de democracia ocidental sejam sistemas nos quais vale a regra de maioria – seja para a eleição daqueles aos quais é atribuído o poder de tomar decisões válidas para toda a coletividade, seja para a formação das decisões dos supremos órgãos colegiados – não implica que: a) a regra da maioria seja exclusiva dos sistemas democráticos; b) as decisões coletivas nesses sistemas sejam tomadas exclusivamente mediante a regra da maioria. Em outras palavras, não obstante a opinião comum de que um sistema democrático, comparado aos sistemas autocráticos, seja caracterizado pela regra da maioria, como se democracia e princípio majoritário fossem dois conceitos da mesma extensão e portanto coincidentes, não é verdade que: a) *apenas* nos sistemas democráticos vigore a regra da maioria; b) neles as decisões coletivas sejam tomadas *apenas* pela regra da maioria. Disso advém que democracia e regra da maioria, em vez de serem dois conceitos de igual extensão, têm apenas uma parte da sua extensão em comum, e portanto passível de ser sobreposta, podendo ocorrer, de um lado, sistemas políticos não-democráticos que conheçam a regra da maioria, seja para a eleição do supremo órgão decisório, seja para a formação das supremas decisões coletivas, e de outro, decisões coletivas de sistemas democráticos tomadas não com base na regra da maioria, sem que por

⁴³ TORRES, Marcos Alcino. **Impacto das novas ideias na dogmática do direito de propriedade**. In: Transformações do direito de Propriedade Privada/ Maurício Mota (Org). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 103-104.

isso tais sistemas deixem de ser incluídos entre os sistemas democráticos.⁴⁴

A democracia, assim, além de forma de exercício do poder soberano pelo povo, é, com maior ênfase, modelo de consagração dos direitos fundamentais, mesmo quando de encontro à vontade da maioria. Tal função assume fundamental importância quando se vê, cada vez mais, a assunção de regimes políticos de contornos autoritários fortemente apoiados em maiorias, por vezes efêmeras, como verificado em países latino-americanos de vieses populistas.

Reputar esses países democráticos pelo só exercício do poder por meio da regra da maioria – e mesmo quanto a isto pairam pesadas desconfianças – certamente significa fechar os olhos para graves limitações aos direitos fundamentais, reiteradamente denunciadas por organismos internacionais. Não se pode reconhecer, nesses lugares, uma efetiva democracia.

Os direitos fundamentais, assim, constituem-se como limites ao exercício do poder pela maioria. Consubstanciam-se em garantias dos indivíduos contra o Estado ou a maioria opressora, ainda que “legitimada” esta por um sistema decisório baseado na regra da maioria.

Luigi Ferrajoli acrescenta:

Desaba, assim, o postulado – juspositivista e, ao mesmo tempo, “democrático” – da onipotência do legislador e da soberania do parlamento. Como a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos, o modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se no modelo do estado constitucional de direito, e a soberania interna como *potestas absoluta* (poder absoluto), já não existindo nenhum poder absoluto, mas sendo todos os poderes subordinados ao direito, se dissolve definitivamente. A bem da verdade, as constituições continuam falando em “soberania popular”; porém, isso não passa de uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos. “A soberania pertence ao povo”, está escrito no primeiro artigo da Constituição italiana; mas, acrescenta-se imediatamente, o povo “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”. Logo, nem mesmo o povo é soberano no antigo sentido de *superiorem non recognoscens* ou de *legibus solutus*; e menos ainda o é a maioria, pois a garantia dos

⁴⁴BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaria Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000 – 20 reimpressão, p.428-429.

direitos de todos – até mesmo contra a maioria – tornou-se o traço característico do estado democrático de direito.⁴⁵

Por tal razão, apresenta-se indispensável para a existência do Estado Democrático de Direito a figura de um Poder Judiciário independente. Se o Estado de Direito teve como figura central o Poder Legislativo, de onde emanam as leis, como forma de freio necessário ao Poder Executivo, preocupação central dos indivíduos após longo período de Absolutismo, é agora o Poder Judiciário quem cabe fazer valer, em última *ratio*, o valor maior do Estado, que são os direitos fundamentais.

Somente este, divorciado que está da influência popular direta por meio do voto, pode fazer valer o princípio democrático ao garantir os direitos fundamentais, mesmo confrontando, por vezes, a vontade da maioria, ou seja, assumindo uma posição contra majoritária.

Mais uma vez, cumpre trazer novamente a lapidar lição de Bobbio:

Por limites de aplicação da regra da maioria entendo os limites que derivam da existência de matérias às quais a regra geralmente não se aplica, também nesse caso por razões de oportunidade ou por razões de princípio. São as matérias cuja decisão confiada à regra do maior número pareceria inoportuna (não-adequada ao objetivo) ou até mesmo injusta. O campo de aplicação desses limites é vastíssimo e aqui só será possível indicar alguns entre os mais relevantes. Todas as constituições liberais caracterizam-se pela afirmação de direitos do homem e do cidadão considerados “invioláveis”; ora, a inviolabilidade consiste exatamente no seguinte: eles não podem ser limitados e muito menos suprimidos por uma decisão coletiva mesmo que tomada por maioria. Exatamente porque não podem ser atacados por qualquer decisão majoritária, tais direitos foram chamados de direitos *contra* a maioria, e em algumas constituições são garantidos também juridicamente, mediante o controle constitucional das leis (ou seja, das decisões tomadas por maioria) e a declaração da ilegitimidade das leis que não os respeitam. A vasta esfera dos direitos de liberdade pode ser interpretada como uma espécie de território, de fronteira, diante da qual se detém a potência do princípio da maioria. Querendo deduzir um princípio geral dessa realidade de fato, poderíamos sustentar que um critério de distinção entre aquilo que é passível de ser sub-opinável e o não-opinável, distinção que arrasta consigo uma outra, entre aquilo que é negociável e aquilo que não é negociável. Os valores, os tais, não são opináveis e, portanto, tampouco negociáveis. Porque

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, p. 32-33.

assim são, a regra do maior número, que tem a ver apenas com o opinável, não é competente para julgá-los.⁴⁶

Esse entendimento encontra, por certo, grande dificuldade de assimilação, especialmente em um contexto de acirramento das forças políticas. Não raro é o Poder Judiciário acusado de subverter a ordem democrática justamente por afirmar a primazia de determinado direito fundamental em contraposição a alguma deliberação colegiada, notadamente oriunda do Poder Legislativo.

O que se busca, porém, com a defesa intransigente dos direitos fundamentais, é a afirmação do Estado Democrático de Direito, e não a sua subversão, na medida em que, como dito alhures, não se limita aquele a um organismo ditado pelo exercício do poder popular por meio da regra da maioria. É necessário, muitas vezes, para garantia dos direitos fundamentais, decidir contra a sua vontade.

Não fosse assim, toda e qualquer minoria estaria fadada à opressão e ao extermínio, porquanto a tomada de decisões dependeria sempre da vontade da maioria, muitas vezes contrária aos interesses do grupo minoritário. Não haveria como existir, por certo, um ambiente verdadeiramente democrático.

Por fim, ao comentar a posição do mestre italiano, colhe-se do magistério de Lenio Luiz Streck, *verbis*:

A resposta dada por Ferrajoli a este problema da burocracia e da discricionariedade desde primeiro modelo de Estado Social – *e também neste ponto estou de acordo com o professor florentino* - é a construção de uma estrutura de garantias que proteja efetivamente as minorias da vontade discricionária das majorias eventuais. Fala-se, assim, em um Estado Social de Direito que visa a limitar o exercício da discricionariedade política, a partir de um sistema de garantias acostado à Constituição.

[...]

Na verdade, a Constituição – do paradigma do Estado Democrático de Direito – vai além de ser um freio à vontade das majorias, uma vez que passa a estabelecer um modo de a sociedade ser transformada a partir

⁴⁶ BOBBIO, Norberto, p.443-444.

do direito, com a incorporação daquilo que venho denominando “promessas incumpridas da modernidade.”⁴⁷

1.5O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROPRIEDADE

O devido processo legal é garantia fundamental prevista na Constituição Brasileira de 1988, art. 5º, inciso LIV⁴⁸, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

De início, forçoso ressaltar a expressa menção do dispositivo constitucional à liberdade e aos bens. Eis o foco primordial da garantia, ao menos em um primeiro momento.

No tocante aos bens, exsurge incontestemente a proteção da propriedade privada, um dos principais fundamentos do Estado Nacional forjado especialmente partir do fim da Idade Média, conforme mencionado supra. No dizer de Cintra, Grinover e Dinamarco, no seu clássico Teoria Geral do Processo:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.⁴⁹

A garantia em tela tem suas origens históricas, conforme sustenta Rui Portanova⁵⁰, na Inglaterra do século XIII, na Carta Magna Inglesa do rei João, conhecido como João “Sem Terra”. Segundo L. G. Grandinette Castanho de

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Moraes da Rosa... [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, Andre Karam Trindade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85.

⁴⁸ Art. 5º, LIV, CRFB/88: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

⁴⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

⁵⁰ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145.

Carvalho, já sob o reinado de Eduardo III no século seguinte, fora aprovada lei pelo Parlamento Inglês, ainda sob o nome de *law of the land*.

Mas foi nos Estados Unidos da América que o devido processo legal revelou todo o seu significado, mostrando-se não somente uma garantia procedimental mas também substancial. “Nesse sentido, os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e racionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência...”⁵¹

Consagrou-se assim a garantia do devido processo legal. Em um primeiro momento, a preocupação circunscrevia-se basicamente à previsão de um caminho processual pré-estabelecido e conhecido pelas partes. Pode-se assim dizer tratar-se de uma garantia formal. Somente em um segundo momento é que a doutrina passou a cuidar de um processo legal substancial, ligada ao próprio fundo do direito. Segundo Rui Portanova⁵²:

(...) o princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

Sobre a evolução da garantia do devido processo e sua dupla face, sustenta Luís Roberto Barroso, *verbis*:

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo. Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos.

E prossegue o renomado autor:

⁵¹ CARVALHO, L.G. Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed, 2009, p. 139.

⁵² PORTANOVA, Rui, p.147.

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs. Madison*. É que através desse fundamento – o do devido processo legal, abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade.⁵³

Além disso, a garantia do devido processo legal deve incidir de cima para baixo, ou seja, o princípio serve de vetor interpretativo à aplicação das regras, e não o contrário. A análise da adequação do processo ao ordenamento jurídico deve ter em conta a integralidade do sistema jurídico, material e processual.

Quer isto dizer que não se pode analisar determinada regra jurídica sob o prisma do devido processo legal tendo em conta tão somente o modelo ditado pelas regras preexistentes. Será legalmente devido o processo que atender aos objetivos constitucionalmente assegurados, de acordo com a finalidade a que se destina.

Neste diapasão, os conceitos de devido processo legal e ordenamento jurídico encontram-se intimamente relacionados. Somente é possível afirmar o devido processo em contraponto ao ordenamento que o abrigue. A própria validade da norma processual depende, pois, da sua sintonia com o sistema, ou seja, o conjunto de regras e princípios estabelecidos pelo Estado. Nesse sentido, da doutrina de Norberto Bobbio, extrai-se⁵⁴:

Concluindo, essa posição proeminente que se dá ao ordenamento jurídico conduz a uma transmutação da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do Direito. Essa transmutação pode ser assim expressa: enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos.

Cabe afirmar que a exata noção do conteúdo e extensão do ordenamento jurídico tem o condão de permitir o cotejo entre a norma *sub examen* ou direito

⁵³BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219-220.

⁵⁴BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento**. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. 10 ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p.30-31.

subjacente, o fato da vida a se subsumir e o devido processo legal. No dizer de Carlos Maximiliano:

Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Estrema-se do conjunto a que parece aplicável ao fato. O trabalho não está ainda concluído. Toda lei é obra humana e aplicada por homens, portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições.⁵⁵

Portanto, quando se pensa em propriedade, ou perda da propriedade - o que nos afeta diretamente ao tratar do processo de regularização fundiária⁵⁶, há que se buscar inspiração no devido processo legal, amparado em todo um sistema jurídico que privilegie bens e direitos fundamentais.

Ao contrário, se pensado o devido processo legal em moldes estreitos, relacionando-o ao procedimento tradicional para a perda da propriedade, por certo que eventual processo de regularização fundiária, ao confrontar-se com o dogma do direito de propriedade e, até mesmo, com as normas de proteção ambiental, estaria fadado ao insucesso.

Nesse sentido, propõe-se uma leitura da regularização fundiária à luz do devido processo legal substancial, garantidor da dignidade da pessoa humana, conforme adiante se buscará explanar.

⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8.

⁵⁶ A Lei n. 11.977, de 07 de Julho de 2009, em seu art. 46, assim define a chamada regularização fundiária: (...) conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CAPÍTULO 2: A OCUPAÇÃO URBANA E O DIREITO À MORADIA

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A grave crise habitacional vivenciada no Brasil não é novidade. Há décadas os brasileiros veem inchar suas grandes cidades, especialmente em áreas carentes, decorrência do enorme afluxo de pessoas para os grandes centros urbanos.

Tal situação, por evidente, apresenta inúmeras consequências, seja no plano social, econômico ou ambiental. A fixação de pessoas em reduzidos espaços territoriais, quase sempre desprovidos de condições básicas de infraestrutura, representa enorme desafio ao Estado e à sociedade brasileira.

Este cenário vem sendo enfrentado de forma quase sempre paliativa, sem que se tenha até então obtido uma resposta satisfatória a tão dificultosa questão, a envolver sensíveis direitos, tais como propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A seguir, faz-se indispensável apontar as origens do grave problema do déficit de moradia vivenciado no País, assim como analisar a tutela jurídica de tal direito e a sua efetividade.

2.2. A DIVISÃO HISTÓRICA DO SOLO E A FORMAÇÃO DE ÁREAS DE OCUPAÇÃO IRREGULAR

A ocupação do solo no Brasil é marcada pela imensa concentração de terras nas mãos de poucos, característica determinada pelo modelo econômico adotado desde o período colonialista, caracterizado pelo latifúndio monocultor com emprego intensivo de mão de obra escrava.

A crise habitacional vivenciada no País tem, portanto, raízes socioeconômicas históricas. Grande concentração de terras nas mãos de poucos, emprego de mão de obra escrava, intensa onda migratória no sentido norte-sul do País, dentre outros importantes fatores.

São estas as principais causas da imensa desigualdade social desde os primórdios da nação, por certo determinantes do grande contingente de pessoas que não possuem local de moradia minimamente adequado.

A propriedade, notadamente em um Estado cuja origem revelou-se de natureza colonial exploratória, muito pouco teve ou tem a ver com o direito à moradia. Tal direito, à época, decorria da repartição e distribuição de poder político e econômico pela Metrópole.

Vale dizer, a garantia do direito de propriedade, como afirmado no primeiro capítulo, passava ao largo do direito social em tela, muito mais afeta que estava à manutenção do *status quo* e da própria estrutura de poder estatal.

Este panorama determinou, sobremaneira, o atual quadro socioeconômico do País, onde imensos contingentes de pessoas deslocam-se à procura de locais onde possam fixar-se e obter seu sustento econômico.

Nesse sentido, a onda migratória ocorrida no Brasil desde meados do século XX, especialmente com destino aos grandes centros urbanos, representou a mais importante causa das vastas áreas de ocupações irregulares ou assentamentos irregulares, definidos em lei como “ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas públicas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia.”⁵⁷ No dizer de Pioli e Rossin:

A origem das causas que levam à ocupação irregular por população de baixa renda é econômica: em um país que concentra renda, com corrente migratória rural para o território urbano (baseada na miragem de emprego, melhores condições de vida, acesso à educação e serviços de saúde, dentre outros privilégios da vida nas cidades), a forma de garantir moradia acaba sendo a ocupação irregular, individualmente ou em grupos organizados. As áreas são ocupadas de forma precária, e nelas pululam autoconstruções ocupando morros, córregos, áreas de mananciais; palafitas são erguidas por sobre fétidos cursos d'água, e em áreas de risco; outras maneiras de ocupação irregular estão difundidas e disfarçadas no tecido urbano, como os cortiços. A população a ocupar essas áreas tem contingentes com alguma renda, ou mesmo assalariados, mas ainda à margem do mercado urbano formal. Com expressivo contingente de população urbana habitando áreas irregulares,

⁵⁷ Art. 47, VI, da Lei n. 11.977/09.

desprovidas de infra-estrutura e equipamentos urbanos, restou ao legislador impor a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda como diretriz da lei da política urbana. Cumpre salientar que “As análises sobre a política habitacional no Brasil por muito tempo apontaram, não sem razão, para o papel meramente simbólico da intervenção estatal no setor da habitação popular, o que é compreensível, dado o resultado limitado da provisão de unidades habitacionais pelo Estado e, mais, do limitado alcance dessas políticas para as camadas mais pobres da população.” (DEÁK; SCHIFFER, 1999, p. 249)⁵⁸

Neste contexto, multiplicaram-se diversas formas de ocupação irregular, sendo as chamadas favelas urbanas as mais notórias. Amontoados de construções, desprovidas de qualquer planejamento, geralmente em terrenos acidentados e pouco valorizados, passaram a constituir a principal forma de moradia das classes menos favorecidas das grandes cidades brasileiras, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Tal quadro reproduziu-se em inúmeras localidades, por vezes colocando lado a lado duas realidades absolutamente distintas: a “sociedade organizada”, no “asfalto”, e as pessoas cuja falta de recursos obrigavam-nas a residir em moradias precárias, a poucos metros dali.

A segregação da população urbana entre ricos e pobres nada mais é do que a reprodução da segregação social que marca não só a sociedade brasileira, conforme assinala Juli Ponce Solé ao discorrer sobre a realidade espanhola, *verbis*:

Estamos, sin duda, ante un problema de envergadura a considerar, puesto que la segregación de la población en el espacio por rentas, etnias, razas, etc., es la manifestación territorial de procesos de injusticia social y falta de equidade. Este fenómeno, em su manifestación más extrema, puede dar lugar a la constitución de guetos pudiendo ser fuente de inestabilidad social, marginalización, violencia y delincuencia. Em el actual contexto de aumento de la polarización social, em connexion com importantes câmbios económicos, la segregación espacial está revélándose como la expresión espacial de la desigualdad y de la exclusión social y amenaza com menoscabar las bases sobre las que asienta la *cohesión social* em nuestra sociedad⁵⁹.

⁵⁸PIOLI, Maria Sulema M. de Budin e ROSSIN, Antonio Carlos. **O Meio Ambiente e a ocupação irregular do espaço urbano.** Disponível em http://www.rbciamb.com.br/images/online/03_artigo_6_artigos112.pdf.

Mas as aglomerações humanas, com a fixação das pessoas no solo de maneira irregular e desordenada, além de um fenômeno de nítido viés socioeconômico, apresentam igualmente contornos políticos.

O que se vê, diuturnamente, é a omissão dos poderes constituídos, ao deixarem tais populações livremente se (des)organizarem em reduzidos espaços territoriais, quase sempre em condições físicas desfavoráveis e, por isso, não apropriados pela sociedade civil organizada.

Tal situação, enquanto mantida sob certa tranquilidade, sob o ponto de vista da sociedade, mostra-se até mesmo interessante à manutenção na engrenagem socioeconômica. Isto porque o grande contingente de pessoas constitui força de trabalho barata e próxima dos locais onde se faz necessária.

Todavia, quando estas populações passam a ser enxergadas pela sociedade⁶⁰ como um empecilho ou entrave ao seu desenvolvimento, tende o Estado a tomar posição, buscando “resolver o problema” da forma que entende devida, desprezando os anseios e aspirações dos seus habitantes.

⁵⁹Estamos certamente perante um importante problema a considerar, uma vez que a segregação da população em espaços por renda, etnias, raças, etc , é a manifestação territorial de processos de injustiça social e falta de equidade. Este fenômeno, em sua mais extrema manifestação, pode levar a constituição de guetos, podendo ser uma fonte de instabilidade social, marginalização, violência e crime. Nesse atual contexto de crescente polarização social, em conexão com grandes mudanças econômicas, a segregação espacial está se revelando como expressão espacial da desigualdade e da exclusão social e ameaça minar os alicerces sobre os quais repousa a coesão social em nossa sociedade. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (SOLÉ, Juli Ponce. **Poder Local y guetos urbanos: las relaciones entre el Derechourbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social**. 1 ed. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d' Estudis Autònoms i Locals, 2002, p. 6-7.

⁶⁰ Segundo Clarissa Ribeiro Huguet, ao analisar o surgimento das favelas cariocas, *“Since the very beginning their presence disturbed the “civilized people” of the asphalt. The disturbance was quickly transformed into complaints directed to the public authorities. In 1927 the removal of the favelas was envisaged as ‘the only solution’ and was included in an official Project aiming to remodel and embellish the city of RJ, the Brazilian capital at that time. Two years later the first houses were built on the Morro da Rocinha hill.*

In 1937 the favelas were referred to by RJ’s Code of Work as an “urban aberration” and their elimination was proposed once more. The Project foresaw the prohibition of the construction of new settlements as well as any improvements in the communities already in existence. The favelas were not part yet of the official city map.” (In The Dictatorship of the Drug traffic in the Slums of Rio de Janeiro vs. The International and National Human Rights Law, tese apresentada para conclusão do Programa LLM de Direito Internacional da Universidade de Utrecht, 2005, p. 25)

Com o esgotamento de tais áreas, até mesmo esta forma de ocupação irregular deixa de ser uma “opção” de moradia às populações de baixa renda, em muitos casos, ensejando, de forma cada vez mais frequente, invasões de imóveis desocupados ou subutilizados.

De maneira talvez nunca vista, vê-se o confronto entre o direito de propriedade, até então amplamente respaldado pelo Estado, e um alegado direito à moradia, de escassa efetividade.

Como pretender tal direito pessoas que invadem imóvel particular, como um hotel fechado ou um prédio público sem utilização, por exemplo, passando ali a residirem, mesmo que de forma precária, sabedoras que são de que tal local não lhes pertence, mas a terceiro que não tardará a buscar a tutela estatal?

Certamente, com olhos do direito posto, tradicional e individual, não lograrão sucesso em sua empreitada. Por mais que a Constituição da República, desde o ano 2000, como dito alhures, afirme a natureza fundamental do direito social à moradia, o ímpeto patrimonialista de todos aponta para o “melhor” direito do proprietário esbulhado.

O enfrentamento da questão exige a superação do arsenal jurídico-estatal tradicional - leia-se ação de reintegração de posse – utilizada sistematicamente para fazer valer o direito de propriedade, apesar de sua teórica natureza possessória e não petítória⁶¹. As palavras de Francisco Cardozo Oliveira nos conduzem a tal constatação:

A intervenção estatal no domínio econômico introduz no direito constitucional a tutela da ordem econômica. A disciplina jurídica da ordem econômica contém implícito o reconhecimento da falência do princípio da igualdade formal que orientava os institutos jurídicos do Estado liberal. As limitações do projeto liberal evidenciaram a necessidade de busca da concretização de princípios de igualdade substancial e de reconhecimento da relevância do papel da cidadania, na construção do espaço público na vida social. Através da tutela constitucional da ordem econômica, colocou-se para o direito a tarefa de enfrentar e viabilizar juridicamente a solução dos conflitos decorrentes dos desequilíbrios sociais e econômicos.⁶²

⁶¹ Ações petítórias, ao contrário das ações possessórias, são aquelas que têm o direito de propriedade como fundamento do pedido.

As inúmeras tentativas do Estado de “enfrentar” tal situação, por meio da retirada das pessoas do local e reassentamento em outros, quase sempre se mostraram frustradas. Primeiro porque as opções dadas a estas populações revelavam-se economicamente inviáveis, já que distantes de seus postos de trabalho. Desprezavam ainda as relações pessoais, tentando alocá-las em locais onde não mantinham qualquer relação de amizade. E, ainda, porque acabavam por criar outras áreas igualmente desordenadas, haja vista a evidente maior demanda por moradia do que o Estado poderia suprir.

Conforme já vimos, o Poder Público sempre volta seus olhos para a parte formal da cidade. Por qual razão, então, quando os governantes decidem voltar sua atenção para as comunidades de baixa renda, acabam por enxergá-la como um mal? Nesta concepção, a pobreza é feia, suja e deve ser segregada. Não se busca melhorar a qualidade de vida dessas comunidades, como a promoção da regularização fundiária, de saneamento básico, de iluminação pública, coleta e tratamento de lixo etc. A lógica do raciocínio é simples: já que as elites dominantes, que pagam seus impostos, não toleram conviver com as comunidades de baixa renda, o Poder Público ou decide removê-las de onde estão sedimentadas, ou decide impor-lhes um modelo de urbanização que entende – em seu imaginário – ser factível, mas que não corresponde exatamente aos anseios dessas comunidades. Os modelos pensados para esse tipo de urbanização geralmente objetivam transformar o caos em belo, mas não tem por finalidade efetivar o direito à moradia digna dessas pessoas, dotando seu espaço do mínimo de infraestrutura necessária, a fim de que elas possam morar e viver com dignidade.⁶³

O motivo de assim agir, que não se limita ao Poder Público, mas reproduz um pensamento comum junto à chamada sociedade civil organizada, qual seja, de que tais populações não têm verdadeiramente o direito de ocuparem aquele local, reside, dentre outros, no fato de não ostentarem elas o direito de propriedade.

Nesse sentido, qualquer ação a beneficiar tais localidades constituiria, aos olhos do direito posto, um mero favor do Estado em prol daquelas pessoas, que ali teriam se estabelecido ao arrepio da lei e do direito.

⁶² OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 124

⁶³ VENÂNCIO, Patrícia Gabai. **O resgate axiológico da gestão democrática da cidade na efetivação do direito à moradia**. In: MOTA, Maurício (Organizador). **Transformações do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 392.

Esta forma de pensar, contudo, parece olvidar um direito fundamental tão importante quanto à propriedade, qual seja, o direito à moradia. Sobre os direitos fundamentais, a sempre abalizada lição do Professor Paulo Bonavides:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.⁶⁴

Dentre as chamadas gerações de direitos fundamentais, termo bastante discutido⁶⁵, porém empregado ao presente estudo no sentido da dimensão em que reconhecido no tempo, o direito fundamental à moradia representaria um direito de segunda geração, consagrado dentre aqueles afetos à igualdade, a demandarem uma atuação estatal para a sua consecução, ao passo que aos de primeira, relacionados à liberdade, como a propriedade, bastaria um não agir estatal para que o seu titular o usufrua livremente.

Todavia, além de controverso o critério distintivo acima exposto, já que os direitos fundamentais de primeira geração demandariam igualmente a atuação estatal, ao exigir do Estado esforços materiais pela preservação da propriedade, por exemplo, despendendo recursos em sua defesa, os direitos de segunda geração não demandam tão somente uma atuação estatal, mas se voltam ainda aos demais cidadãos, que podem ver direitos próprios submetidos à garantia daqueles.

⁶⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 567.

⁶⁵Segundo SARLET, “Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, tanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta geração. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra a próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.” (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 54.

É o caso do proprietário que se vê desapossado ou desapropriado de seu bem pela ação de outro particular, titular do direito fundamental à moradia que, a depender do caso concreto e de uma ponderação dos interesses em jogo, pode prevalecer sobre o primeiro.

Muito se tem visto invasões de imóveis desocupados, notadamente em grandes complexos habitacionais inacabados ou prestes a serem finalizados. O direito posto repele tal conduta, como seria de se esperar, sob pena de se ver institucionalizada a ocupação desenfreada e desordenada de imóveis desocupados, vez que inúmeras outras pessoas encontram-se na mesma situação de desabrigo.

Por outro lado, tais pessoas, em sua maioria, são deixadas ao desabrigo, em favor da consagração do direito de propriedade, mesmo não se revestindo este de qualquer caráter ou função social⁶⁶.

Evidente que a questão levantada acima revela-se bastante controversa, especialmente por esboçar o esvaziamento da plena eficácia do direito de propriedade. Certamente não se cogita da supremacia do direito à moradia sobre a propriedade, como regra geral. O Estado não comportaria tal inovação.

Mas o exemplo serve à formação de uma consciência acerca da relativa eficácia dos direitos fundamentais, a impor constante sopesar diante do caso concreto.

2.3. A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A conceituação do direito fundamental não é tarefa simples, porquanto dependente da adoção de critérios teóricos dos mais variados. Todavia, constitui etapa necessária ao estudo ora em andamento, não se podendo adentrar na esfera do direito fundamental à moradia sem antes saber do que se tratam os direitos fundamentais.

⁶⁶ Conforme noticiado em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/rio-desocupacao-de-predio-de-eike-tem-confronto-e-incendio/>>.

Para tanto, a partir da mais abalizada doutrina, colacionam-se importantes e nem sempre coincidentes lições acerca da definição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se ressaltar do magistério de Jorge Miranda, *verbis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.⁶⁷

Segundo Gilmar Mendes:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁶⁸

A dupla natureza dos direitos fundamentais mostra-se de crucial importância para o correto entendimento sobre a sua função dentro do ordenamento jurídico. Entendê-los como direitos subjetivos parece ser o passo mais fácil, haja vista a natural vocação de tais direitos para se estabelecerem em uma relação indivíduo-Estado, em princípio

⁶⁷Sobre o tema, prossegue o renomado Professor: “Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (...) Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente, trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal idéia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menos autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo direito natural – para quem o acolha – e de vocação comum a todos os povos.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5 edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 9, 12-13.

Mas alocá-los como elementos estruturantes da própria ordem constitucional é, sem dúvida, um passo seguinte em direção ao completo entendimento acerca dos direitos fundamentais. Somente assim é possível entender e diferenciar o Estado de Direito do Estado Democrático de Direito, conforme expandido alhures, sendo o ultimo aquele que, além de basear-se na repartição das funções do Poder Estatal e ter sua atuação restrita aos ditames da Lei, realiza-se por meio da efetivação integral destes direitos.

Prosseguindo na conceituação dos direitos fundamentais, colhe-se da doutrina de JJ Gomes Canotilho:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*).⁶⁹

Por fim, ao analisar e diferenciar os conceitos de direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos, pondera Ingo Wolfgang Sarlet:

No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de que por vezes o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressalvadas algumas exceções – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição. Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista,

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 11 reimp. Almedina, p. 377.

tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.⁷⁰

Percebe-se, pois, que apesar da discrepância dos conceitos apresentados, todos reconhecem na incorporação de determinado direito pela Constituição umas das características especiais para reputá-lo fundamental.

Sem tal constitucionalização, tratar-se-ia de direito natural, direitos humanos ou qualquer outra designação que se pretenda conferir, mas não direito fundamental. Ao tratar da conceituação das normas de direito fundamental, tendo em vista a estrutura constitucional alemã, outra não é a conclusão de Alexy, ao asseverar que:

Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado “os Direitos Fundamentais” (arts. 1º a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Todavia, o que é abrangido por esse critério ainda é muito estreito. Não há dúvidas de que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais, como, por exemplo, a do art. 103, §1º, que garante a todos o direito de serem ouvidos pelo Judiciário. Para a identificação dessas disposições, chamadas de forma precisa por Friedrich Klein de “disposições periféricas associadas”, há o critério formal do catálogo de “direitos” do art. 93, §1º, 4ª, da Constituição alemã, direitos esses que, segundo esses artigo, autorizam o recurso à reclamação constitucional.”⁷¹

A partir de tal premissa, qual seja, a necessidade de positivação constitucional do direito fundamental, o direito de moradia encontra na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo XXV, seu principal fundamento histórico, *verbis*:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 40.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 68.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 591/92, elenca, por sua vez, dentre os direitos tutelados, a moradia adequada (art. 11).

No plano constitucional brasileiro, a primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, dentre os quais se enquadra o direito à moradia, foi a Carta Política de 1934, fortemente influenciada pela Constituição Alemã de 1919 (Weimar).⁷²

A Constituição da República de 1988⁷³, em seu art. 6º, passou a arrolar a moradia como direito social a partir do ano 2000, quando promulgada a Emenda n. 26. O motivo para a inclusão do direito em tela no rol dos direitos sociais, apesar de aparentemente óbvio, mostra-se de alguma forma surpreendente, qual seja, a participação do País em evento internacional da Organização das Nações Unidas - *Habitat*⁷⁴, merecendo transcrição. Da justificativa à proposta de emenda à constituição n. 28/96, que deu origem à emenda n.26/00, extraio:

⁷² Segundo BONAVIDES, “em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais.” (Curso de Direito Constitucional, p. 368).

⁷³ CRFB/1988 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

⁷⁴ O Escritório Regional para América Latina e Caribe (ONU-HABITAT) se estabeleceu em 1978, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), que aconteceu em Vancouver, Canadá, em 1976. Com sede em Nairóbi, Quênia, a organização é a encarregada de coordenar e harmonizar atividades em assentamentos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, facilitando o intercâmbio global de informação sobre moradia e desenvolvimento sustentável de assentamentos humanos, além de colaborar em países com políticas e assessoria técnica para enfrentar o número crescente de desafios enfrentados por cidades de todos os tamanhos. O Escritório Regional da ONU-HABITAT para América Latina e o Caribe funciona no Rio de Janeiro desde 1996. **Atividades da ONU-HABITAT:** Em 2010, ONU-HABITAT lançou a Campanha Urbana Mundial, que busca informar e conscientizar a população mundial sobre a necessidade de ter cidades sustentáveis, com pouca desigualdade e com serviços básicos de qualidade. Através desta campanha e outros meios, a agência concentra o trabalho em assuntos relacionados com cidades e implementa projetos especiais focado nos assentamentos precários. Uma destas é a Aliança das Cidades, uma iniciativa conjunta entre ONU-HABITAT e o Banco Mundial, que busca o melhoramento de assentamentos precários e promove políticas e estratégias de desenvolvimento de moradia digna; ajuda a desenvolver a Campanha Urbana Mundial e ações como o planejamento, a gestão urbana sustentável, a gestão do solo e a reconstrução de cidades atingidas por conflitos ou desastres naturais. Outras atividades incluem o Programa de Água e Saneamento para as Cidades, a gestão de resíduos sólidos, a formação e o fomento de capacidades

A questão do direito à moradia tem sido objeto de aceso e polarizado debate social, tanto em nível nacional como internacional. Fóruns, entidades de classe, entidades governamentais e não governamentais têm-se reunido nesses dois últimos anos com vistas ao maior encontro de todos os tempos sobre o tema: a Conferência Habitat II, convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e realizada no período de 3 a 14 de junho deste ano.

Para esse evento, o Brasil foi indicado relator da parte da Agenda do Habitat (carta de intenções da Conferência), que trata do "direito à moradia". Coube-lhe, assim, a inicial tarefa de justificar, frente a países como Japão, Estados Unidos e Coréia (que se posicionam contra a inclusão desse termo na Agenda), a urgente necessidade de se reconhecer a moradia como um direito social.

A participação ativa brasileira em tão importante evento, de caráter mundial, coloca-nos em posição delicada, principalmente quando se verifica, em meio de uma situação eminentemente crítica das áreas urbanas brasileiras, uma lacuna na própria Constituição Federal, que não reconhece a moradia como um direito real, como a saúde, o lazer, o trabalho etc. Mais delicada, ainda, fica a situação do Brasil quando, sabedores da realização da Conferência, os 'sem-teto' de todo o País, já bastante organizados, ameaçam "pipocar ocupações de terrenos" na periferia das grandes cidades - conforme se lê nos mais renomados jornais do País.

As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira 'chaga social' para grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da moradia como a célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia, o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se

dos dirigentes locais, garantindo que os direitos da mulher e as questões de gênero estejam presentes no desenvolvimento urbano e as políticas de gestão, ajudando a combater a delinquência através do 'Programa Cidades Mais Seguras', a pesquisa e o monitoramento do desenvolvimento econômico urbano, o emprego, a redução da pobreza, sistemas municipais de financiamento de moradias e investimentos urbanos. Também ajuda a fortalecer vínculos urbano-rurais e o desenvolvimento da infraestrutura. ONU-HABITAT tem aproximadamente 154 programas técnicos e projetos em 61 países do mundo, a maioria deles em países em vias de desenvolvimento. As atividades operacionais da agência ajudam governos a criar políticas e estratégias que visam o fortalecimento de uma gestão autossuficiente no âmbito nacional e local. Se concentram na promoção de moradia para todos, o melhoramento da governança urbana, a redução da pobreza nas cidades e melhora do entorno nos lugares onde moram os mais pobres. (Disponível em <http://nacoesunidas.org/agencia/onu-habitat/>)

empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação.⁷⁵

Assim, apesar da inusitada justificativa, o fato é que a moradia acabou por arrolada como direito social junto ao art. 6º da CRFB/88, dentro do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

Portanto, não merece abrigo qualquer dúvida acerca da natureza fundamental do direito em tela, ainda mais quando já previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 591/92, conforme acima exposto, incorporado ao ordenamento pátrio com força de norma constitucional, segundo a redação do art. 5º, §2º, da CRFB, vigente à época.

Acrescente-se, ainda, que não basta constar o direito de um texto constitucional, sendo mister que este trate de garantir direitos essenciais à dignidade do ser humano para, só assim, ser verdadeiramente fundamental.

Nesse sentido, dignidade da pessoa humana e direito à moradia encontram-se umbilicalmente ligados. Independentemente do sentido ou extensão que se queira dar à dignidade humana, por certo que a existência de uma morada adequada afigura-se como um de seus requisitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra expressa disposição no artigo primeiro, inciso III, da Constituição da República de 1988, que o elenca como um dos seus fundamentos⁷⁶.

Inicialmente, parece que o emprego da expressão “pessoa humana”, cuja redundância salta aos olhos, denota a intenção do legislador constituinte em enfatizar a condição humana dos cidadãos brasileiros, e, conseqüentemente, a importância que se deve dar a todas as questões que lhe sejam afetas, em maior peso do que aquelas não diretamente relacionadas a tal condição.

⁷⁵BRASIL. Diário do Senado Federal, de 19 de Junho de 1996. Proposta de Emenda à Constituição n. 28, de 1996. Justificação, p. 10.244-10.245.

⁷⁶“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;”

Vale isto dizer que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana faz-se influente por todos os campos do ordenamento jurídico, ante a óbvia inter-relação entre o homem e o Direito. E mais, a dignidade da pessoa eleva o homem à condição de fim último de concretização do Direito.

A dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a dúplici dimensão de princípio e de valor. Em virtude dessa dimensão axiológica, pode-se afirmar que, no momento da concretização normativa, quando da realização da hierarquização de valores que constitui toda e qualquer interpretação sistemática, haverá uma prevalência do valor dignidade sobre os demais. Desse modo a dignidade como princípio será prevalente no momento da concretização normativa e da ponderação de princípios.⁷⁷

Apesar de a dupla titulação da dignidade como valor e princípio gerar alguma perplexidade entre os estudiosos⁷⁸, a nosso sentir, tal condição significa afirmar, tão somente, a sua supremacia sobre os demais princípios fundamentais, objetivados ou não, fazendo-se impositivo no momento de eventual colisão de direitos.

2.4. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

A eficácia dos direitos fundamentais é questão das mais complexas e, por isso, objeto de extensos debates e controvérsias. Quando a discussão envolve o

⁷⁷ FACHIN, Luiz E. e RUZYK, Carlos E. P. Dignidade Humana (no Direito Civil). In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Sílvia Faber (supervisora). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 307.

⁷⁸ “Verifica-se, com alguma frequência, o emprego dos termos “valor” e “princípio” em diferentes contextos com o mesmo significado, mas – em observância aos ensinamentos de Robert Alexy – efetivamente a significação dos dois termos é distinta. Os princípios, ao traduzirem “mandados de otimização”, têm caráter deontológico, relacionando-se ao “dever-ser”, ao passo que os valores se situam na dimensão axiológica, ou seja, do que efetivamente “é” de acordo com um juízo do bom e do mau: “diante dessa distinção, Alexy propõe que, pelo fato de o Direito tratar do que “é devido”, deve-se adotar – na esfera jurídica – um modelo de princípios, ao invés de um modelo calcado em valores.” Nesse sentido, Alexy conclui que a dignidade da pessoa humana consiste num princípio jurídico, dando ênfase ao seu caráter normativo e deontológico. Tem-se, no entanto, a posição de outro alemão, Gunter Durig, que considerava que a legitimidade da Constituição se fundamentava em valores “objetivos”, razão pela qual assentou que a dignidade da pessoa humana era um “valor” preexistente ao direito. Outro critério distintivo entre valor e princípio foi apresentado por Claus-Wilhelm Canaris: “o princípio está num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Dignidade Humana (no Biodireito). In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Sílvia Faber (supervisora). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 258-259)

direito fundamental à moradia, ainda maiores dúvidas podem surgir, diante da pouca concretude e, de certa maneira, novidade do direito em voga.

Apesar de já antecipada no item anterior, não se pode iniciar uma análise acerca da eficácia dos direitos fundamentais sem mencionar novamente as chamadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, ainda que de forma bastante objetiva, sem pretender esgotar ou adentrar nas inúmeras discussões que envolvem o tema.

A primeira dimensão trata dos direitos relacionados à liberdade dos cidadãos, tais como vida, propriedade, liberdade de locomoção, dentre outros, sendo os direitos que primeiramente foram reconhecidos, conforme exposto no capítulo um, quando da análise dos direitos do homem na formação do Estado Nacional.

Tradicionalmente, afirma-se que tais direitos ostentam eficácia plena, independentemente de qualquer ação ou normativa externa, na medida em que não demandariam qualquer ação estatal para a sua consecução, bastando um não agir, ou seja, que o Estado se limite a não interferir na sua fruição.

Os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles ligados ao princípio da igualdade, mas igualdade material, aquela que impõe tratamento igualitário aos iguais e discriminatório aos desiguais, para que a isonomia assim se concretize.

Estes direitos exigem um agir estatal, consubstanciado muitas vezes no dispêndio de recursos para o fim de prestação dos serviços ou fornecimento dos bens de que necessitam os cidadãos. São por isso também chamados direitos prestacionais. O direito fundamental à moradia enquadra-se em tal dimensão, enquanto direito fundamental de cunho social, insculpido no art. 6º da CRFB/88.

Quanto a tais direitos, grande controvérsia paira sobre a sua efetividade, havendo os que afirmam a plena eficácia somente daqueles afetos diretamente à dignidade humana, tendo em conta os elevados custos para a sua consecução e a impossibilidade de o Estado fazer valer o amplo espectro de direitos em sua integralidade. Nesse sentido, pondera Flávio Galdino:

Em verdade, cuida-se de reconhecer como direito fundamental uma parcela daquelas prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade e, bem assim, para o exercício dos direitos da liberdade (estes sim verdadeiramente fundamentais), como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia) a educação básica *et coetera*. Seriam, assim, condições, ou mesmo pré-condições da liberdade (*rectius*: ou do exercício da liberdade).⁷⁹

O argumento da limitação de recursos, todavia, merece aguda crítica de abalizada doutrina, parecendo atender a um viés mais ideológico do que verdadeiramente econômico.

É que a chamada reserva do possível, expressão cunhada para referir à escusa quanto à não efetivação de determinado direito em razão da falta de recursos, por se aplicar tão somente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, ou prestacionais, atinge em cheio específica classe de cidadãos, quais sejam, os da base da pirâmide social.

São eles os principais beneficiários dessa categoria de direitos, a reclamarem igualdade. Ainda segundo Galdino, “os direitos da liberdade, tidos como meramente negativos (ou demandando apenas prestações não-fáticas), podem assim ser integralmente garantidos e efetivados, sem as amarras sempre severas das reservas orçamentárias.”⁸⁰

E mais, tal argumento parece olvidar outro importante fator, que é o dispêndio de recursos também para fazer valer direitos de primeira dimensão. Ou alguém duvidaria de que a manutenção da propriedade privada e até mesmo da liberdade exigem vultuosas somas de dinheiro em nome, por exemplo, da segurança pública? Por certo que não.

Fala-se ainda nos direitos fundamentais de terceira e quarta gerações ou dimensões, que, segundo BONAVIDES⁸¹, são os ligados à fraternidade e à universalidade, respectivamente. Assim, podem ser elencados como de terceira

⁷⁹ GALDINO, Flávio, p.195.

⁸⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**, p.197.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 569-571.

geração o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum e o direito de comunicação. Já seriam de quarta dimensão o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

De qualquer forma, para efeito do presente estudo, volta-se os olhos ao direito fundamental à moradia e sua dificultosa eficácia. Não se faz necessária maior familiaridade com a temática dos direitos fundamentais para a certeza de que se trata de um dos direitos de maior demanda social e complexidade na sua efetivação.

Por outro lado, é dos mais enunciados direitos fundamentais, não sendo raras as vezes em que se ouve, especialmente em períodos eleitorais, a afirmação de que todos têm direito à moradia, ao lado de saúde, educação, segurança etc.

Mas se o direito fundamental à moradia encontra-se razoavelmente assentado no ordenamento jurídico pátrio, sendo objeto de diversas tentativas de efetivação por parte do Poder Público, apesar de nem sempre bem sucedidas, questão bem mais tormentosa refere-se à extensão da eficácia do direito em tela aos particulares, ou seja, a chamada eficácia horizontal. É que:

Asistimos, em efecto, a um processo de continua expansión de los derechos fundamentales, em varias direcciones. Su contenido se enriquece incessantemente: día a día, los tribunales descubren nuevas posibilidades (a veces insospechadas) de penetración de aquellos derechos, nuevos escenarios em los que se estima que pueden operar. Pero no faltan em este processo de renovación motivos de incertidumbre.⁸²

Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais entende-se a capacidade ou idoneidade que determinado direito tem para se impor frente a outro direito de terceiro, de igual envergadura, saindo-se vencedor em caso de aparente conflito de interesses. Ao discorrer sobre diversos direitos fundamentais ligados à liberdade (ou

⁸² Assistimos, na verdade, a um processo de expansão contínua dos direitos fundamentais em várias direções. Seu conteúdo é enriquecido incessantemente: diariamente, os tribunais descobrem novas possibilidades (por vezes inesperadas) de penetração desses direitos, novos cenários que se espera possam operar. Mas não faltam razões neste processo para incertezas. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (UBILLOS, Juan María Bilbao. **Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.308.

de primeira dimensão) elencados na Constituição Portuguesa, assevera Jorge Miranda, *verbis*:

É sobretudo a propósito destes últimos direitos que se fala em eficácia horizontal, ou perante terceiros, dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*) – em contraposição à mera eficácia *externa*, equivalente ao dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face dos direitos dos outros. Enquanto que na eficácia externa tudo está em não interferir no exercício dos direitos de outros, na eficácia horizontal há relações bilaterais sobre as quais se projetam ou em que podem ser afetados especificamente certos e determinados direitos, liberdades e garantias.”⁸³

Percebe-se da doutrina lusa que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra boa ressonância⁸⁴. Não é difícil compreender – ou pelo menos não deveria sê-lo - que determinada pessoa seja submetida, por exemplo, a direito fundamental à liberdade religiosa ou de associação de outrem.

Note-se que aqui não se está a falar, como asseverado na transcrição supra, do mero dever de não interferir, geral e abstrato, dirigido a todos. Além deste, situações há em que uma pessoa, ligada por circunstâncias fáticas ao titular do direito fundamental, é obrigada a respeitar tal direito, mesmo tendo o seu direito a ele submetido. Seria a hipótese de, em determinada relação empregatícia, o empregador ter de tolerar que seu empregado se afaste dos afazeres, diariamente, por determinado período de tempo, para realização de determinado ritual religioso.

Evidentemente, como todos os direitos fundamentais, este não tem natureza absoluta, devendo eventual desinteligência ser dirimida à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, além da proporcionalidade e razoabilidade.

⁸³MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.333.

⁸⁴Segundo ALEXYY, “Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. [...] É possível distinguir três teorias acerca da questão da construção: uma de efeitos indiretos perante terceiros, uma de efeitos diretos e uma de efeitos mediados por direitos em face do Estado. (Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 528-529)

Maior perplexidade pode causar a efetivação de um direito de segunda dimensão (afeto à igualdade), como o direito fundamental à moradia, em relação a um particular, que, em princípio, nenhuma relação teria com aquele. Como incumbir a um particular tal ônus? Do magistério de Daniel Sarmiento, extraio:

Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de quem, ao lado do dever primário do Estado de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõe sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a ideia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do *Welfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros corresponsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado –, possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.⁸⁵

Mas a incidência dos direitos fundamentais entre particulares não pode se dar de forma indiscriminada. Seria inaceitável que qualquer pessoa, de forma absolutamente aleatória, fosse obrigada a arcar com os custos para a efetivação de determinado direito de terceiro. Faz-se, por tal razão, necessário estabelecer critérios para tal eficácia horizontal.

Nesse sentido, na esteira de SARMENTO⁸⁶, uma boa medida é a exigência de conexão entre a relação jurídica havida entre as partes envolvidas e o direito fundamental em jogo, como no exemplo dado pelo autor, de uma pessoa pretender que terceiro, por mais recursos financeiros que esta possua, custeie seu tratamento de saúde, sem com ele manter qualquer relação de parentesco. Por certo, tal pretensão parece descabida, não parecendo ser extensível horizontalmente o direito à saúde na hipótese.

A fórmula acima - de conexão entre a relação jurídica havida entre as partes envolvidas e o direito fundamental em jogo, aplica-se, a nosso ver, ao direito fundamental à moradia.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2004, p. 337-338.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel, p. 344.

O vínculo entre as partes, neste caso, obviamente não é o de parentesco, sob pena de se esvaziar quase que por completo a eficácia horizontal do direito. Pode-se pensar num vínculo fático, qual seja, a existência de posse com *animus domini*⁸⁷, de um lado, e propriedade que não atenda sua função social⁸⁸, do outro.

Nesse sentido, o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01), reproduzindo o texto constitucional do art. 182, §2º, vai mais além, ao expressamente dispor em seu Art. 39:

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 dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

É dizer, se há uma situação fática consolidada entre o titular do direito fundamental à moradia em relação ao imóvel, cuja propriedade não atende sua função social, na medida em que desatende as necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, há de se imputar ao particular, proprietário responsável por tal situação, o ônus da efetivação do direito fundamental à moradia.

Evidente, contudo, que não se pode admitir que toda e qualquer pretensão ao direito fundamental à moradia seja acolhida frente a particulares, sob pena de se imputar um ônus absolutamente indevido a quem não tem, em princípio, a responsabilidade pela sua implementação, na esteira do magistério de Arnaldo Rizzardo:

⁸⁷ *Animus domini* é a vontade ou intenção de quem, apesar de não ter o domínio da coisa, porta-se como se o tivesse.

⁸⁸ “A propriedade urbana atende a sua função social, na previsão do art. 182, §2º, quando realiza as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Quanto ao imóvel rural, prevê o art. 186 que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, vários requisitos, como aproveitamento racional e adequado; utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições regulamentares das relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. .171).

A concessão de áreas com o objetivo de servirem à construção de moradias a pessoas sem poder aquisitivo constitui encargo do Poder Público, que dispõe, para tanto, do instituto da desapropriação. Não é justo, na verdade, negar o direito à retomada das terras, sob pena de se criar um verdadeiro confisco de bens particulares, fazendo recair a responsabilidade pelos problemas sociais somente em uma ou outra pessoa. O ônus da entrega de terras para a população desprovida de recursos erguerem suas habitações não deve ser suportado por particulares, e sim pelo Estado, para o qual todos contribuem com impostos, objetivando a realização do bem comum. Toda a comunidade deve assumir tal incumbência.⁸⁹

A crítica do renomado civilista, contudo, apesar de fundada em sólidos argumentos, merece reparos. O direito fundamental à moradia certamente ainda não é visto como um direito efetivamente oponível a terceiros, inobstante sua inclusão no rol dos direitos sociais da Constituição da República.

Quanto à vinculação do Poder Público, esta não parece gerar qualquer indagação, ao menos no plano teórico. Ocorre que, deste plano à realidade, muitas vezes os titulares do direito se veem à mercê de condições fáticas inexistentes, a dizer, recursos financeiros, ou seja, da reserva do possível.

Nesse sentido, Eliane Maria Barreiros Aina sustenta que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares reside no fato de que, hoje em dia, o grande violador dos direitos não seria mais somente o Estado, mas principalmente grandes corporações e particulares com grande poder econômico, sendo adotada majoritariamente na Espanha, Itália, Argentina e Portugal.⁹⁰

Afirmar a justiça da retomada do bem pelo proprietário carrega, em si, um forte apelo ideológico em prol do direito de propriedade, conforme afirmado anteriormente, olvidando a igual justiça da pretensão ao direito fundamental à moradia daqueles desprovidos de recursos e, conseqüentemente, do domínio.

O direito fundamental à moradia, portanto, merece efetivação, seja ela vertical ou horizontal, ou seja, por meio do Estado ou mesmo de particulares, na medida em que garante condição mínima para a existência e dignidade do ser humano.

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo, p.111.

⁹⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Direito à Moradia nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.134.

CAPÍTULO 3:

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de regularização fundiária, ao imprimir uma forma mais célere para a declaração de domínio de áreas densamente ocupadas, apresenta-se como importante meio jurídico-legal de reconhecimento pelo Estado das ocupações há muito estabelecidas, especialmente nas vastas aglomerações urbanas.

A chamada regularização fundiária inova no tocante à forma de se declarar a propriedade, atenuando de certa maneira os rigores para aquisição e perda de tal direito. Muito se tem investido neste modelo jurídico como verdadeira forma de pacificação social, sem se estabelecer um contraponto em relação aos bens e direitos diretamente atingidos em razão do objetivo pretendido.

Faz-se, assim, necessário indagar se a regularização fundiária observa o devido processo legal, entendido este em sua acepção mais ampla, aquela que tem em foco não só o conjunto de regras procedimentais aplicáveis à espécie, mas, especialmente, o próprio direito material em jogo e a dignidade das partes, conforme exposto no item 1.4, *supra*.

Isto porque o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.275, ou qualquer outro dispositivo legal, não elenca entre as modalidades de perda da propriedade a regularização fundiária, fazendo menção à desapropriação (inciso V). Ocorre que inúmeros processos de regularização não são precedidos por processo de desapropriação ou tampouco se submetem ao procedimento de usucapião, sendo de se indagar se a consequente perda da propriedade estaria amparada pelo ordenamento jurídico.

Mostra-se igualmente importante estabelecer a natureza jurídica da regularização fundiária, indicando-se para a criação ou não de um novo instituto no ordenamento jurídico pátrio.

A partir de uma leitura teleológica do regramento da regularização fundiária, tendo em conta os objetivos a que se destina, sem olvidar o contexto e os institutos afins existentes no ordenamento jurídico dos quais toma emprestados alguns dos seus mecanismos, objetiva-se a realização de um estudo que contraponha os valores em jogo.

Por tal razão, indispensável uma análise do instituto em tela, levando-se em consideração a proteção jurídico-constitucional do devido processo legal e do direito de propriedade, duas vigas mestras do ordenamento jurídico pátrio.

3.2 AS NORMAS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

O processo de regularização fundiária encontra-se previsto em diversos atos normativos, em especial o Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/01) e a Lei n. 11.977/09 (Instituidora do Programa Minha Casa Minha Vida e Regularização Fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas), dentre outros.

A processualística prevista no ordenamento jurídico pátrio para a declaração de domínio via regularização fundiária mostra-se bastante vaga. As Leis Federais que tratam da matéria nada descrevem acerca do procedimento a ser percorrido para tanto. Assim, coube aos Entes Federados e até ao Poder Judiciário a normativa procedimental aplicável à espécie⁹¹.

Da Resolução n. 08/14, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por refletir exatamente a necessária flexibilidade conferida ao instituto da regularização fundiária, destaco:

“que a legislação ordinária sobre aquisição, perda e função de propriedade móvel dever ser vista como instrumento para a preservação da unidade interna e da coerência jurídica, em face dos objetivos constitucionais; que a inviolabilidade do direito de propriedade merece ser dimensionada em harmonia com o princípio da sua função social; que a atual função do direito não se restringe a solucionar conflitos de interesses e a buscar segurança jurídica, mas visa a criar condições para a valorização da cidadania e para a promoção da justiça social...”

⁹¹No Estado de Santa Catarina, o processo de regularização fundiária tem seguido, além da legislação ordinária mencionada, a disciplina da Resolução n. 11/08, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, recentemente alterada pela Resolução n. 08/14, bem como das leis municipais que dispõem acerca do tema.

Percebe-se, neste norte, que tem sido admitida, via regularização fundiária, a aquisição do domínio de terras públicas ou a regularização de obras realizadas em áreas de preservação permanente⁹², em aparente afronta à legislação vigente, além da previsão de notificação por via postal dos proprietários limítrofes da área a ser regularizada e da possibilidade de não cientificação dos Entes de Direito Público interno⁹³.

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Apelação Cível n. 20110112239302, destaque:

“Ação anulatória de ato administrativo. Intimação demolitória. Ausência de provas da impossibilidade de regularização fundiária do imóvel. Nulidade do ato administrativo. Impossibilidade de verificação da proporcionalidade e razoabilidade do ato. 1. Ainda que se trate de imóvel erigido em loteamento irregular, a sua demolição é medida drástica, que somente pode ser efetivada caso não seja possível a sua adequação à legislação vigente, consoante o disposto no próprio código de edificações do distrito federal (lei distrital 2.105/98, 178). 2. O fundamento para a demolição do imóvel em questão é de que o mesmo não seria passível de regularização fundiária, porque estaria localizado em app - área de preservação permanente. Todavia, não há qualquer prova nos autos nesse sentido. 3. Ainda que fosse possível concluir, seguramente, que o imóvel em questão está realmente inserido em app - área de preservação permanente, tal fato, por si só, não constitui obstáculo intransponível à regularização fundiária, pois o novo código florestal brasileiro, excepcionalmente, permite a regularização fundiária de ocupações irregulares em apps (lei 12.651 /12 8º, 64 e 65). 4. O imóvel está localizado na estância mestre d'armas v, área passível de regularização segundo o pdot - plano diretor de ordenamento territorial do df (lc 803/09), consoante informação contida na página da terracap na internet. 5. Declarada a nulidade da intimação demolitória, diante da ausência de provas da impossibilidade de regularização fundiária do imóvel em questão, o que impede a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade do ato administrativo, sob o ponto de vista da legislação urbanística e ambiental atualmente em vigor. 6. Deu-se provimento ao apelo da autora, para declarar a nulidade da intimação demolitória do imóvel.”⁹⁴

⁹²Lei . 11.977/09, Art. 54, § 3º A regularização fundiária de interesse social em áreas de preservação permanente poderá ser admitida pelos Estados, na forma estabelecida nos §§ 1o e 2o deste artigo, na hipótese de o Município não ser competente para o licenciamento ambiental correspondente, mantida a exigência de licenciamento urbanístico pelo Município.

⁹³Art. 10, Res. 11/08 – CM – TJSC.

⁹⁴Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acessado em 02 jul 2015.

Toda essa flexibilidade legal conferida ao processo visa socorrer o direito maior em jogo, qual seja, a necessidade de regularização da situação de inúmeras pessoas que se encontram na posse de áreas ocupadas há longa data, ao largo da proteção que o Estado confere ao direito de propriedade. Diante de tal cenário, o devido processo legal faz-se presente, na medida em que, segundo Alexandre Freitas Câmara:

A garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole exclusivamente processual, mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*. Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma garantia do trinômio “vida-liberdade-propriedade”, através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis.⁹⁵

Portanto, apesar de, aparentemente, o processo de regularização fundiária distanciar-se da legislação vigente ao tratar da aquisição e perda da propriedade privada, o devido processo legal mostra-se garantido, porquanto atendidas as formalidades específicas e principalmente o direito subjacente, qual seja, o direito à moradia e, conseqüentemente, a dignidade humana.

Nesse sentido, a Lei n. 11.977, de 07 de Julho de 2009, em seu art. 46, assim define a chamada regularização fundiária:

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

É de se indagar se tal conjunto de medidas constituiria verdadeiramente um processo de regularização fundiária ou, ao contrário, não passaria de um conjunto de regras dispersas previstas em lei (ou não) para a titularização da posse consolidada nas situações em que especifica.

⁹⁵ In: Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 19 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 35.

A resposta a tal indagação pressupõe a exata noção dos conceitos de processo e procedimento, na esteira de Dinamarco, a saber⁹⁶:

Como método de trabalho, processo tem o desenho de uma *série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus*. Os atos interligados, em seu conjunto, são o *procedimento*. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a *relação jurídica processual* (poderes, faculdades, deveres e ônus). E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma *entidade complexa*, integrada por esses dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual*. Cada ato do procedimento *pode* ser realizado porque o sujeito que quer realizá-lo tem a faculdade ou o poder de fazê-lo; ou *deve* ser realizado porque ele tem um dever ou um ônus. O conceito de processo, segundo os modelos impostos por superiores razões políticas, não se exaure no procedimento nem coincide com o de relação processual. Processo é, ao mesmo tempo, uma relação entre atos e uma relação entre sujeitos (Liebman).

A contribuição de Alexandre Freitas Câmara⁹⁷ mostra-se igualmente oportuna:

Nestes termos, e levando-se em consideração o conceito de processo por mim adotado, posso dizer que o processo é uma entidade complexa, de que o procedimento é um dos elementos formadores. O procedimento, como visto, é o aspecto extrínseco do processo. O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento (e os outros são o contraditório e a relação jurídica processual).

A partir de tais premissas, possível afirmar que a regularização fundiária, apesar da esparsa regulamentação existente, constitui um processo autônomo em relação às demais formas de aquisição da propriedade.

Isto porque, mesmo que a legislação faça menção a mecanismos legais preexistentes para a sua consecução, o instituto em tela possui princípios próprios⁹⁸

⁹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25-26.

⁹⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 135.

⁹⁸ Lei n. 11.977/09, Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na [Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001](#), a regularização fundiária observará os seguintes princípios: I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; II – articulação com

e autonomia⁹⁹ em relação às demais espécies processuais, tais como o usucapião coletivo, do qual se aproxima, a desapropriação com vistas à regularização e a legitimação de posse. Ao mencionar um destes mecanismos, anota José dos Santos Carvalho Filho:¹⁰⁰

A expressão *legitimação de posse* é imprópria. O Poder Público não se limita a julgar legítima a posse do interessado. Reconhecendo a posse, e presentes os requisitos legais, procede à *regularização fundiária*, legitimando a ocupação por um período e, subsequentemente, efetivando a alienação com vistas à transferência do domínio para o possuidor. Por isso, o instituto retrata uma das condições para a alienação de bens públicos.

Além disso, integradas ao processo eventuais partes contrárias, ensejando assim a formação do contraditório, todos os elementos constituintes de uma relação jurídica processual encontram-se presentes, quais sejam, partes, procedimento e contraditório.

Cabe ressaltar que a regularização fundiária não se exaure em um processo judicial com pedido de titulação da terra em favor dos ocupantes, na medida em que diversas ações administrativas podem ser tomadas com o propósito de viabilizá-la.

Neste sentido, tomam parte da regularização ações administrativas no sentido de individualizar o imóvel na sua integralidade, assim como delimitar os lotes ocupados, localizar e nomear os proprietários limítrofes, promover eventual desapropriação da área e indenizar possíveis prejudicados, dentre outras.

as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização; IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

⁹⁹ Lei n. 11.977/09, Art. 49. Observado o disposto nesta Lei e na [Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001](#), o Município poderá dispor sobre o procedimento de regularização fundiária em seu território. Parágrafo único. A ausência da regulamentação prevista no caput não obsta a implementação da regularização fundiária.

¹⁰⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1203.

Tal fato, todavia, não retira do processo de regularização a sua natureza autônoma, mas, ao contrário, a reforça, sendo indiscutível que diversas outras demandas processuais ensejam igualmente medidas de caráter extraprocessual.

De toda forma, o mais importante é a afirmação da regularização fundiária como instituto jurídico apto a garantir o direito das pessoas à moradia, em situações há muito consolidadas e até então desamparadas pelo Estado.

A sua autonomia ajuda o intérprete ou operador a desfazer-se das amarras legais previstas em institutos afins, como o usucapião, fazendo da regularização uma forma mais célere para a efetivação dos direitos fundamentais em tela.

Importante ressaltar que o reconhecimento do domínio de áreas ocupadas, por meio de processo estabelecido na forma determinada pela Carta Política do Estado, não merece cerceio ou diminuição por aplicação analógica das regras até então postas.

O processo de regularização fundiária inaugura verdadeiro processo legal para a aquisição de domínio nas situações especificadas, e, por via de consequência, de perda da propriedade privada.

Neste caso, o direito busca legitimar situações que dificilmente seriam alvo de intervenção estatal eficaz, o que tem sido a tônica da deficiência estatal quanto à promoção de políticas públicas de cunho social.

Assim, impõe-se uma leitura do instituto da regularização fundiária desprendida das amarras das espécies processuais correlatas para a aquisição da propriedade privada, sob pena de se ter como violado o princípio do devido processo legal.

Quer isto dizer que o processo de regularização fundiária, entendido como verdadeiro processo e não apenas uma reunião de instrumentos ou atos processuais predispostos em lei, apresenta-se ao ordenamento jurídico brasileiro de forma inovadora, devendo, pois, romper as barreiras ou preconceitos advindos do dogma da ampla proteção ao direito de propriedade.

3.3 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção do meio ambiente é questão das mais debatidas na atualidade, não sendo raros os alertas oriundos de cientistas, ecologistas, religiosos e diversos outros atores sociais acerca da necessidade premente de mudança de comportamento no que toca à utilização dos recursos naturais.

Mas a necessária preservação ambiental constituiria um direito fundamental dos cidadãos ou apenas um dever estatal e coletivo de proteção de um bem essencial à vida dos seres humanos? A Constituição da República de 1988 expressamente dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Do dispositivo constitucional acima, extraem-se dois importantes conceitos acerca do meio ambiente: trata-se de direito de todos e bem de uso comum do povo, cujo dever de preservação recai sobre o Poder Público e a coletividade.

Por se mostrar menos complexo, iniciamos a presente análise pelo conceito de bens de uso comum do povo, os quais, segundo CARVALHO FILHO, “são destinados à utilização coletiva, no exercício dos direitos e liberdades individuais em relação aos quais só é vedada a conduta quando a lei expressamente comina essa qualificação.”¹⁰¹

Desnecessária maior incursão sobre os bens públicos, pode-se afirmar que, por expressa disposição constitucional, constitui o meio ambiente direito de todos.

Como consequência, há que se indagar se tal direito reveste-se de natureza fundamental, e, para tanto, volto ao já expendido quanto ao direito fundamental à moradia, no sentido de que, “apesar da discrepância dos conceitos apresentados, todos reconhecem na incorporação de determinado direito pela Constituição umas das características especiais para reputá-lo fundamental”. “Acrescente-se, ainda, que não basta constar o direito de um texto constitucional, sendo mister que este trate de garantir direitos essenciais à dignidade do ser humano para, só assim, ser verdadeiramente fundamental.”

Sobre a proteção constitucional do meio ambiente no contexto internacional, a lição de Yarza:

A partir de la Declaración de Estocolmo de 1972, los textos constitucionales han sido casi unánimes em el establecimiento de imperativos de protección medioambiental. Puede decirse, por lo tanto, que existe hoy em día um consenso global sobre la conveniência de dotar de certa protección constitucional al entorno, consenso que se plasmaba, a comienzos del tercer milênio, em la presencia del medio ambiente em la norma suprema de más de cien países. Evidentemente, entre unas

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, p. 1021.

previsiones y otras existen importantes diferencias materiales y formales. Cuestiones como la existência o no de um derecho y, em su caso, si se trata de um derecho fundamental, son objeto de discrepâncias em la doctrina, que em ocasiones atende demasiado a la literalidade de los preceptos o, com excesivo voluntarismo, interpreta forzadamente las propias previsiones constitucionales.¹⁰²

Sobre tais discrepâncias, notadamente a existência de um direito fundamental ao meio ambiente, prossegue o renomado professor:

Hechas las consideraciones precedentes, podemos concluir que la protección constitucional más adecuada del medio ambiente como bien colectivo no es la propia de los derechos fundamentales, sino la de los fines de la actividad estatal o los mandatos objetivos de protección. Ésta es, como ya afirmado, la protección reconocida em la mayoría de los países de nuestro entorno¹⁰³.

Todavía, apesar do expendido acima, a nosso sentir, a CRFB/88 não permite conclusão outra que não a afirmação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isto porque presentes suas duas premissas, quais sejam, encontrar-se positivado na Constituição da República e garantir direito essencial à dignidade do ser humano.

Alia-se a Carta brasileira, portanto, dentre aquelas que elencam o meio ambiente ao patamar de direito fundamental, mesmo que não o arrole em seu Título II – dos direitos e garantias fundamentais, posto ser este rol meramente exemplificativo. A própria Declaração de Estocolmo de 1972 corrobora tal afirmação ao estabelecer, em seu princípio primeiro, que:

¹⁰²Desde a Declaração de Estocolmo de 1972, os textos constitucionais foram quase unânimes em estabelecer imperativos de proteção ambiental. Indiscutivelmente, portanto, que existe hoje em dia um consenso global sobre a conveniência de a Carta fornecer proteção constitucional ao meio ambiente, consenso em forma de, no início do terceiro milênio, presença do meio ambiente na lei suprema de mais cem países. Obviamente, entre umas previsões e outras, há diferenças materiais e processuais importantes. Questões como a existência ou não de um direito, e neste caso, se é um direito fundamental, estão sujeitos às divergências da doutrina, que frequentemente atende demasiadamente a literalidade dos preceitos, e com excessivo voluntarismo, interpreta erroneamente as próprias disposições constitucionais. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (YARZA, Simón. Medio Ambiente y Derechos Fundamentales. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2012, p. 35-36.

¹⁰³Feitas as considerações precedentes, conclui-se que a proteção constitucional mais adequada ao meio ambiente como um bem coletivo não é a própria dos direitos fundamentais, mas sim a dos fins da atividade estatal ou dos deveres objetivos de proteção. Esta é, como já foi dito, a proteção reconhecida na maioria dos países vizinhos. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (_____, p. 71).

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar; e portador da solene obrigação de proteger e melhorar esse meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.¹⁰⁴

Mas a conclusão de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito fundamental do cidadão enseja outra questão: que direito fundamental é esse e de que forma pode ser exercido?

Para tanto, indispensáveis as palavras de Gilmar Mendes, em sua lapidar obra sobre o tema, ao diferenciar as inúmeras modalidades de direitos fundamentais entre direitos de defesa, direitos fundamentais enquanto normas de proteção de institutos jurídicos, direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício de liberdades, direitos às prestações positivas, direito à organização e ao procedimento; direitos de igualdade (hipótese de exclusão de benefício incompatível) e, por fim, direitos fundamentais e dever de proteção, assevera sobre os últimos, *verbis*:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa*) – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).¹⁰⁵

Esta parece ser a modalidade em que se enquadra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tem o indivíduo direito de fazer valer seu direito frente a qualquer um que venha a confrontá-lo, impondo-se ao Estado, se for o caso, a obrigação de fazer cessar a agressão ao bem jurídico tutelado praticada por seus agentes ou por particular. Trata-se, portanto, de um direito fundamental e dever de proteção.

O dever de proteção tem origem não só nos danos efetivamente causados ou perigos derivados da atividade humana mas também nos danos

¹⁰⁴

Disponível

em

<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>.
Visualizado em 15 jul 2015.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, p. 11.

naturais evitáveis. Conforme leciona Yarza, *“lo decisivo para activar la obligación protectora es la existência de uma responsabilidade estatal”*.¹⁰⁶

A responsabilidade ambiental, seja ela estatal ou coletiva, como dito alhures, ganha cada dia maior relevo, a ponto de o Papa Francisco, líder da Igreja Católica, ter redigido recente encíclica, intitulada *Laudato Si*, que, independentemente de seu viés religioso, interessa pela profundidade e adequação à temática ora tratada. Nesse sentido, destaco:

13. El desafío urgente de proteger nuestra casa común incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar. El Creador no nos abandona, nunca hizo marcha atrás en su proyecto de amor, no se arrepiente de habernos creado. La humanidad aún posee la capacidad de colaborar para construir nuestra casa común. Deseo reconocer, alentar y dar las gracias a todos los que, en los más variados sectores de la actividad humana, están trabajando para garantizar la protección de la casa que compartimos. Merecen una gratitud especial quienes luchan con vigor para resolver las consecuencias dramáticas de la degradación ambiental en las vidas de los más pobres del mundo. 21 Cf. Tomás de Celano, Vida segunda de San Francisco, CXXIV, 165: FF 750. 13 Los jóvenes nos reclaman un cambio. Ellos se preguntan cómo es posible que se pretenda construir un futuro mejor sin pensar en la crisis del ambiente y en los sufrimientos de los excluidos. 14. Hago una invitación urgente a un nuevo diálogo sobre el modo como estamos construyendo el futuro del planeta. Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos. El movimiento ecológico mundial ya ha recorrido un largo y rico camino, y ha generado numerosas agrupaciones ciudadanas que ayudaron a la concientización. Lamentablemente, muchos esfuerzos para buscar soluciones concretas a la crisis ambiental suelen ser frustrados no sólo por el rechazo de los poderosos, sino también por la falta de interés de los demás. Las actitudes que obstruyen los caminos de solución, aun entre los creyentes, van de la negación del problema a la indiferencia, la resignación cómoda o la confianza ciega en las soluciones técnicas. Necesitamos una solidaridad universal nueva. Como dijeron los Obispos de Sudáfrica, «se necesitan los talentos y la implicación de todos para reparar el daño causado por el abuso humano a la creación de Dios». 22 Todos podemos colaborar como instrumentos de Dios para el cuidado de la creación, 22 Conferencia de los Obispos Católicos del Sur de África, Pastoral Statement on the Environmental Crisis (5 septiembre 1999). 14

¹⁰⁶ YARZA, Fernando Simón, p. 260.

cada uno desde su cultura, su experiencia, sus iniciativas y sus capacidades.¹⁰⁷

3.4 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES: DIREITOS DE PROPRIEDADE, MORADIA E MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Após discorrer sobre os direitos de propriedade, moradia e meio ambiente ecologicamente equilibrado no decorrer do presente estudo, chega a hora de confrontá-los, para saber se é possível afirmar a primazia de quaisquer deles sobre os demais.

A colisão de direitos fundamentais não é questão inédita, sendo objeto de inúmeros e aprofundados estudos da melhor doutrina nacional e estrangeira. Neste, limitar-me-ei à tomada de alguns dos principais ensinamentos, nos termos do objetivo acima exposto.

Antes, porém, importante a noção de que os direitos fundamentais, assim como qualquer outro direito, não têm caráter absoluto. Apesar de parecer quase óbvia, tal afirmativa causa espécie perante a sociedade quando verificada uma suposta inobservância a determinado direito.

¹⁰⁷13. O desafio urgente de proteger a nossa casa comum inclui a preocupação de unir toda a família humana na busca de um desenvolvimento sustentável e abrangente, pois sabemos que as coisas podem mudar. O Criador não nos deixa, nunca o fez voltar atrás em seu plano de amor, que não se arrepende de ter criado. A humanidade ainda tem a capacidade de trabalhar em conjunto para construir a nossa casa comum. Eu gostaria de reconhecer, encorajar e agradecer a todos aqueles que, nos mais variados setores da actividade humana, estão trabalhando para garantir a proteção da casa que compartilhamos. Merecem especial gratidão aqueles que lutam vigorosamente para resolver as consequências dramáticas da degradação ambiental sobre as vidas dos mais pobres do mundo. 21 Cf. Tomás de Celano, o Second Life de San Francisco, CXXIV, 165: 13 750 FF Os jovens estão a pedir-nos para uma mudança. Eles se perguntam como é possível construir um futuro melhor, sem pensar sobre a crise ambiental e o sofrimento dos excluídos. 14. Eu faço um convite urgente de aprofundar o diálogo sobre a forma como estamos a construir o futuro do planeta. Precisamos de uma conversa que nos une a todos, porque o desafio ambiental em que vivemos, e suas raízes humanas, estamos interessados e impactar todos nós. O movimento ambiental global já percorreu um caminho longo e rico, e tem gerado inúmeros grupos cívicos que ajudaram a consciência. Infelizmente, muitos esforços para encontrar soluções concretas para a crise ambiental são muitas vezes frustrados não apenas pela rejeição dos poderosos, mas também pela falta de interesse dos outros. Atitudes que obstruem as formas de solução, mesmo entre os crentes, que vão desde a negação do problema à indiferença, resignação fé confortável ou cego em soluções técnicas. Precisamos de uma nova solidariedade universal. Como os Bispos da África do Sul disseram: "o talento e o envolvimento de todos são necessários para reparar os danos causados por abuso humano à criação de Deus." 22 Todos podemos trabalhar juntos como instrumentos de Deus para o cuidado da criação, 22 Conferência dos Bispos Católicos da África Austral, Declaração Pastoral sobre a Crise Ambiental (5 de Setembro, 1999). 14 cada a partir de sua cultura, a sua experiência, as suas iniciativas e capacidades. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (Encíclica Papal Laudato Si, 13/14. Disponível em <https://www.aciprensa.com/Docum/LaudatoSi.pdf>).

Não rara é a indignação de determinados setores da população quando veem um direito seu colocado de lado em razão de outro de maior peso, naquela situação concretamente considerada.

É o caso da liberdade de imprensa. Tal direito, de indiscutível importância, atrelado que está à liberdade de comunicação e expressão, pilar do Estado Democrático de Direito, por vezes não merece guarida do Estado, quando outro direito de igual relevância restar diminuído em níveis insuportáveis para a sobrevivência do mesmo Estado de Direito.

Este segundo direito não precisa ser politicamente relevante como o primeiro, no sentido de sustentar a própria democracia. Pode ele simplesmente se ater ao âmbito de uma única só pessoa, mas, para esta, mostrar-se de importância vital.

Como exemplo, imagine-se o confronto da intimidade e vida privada e a liberdade de imprensa. Poderia um veículo de comunicação divulgar fotografias de uma pessoa no interior de sua residência, obtidas clandestinamente, com o objetivo de expor sua figura pública em trajes íntimos? A impressão é que, nesta hipótese, o direito à liberdade de imprensa cede lugar ao direito à privacidade, na medida em que o primeiro não atenderia aos fins almejados por tal garantia.

Como este, pode-se pensar em inúmeros casos de confronto de direitos fundamentais¹⁰⁸, os quais precisam, diante do caso concreto, ser colocados lado e lado, numa espécie de filtro - no caso a Constituição, para aferir qual deles melhor se amolda ao sistema constitucional e ao ordenamento jurídico, devendo, por isso, ser privilegiado. É a chamada ponderação de interesses:

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o

¹⁰⁸CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1238.

princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quando possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.¹⁰⁹

Da lição do renomado autor podemos extrair importantes conclusões. A ponderação de interesses visa escolher o direito a sobressair em caso de aparente choque, utilizando-se, para tanto, dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Além disso, há que se preservar o “núcleo mínimo” ou conteúdo essencial, que segundo Jorge Miranda, “vem a ser a faculdade ou o feixe de faculdades destinadas à obtenção e à fruição do bem jurídico que lhe subjaz”¹¹⁰, vale dizer, não se pode desconsiderar por completo qualquer direito fundamental, mesmo na hipótese em que outro mereça prevalecer. No dizer de Luís Roberto Barroso, somente mediante tal operação, onde se verifique a compatibilidade dos meios empregados e os seus fins, poder-se-á admitir a limitação de um direito fundamental.¹¹¹

E é justamente essa compatibilidade entre meios e fins que explica o princípio da proporcionalidade, sem a qual qualquer ato estatal, seja ele administrativo ou normativo, será reputado inválido. Quando se tratar de ato normativo oriundo do Poder Legislativo, ou seja, lei, a mácula revestir-se-á da pecha da inconstitucionalidade, na medida em que o controle de constitucionalidade das leis também pode ser dar pela análise da adequação entre meios e fins do legislador.

O princípio da razoabilidade, por outro lado, não é outra coisa senão a proporcionalidade, tendo tais princípios, em suma, a mesma direção, apesar de origens diversas¹¹². Ainda segundo Barroso, “é um parâmetro de valoração dos atos

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 330.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge, p. 343.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto, p. 220.

do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”¹¹³

Ainda sobre a ponderação de interesses, lapidar o magistério de J.J. Gomes Canotilho, *verbis*:

A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma “moda” ou um capricho dos cultores de direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principial* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”...”¹¹⁴

Tal ponderação, assim, precisa se fundamentar em princípios, vetores maiores do ordenamento jurídico, de forma a determinar qual ou quais interesses ou direitos fundamentais cederão espaço a outros, e em qual medida deverão fazê-lo.

Além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, indispensável para tal operação é a utilização, ou melhor, a efetiva consideração do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio/valor da mais ampla abrangência e vetor maior de interpretação previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme exposto no item 2.3. No dizer de Fernando Simón Yarza:

Com el recurso a la dignidade humana, se trata de interpretar em clave personalista el significado de la <calidad de vida> y, por ende, del Derecho medioambiental. Esto significa que la tensión entre el progreso industrial y la preservación del medio há de resolverse em atención a la

¹¹² Segundo CARVALHO FILHO, “O princípio da proporcionalidade, que está ainda em evolução e tem sido acatado em alguns ordenamentos jurídicos, guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, p. 33)

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto, p. 224.

¹¹⁴ CANOTILHO, JJ Gomes, p. 1.237.

calidad de vida de la persona, la cual no puede subordinarse, dada su superior dignidade, ni a la indústria ni a la naturaliza.¹¹⁵

Das palavras do renomado professor espanhol, extrai-se a perfeita medida da ponderação de interesses entre propriedade, moradia e meio ambiente: a qualidade de vida do homem, como corolário da dignidade da pessoa humana. Ou seja, não é possível apontar, *a priori*, para nenhum destes direitos, de peso e importância indiscutíveis, sem que, diante do caso concreto, se possa definir qual deles melhor atende a qualidade de vida do homem.

Ressalte-se que, quando se pensa em dignidade humana e meio ambiente, ainda maiores controvérsias podem surgir, tendo em conta a constante tensão existente entre os interesses (econômicos) do homem, de um lado, e do meio ambiente, de outro.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.¹¹⁶

Importante consignar que a dignidade da pessoa humana, princípio/valor da mais ampla abrangência e vetor maior de interpretação previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme acima exposto, precisa ser tomando em seus

¹¹⁵ Com o recurso da Dignidade humana, trata-se de interpretar o significado de qualidade de vida e, conseqüentemente, do direito ambiental. Isto significa que a tensão entre Progresso industrial e preservação do meio ambiente há de ser resolvido em atenção à qualidade de vida da pessoa, que não pode ser subordinada, dada a sua superioridade, nem à indústria nem à natureza. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (YARZA, Simón. Medio Ambiente y Derechos Fundamentales. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2012, p. 19.)

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Direitos Fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

verdadeiros termos também na questão da proteção ambiental e do direito à moradia.

Afinal, de que modo se pode conferir tratamento digno a alguém que, desprovido de recursos, leva à cabo um processo de ocupação irregular da terra, muitas vezes desconsiderando não só o direito privado de terceiros mas também o direito ao meio ambiente equilibrado?

Certamente não há fórmula para tal desiderato. Uma análise profunda e comprometida com a melhor solução dos interesses em jogo somente será satisfatória se fizer prevalecer o direito que se revele de maior peso na disputa, sem ideias ou soluções preconcebidas.

Aliás, a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que inicialmente se possa imaginar, não penderá sempre em favor do direito à moradia. O meio ambiente constitui direito de crucial importância à sobrevivência das pessoas, das presentes e futuras gerações¹¹⁷, e, por isso, poderá prevalecer sobre a moradia, por mais necessário e justo que se apresente este direito fundamental.

Desse modo, pode-se observar que, no contexto da ordem constitucional brasileira, e nos termos da orientação definida pelo STF, o meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção (objetivo que é expressamente considerado pelo texto constitucional, na condição de dever de todos, compartilhado entre os Poderes Públicos e toda a sociedade) interessa à coletividade, e se faz em benefício das presentes e futuras gerações, sendo essa a qualidade do bem ambiental protegida pela Constituição.¹¹⁸

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser valorado em possível confronto entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente equilibrado, aliando-se àquele que, na prática, tutele de forma mais profunda e eficaz a vida humana, individualmente ou coletivamente considerada.

¹¹⁷Art. 225, CRFB/1988.

¹¹⁸AYALA, Patryck de Araújo. **O novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p, 420.

Grande desafio atual para o Poder Público é aliar o necessário desenvolvimento econômico e social com a preservação do meio ambiente, valor que ganha a cada dia maior peso.

Como garantir que as pessoas possam habitar e produzir em locais objeto da tutela ambiental, sem que isto acarrete a violação de um direito fundamental de indiscutível importância? Autores há que defendem a prevalência do meio ambiente em contraposição às inúmeras formas de intervenção humana, mesmo que esta preceda a tutela do meio ambiente.

Ao dizer ser o meio ambiente bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, quis o legislador assegurar a inapropriabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e sua ojeriza à alegação de direito adquirido à poluição anterior, pois não há direito contra o Direito, muito menos contra a Constituição. É clássica a regra de que “Os bens públicos de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças, pontes, viadutos) são inapropriáveis”, e, se inapropriáveis, também inalienáveis, pois a ninguém é lícito dispor daquilo que não lhe pertence. Essa máxima ganha contornos mais rígidos e claros na norma constitucional de tutela do meio ambiente.

[...]

Na mesma linha de raciocínio, tem-se, diante da letra clara da Constituição, ser impossível a desafetação ou desdestinação do meio ambiente, pois sua afetação para o uso comum, além de natural, é imposição constitucional, que não pode ser contestada, sem violação frontal do art. 225, *caput*. Pelas mesmas razões, não se admite a mudança de destinação ao uso público, “pelo qual o bem se desloca da classe dos bens de uso comum do povo para classe dos bens de uso especial das outras entidades infra-estatais, ou vice-versa.”¹¹⁹

Todavia, apesar de não se negar a imensa força cogente da norma constitucional a impor a preservação do meio ambiente, não há como se afiançar, de antemão, que esta sempre haverá de prevalecer.

A verdade é que o drama humano se revela, diuturnamente, de difícil solução, impondo ao Estado, inclusive pelas mãos do Poder Judiciário, eleger determinado direito em detrimento de outro, socorrendo-se, muitas vezes, de um princípio que se imponha no caso concreto. Sobre o tema, extraio:

¹¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 151-152.

A tolerância da edificação não conforme é, portanto, uma solução que encontra embasamento também no interesse social, especialmente quando se trate de imóveis residenciais, uma vez que o Poder Público não pode de uma hora para outra determinar a evacuação desses imóveis para demolição, a fim de que seus proprietários reergam outros em obediência às novas determinações legais. Isso já seria arbitrariedade. Mas esses imóveis desconformes ficam sujeitos àquelas restrições que já apontamos antes, quanto à vedação de ampliação da não-conformidade, a reformas que não sejam para segurança e aumento do conforto sem agravar a desconformidade, sem possibilidade de reconstrução, porque, como vimos, se o imóvel for demolido terá que ser novamente construído, com observância integral das novas exigências urbanísticas¹²⁰.

A chamada tolerância nada mais é, a nosso sentir, que a consequência de um processo de ponderação de interesses, antes aludido. Trata-se de obrigação do Estado aferir qual interesse melhor atende a qualidade de vida dos seus cidadãos, o que nem sempre se dará com a utilização de fórmulas ou conceitos pré-determinados.

Por vezes, admitir-se-á a violação de uma norma protetiva ao meio ambiente, por mais que isso possa parecer contraditório, por atenção à qualidade de vida das pessoas. É que o que se pode inferir do seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2013.047755-5, da Capital, Relator Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, onde se trata com perfeição a questão do confronto entre direito de propriedade, moradia e meio ambiente. Apesar de extenso, merece o registro:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PRETENDIDA ANULAÇÃO DE MULTA APLICADA EM VIRTUDE DE EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ENTORNO DAS DUNAS DOS INGLESES. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA INEQUIVOCADAMENTE CONSOLIDADA E RECATEGORIZADO COMO ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL PELA LEI MUNICIPAL N. 373/10. NORMA QUE AUTORIZA A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA LOCALIDADE. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO DA MULTA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO, RESPEITADOS OS REQUISITOS LEGAIS.

Não há como ser mantida a imposição de multa pelo fato de o imóvel estar em APP, visto que, em razão da Lei Complementar Municipal n. 373/10, a residência do autor passou a ser inserida em zona especial de

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300.

interesse social, condição que afasta a incidência do Código Florestal e implica na possibilidade de regularização do bem; lembrando, contudo, que a expedição de autorização para edificação dependerá dos demais requisitos legais porventura exigíveis.

[...]

SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. APELO DESPROVIDO. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA PARA ISENTAR A FLORAM DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS.

[...]

1. Adianto que o voto será no sentido de desprover o apelo e dar parcial provimento à remessa, para isentar a FLORAM das custas processuais.

2. A discussão no presente feito está relacionada à multa de R\$ 10.000,00 aplicada pela FLORAM (fl. 32), em virtude dos autos de infração n. 8435 e 11570 (fls. 25/24) que apontaram o descumprimento, pelo réu, da proibição de construir em área de preservação permanente, conforme dispõe o art. 90, da Lei n. 2.193/85 e o art. 2º, da Lei n. 4.771/65, in verbis:

Art. 93 - As áreas de preservação permanente (APP) são "non aedificandi", ressalvados os usos públicos necessários, sendo vedadas nelas a supressão da floresta e das demais formas de vegetação, a exploração e a destruição de pedras, bem como o depósito de resíduos sólidos.

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

Destaca-se que, apesar de aqueles autos não terem indicado qual o tipo de formação ou vegetação que torna a área de preservação permanente, é possível perceber que a casa do autor está edificada em local próximo a restinga fixadoras de dunas (inciso 'f' do art. 2º do Código Florestal vigente à época).

Com efeito, a discussão acerca da não aplicabilidade do Código Florestal em áreas urbanas consolidadas, é matéria reiteradamente discutida pelas Câmaras de Direito Público desta Corte, as quais, por sua vez, têm decidido no sentido de afastar a incidência daquele Código em zonas antropizadas (situação como a dos autos, constatada pelo o magistrado na inspeção judicial à fl. 190), atente-se:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL - CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO AFASTADO MAIS DE 15 METROS DE Córrego CANALIZADO - DISTÂNCIA DE RECUO EXIGIDA PELO CÓDIGO FLORESTAL (LEI N. 4.771/65) - ÁREA 'NON AEDIFICANDI' - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - REGIÃO TODA POVOADA - AUSÊNCIA DE MATA CILIAR - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE ANULOU O AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL.

Considerada a antinomia reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.018672-3, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 25-11-2010).

Assim, diante do contexto em que o imóvel está inserido, pode-se afirmar que a penalidade imposta afronta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que deve sempre nortear toda ação administrativa, impondo ao administrador não só proclamar decisões revestidas de regularidade formal, mas também que sejam substancialmente razoáveis e corretas, justificando-se com dados objetivos de modo a balancear o meio utilizado ao fim pretendido pela lei.

Segundo Luís Roberto Barroso (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282), a razoabilidade consiste na "adequação entre o meio empregado e o fim perseguido" devendo ser analisada a "necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados". A proporcionalidade em sentido estrito, inserida na própria idéia da razoabilidade, "consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima".

Neste sentido, colhe-se desta Corte, em caso análogo ao presente:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EDIFICAÇÃO NO ENTORNO DAS DUNAS DOS INGLESES. PRAIA DO SANTINHO. NEGATIVA DE LICENÇA PARA CONSTRUIR. FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DE QUE O IMÓVEL NÃO É SERVIDO POR VIA PÚBLICA COM DENOMINAÇÃO OFICIAL E ESTÁ LOCALIZADO EM APP, CONSIDERADA ÁREA NON AEDIFICANDI. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA REANÁLISE DO PEDIDO DE LICENÇA, AFASTADOS OS ÔBICES ALEGADOS. ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO EXPEDIDO. EDIFICAÇÃO CONCLUÍDA. HABITE-SE CONCEDIDO PELO MUNICÍPIO. (...).

APELAÇÕES CÍVEIS DO MUNICÍPIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REMESSA OFICIAL. SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTOS DIVERSOS. FATO SUPERVENIENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 462 DO CPC. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. RECURSOS E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

Não se olvida que compete ao Município, juntamente com a sociedade diretamente interessada, definir a política urbana, que é limitada pelo princípio da legalidade, mormente no que concerne à legislação ambiental, contudo, em restando comprovado que o imóvel é servido por

via pública com denominação oficial, e apesar de estar abrangido em área de preservação permanente, encontra-se situado em área urbana consolidada, com inúmeras edificações construídas ao longo dos anos no mesmo logradouro, ante a omissão do Poder Público Municipal. Necessidade de observância aos princípios da isonomia e da razoabilidade. Situação consolidada. Segurança jurídica. Ações civis públicas aforadas pelo Ministério Público Estadual postulando a demolição de centenas de residências localizadas na mesma área julgadas improcedentes e confirmadas em grau de recurso. Impacto social. Desproporcionalidade.

'[...] Definido o modo de ocupação das áreas do Município, também incumbe a este a fiscalização do cumprimento das diretrizes locais, bem como a iniciativa de tomar as providências necessárias à manutenção do meio ambiente equilibrado, conforme pré-estabelecido.

Não é razoável, por outro lado, que após longo período de omissão do Poder Executivo local, o Poder Judiciário seja impelido a resolver questão complexa, de forte impacto social, a qual o ente municipal convenientemente negligenciou.

[...] Assim, recomendável que o administrador público planeje e execute os meios viáveis de recuperação da área degradada de maneira global e eficaz.' (Ap. Cível n. 2009.057952-6, da Capital, Rel. Des. Luiz César Medeiros)" (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.009978-1, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 07-02-2012).

Com efeito, o caso em análise se encaixa na discussão sobre a não incidência das regras do Código Florestal em áreas urbanas antropizadas uma vez que, compulsando os documentos juntados pelo autor às fls. 201/266 e o mapa trazido pelo Procurador de Justiça (fl. 322), é possível perceber que a área em que está seu imóvel foi inserida em zona especial de interesse social pela Lei n. 373/10, veja-se:

Art. 1º Fica definida como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) a área localizada na UEP-53, Ingleses Sul, conforme demarcada no mapa anexo, escala 1:2.000, parte integrante desta Lei Complementar.

§ 1º A demarcação dessa área poderá ser alterada quando a Secretaria de Habitação e Saneamento Ambiental dispuser de diagnóstico físico-ambiental, análises urbanísticas e fundiárias, ou perfis sócio-econômicos da população local.

§ 2º Poderão ser incorporadas a ZEIS a que se refere o caput áreas contíguas necessárias à relocação de habitações ou implantações de equipamentos comunitários.

Art. 2º Na ZEIS desta Lei Complementar, o Poder Público fica autorizado a promover planos e projetos de regularização fundiária sustentável, urbanística e de edificações, nos termos da legislação específica, em especial a Lei Federal nº 10.257 de 2001, Estatuto da Cidade, e a Resolução CONAMA nº 369 de 2006.

Parágrafo Único - Os projetos de regularização fundiária e urbanística assegurarão a não ocupação de APPs remanescentes e a não ampliação do número de famílias e edificações que já ocupam a área, bem como deverão prever acessibilidade para pedestres e veículos de segurança, fazer reconhecimento oficial de logradouros e numeração de imóveis e propiciar a integração da comunidade com o entorno. [...]” (sem grifos no original)

Do julgado acima, extrai-se a perfeita ponderação de interesses a envolver os direitos de propriedade, moradia e meio ambiente, objetos do presente estudo. Percebe-se que o julgado, *in casu*, lançou mão dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade para assentar o maior peso do direito à moradia, ainda que confrontado pela necessidade de preservação ambiental de área legalmente tutelada.

Nota-se, pois, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor maior de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, de forma a privilegiar o direito que, diante do caso concreto, mostrou-se mais consentâneo às necessidades do homem.

3.5 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento sustentável é definido, segundo Yarza, no Informe *Brundtland* da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, de 1987, como o desenvolvimento que assegura as necessidades da presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para assumir suas próprias necessidades¹²¹.

Conforme leciona Gabriela Scotto ¹²², o conceito “expressa as expectativas de uma reformulação do ideário do desenvolvimento buscando responder, de alguma forma, às críticas sociais e ecológicas que emergiam de todos os lados.” Segundo a autora, com base em Klaus Frey, é possível estabelecer três abordagens sobre o desenvolvimento sustentável:

¹²¹ YARZA, Simón, p. 21.

¹²² SCOTTO, Gabriela, CARVALHO, Isabel Cristina de Moura e BELINASSO, Leandro. **Desenvolvimento sustentável**. 6 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011, p. 28.

- a) A *abordagem econômico-liberal de mercado* tem como pressuposto o da necessidade primordial de crescimento econômico; só mais crescimento garantirá e promoverá um desenvolvimento mais compatível com as exigências ambientais.
- b) A *abordagem ecológico-tecnocrata de planejamento* – quase no extremo oposto da anterior – acredita que qualquer proposta para a ação deverá estar norteadas pelo primado da sustentabilidade ecológica e da conservação da natureza, o que exige a presença de instituições com amplas forças de controle, de imposição e de intervenção.
- c) Finalmente, a *abordagem política de participação democrática* - que se faz presente em particular no contexto dos problemas dos países em desenvolvimento – almeja antes de tudo a defesa da humanidade ou uma vida digna para todos, o que, como consequência, deveria produzir também uma harmonia maior com a natureza.¹²³

Outro conceito vital e que não se confunde com desenvolvimento sustentável é o de sustentabilidade, que significa prudência, moderação. Segundo Maria Novo, *“se trata de utilizar los recursos renovables a la misma velocidad de su renovación, y de consumir los no renovables con las limitaciones que impone el considerarlos bienes de toda la Humanidad de difícil y lento reemplazo.”*¹²⁴

Muito se tem falado de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade, geralmente para dar contornos “verdes” a empreendimentos ou planos de intervenção humana no meio ambiente. Mas o que configuraria efetiva modalidade de desenvolvimento sustentável?

A nosso ver, qualquer atividade humana que, ao se utilizar de recursos naturais ou de qualquer forma intervier no meio ambiente para a consecução de determinada finalidade socioeconômica, promova a necessária ponderação entre os interesses a ela relacionados, quando divergentes e indissociáveis, tais como a propriedade, a moradia e a necessária preservação ambiental.

Mostra-se sustentável, assim, a forma de desenvolvimento que privilegie a dignidade da pessoa humana, e como tal, acarrete a melhor qualidade de vida do homem. No dizer de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

¹²³ _____, p. 63-64.

¹²⁴ Trata-se de utilizar os recursos renováveis na mesma velocidade de sua renovação, e de consumir os não renováveis com as limitações impostas ao se considerar que os bens de toda a humanidade são de difícil e lenta substituição. Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (NOVO, María. **El Análisis interdisciplinar de la problemática ambiental**. Madri: Fundación Universidad-Empresa, 1997, p. 23.

Dessa, forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.¹²⁵

A busca e a conquista de um 'ponto de equilíbrio' entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade. O critério do desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país.¹²⁶

Vale dizer que, ao se considerar um modelo de desenvolvimento humano sustentável, impõe-se a consideração de que não somente se faz necessária a preservação do meio ambiente, mas que esta precisa coexistir com modalidades intervencionistas já existentes ou por existir, dependendo, num ou noutro caso, a extensão da tutela que haverá de se estabelecer.

Tal constatação encontra amparo na abordagem política de participação democrática do desenvolvimento sustentável, acima referido. Ao privilegiar a dignidade da pessoa humana, o modelo de desenvolvimento *almeja antes de tudo a defesa da humanidade ou uma vida digna para todos*.

A atividade humana, aliás, é inerente à sua existência, assim como a vida e a preservação do meio ambiente. A pura e simples tutela ambiental, apesar de sua indiscutível importância, por certo não se mostraria apta à satisfação das necessidades humanas. Bem por isto, o desenvolvimento é considerado, inclusive, um direito humano, expressamente proclamado na Declaração do Direito ao Desenvolvimento de 1986 (DDD)¹²⁷. Sobre o tema, esclarece Mercedes Franco Del Pozo:

¹²⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.72.

¹²⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, p.79.

¹²⁷ Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Visualizado em 15 jul 2015.

El derecho ao desarrollo se conforma, al igual que el derecho al medio ambiente y como derecho de terceira generación que es, como um derecho y um deber de todas las personas y de todos los Estados. De este modo, de acuerdo con la DDD, todos los seres humanos, individual o colectivamente, tienen la responsabilidad de promover por medio de su participación, um orden político, social y económico favorable para el desarrollo (art. 2.2).¹²⁸

Nesse sentido, desenvolvimento sustentável não se confunde com preservação ambiental, pura e simples. Tal expressão tem o seu significado justamente na medida da ponderação de interesses aparentemente antagônicos, como dito acima.

A regularização fundiária, portanto, ao buscar conciliar tais interesses, pacificando situações há muito consolidadas em que pessoas habitam a despeito do título de propriedade e de qualquer preocupação ambiental, vai ao encontro da busca do equilíbrio, ou seja, do próprio desenvolvimento sustentável.

Não há atividade humana relevante que não produza efeitos ao seu redor, ou seja, ao meio ambiente. Tais efeitos precisam ser previamente considerados e mensurados, exatamente em um processo de ponderação que leve em conta os prós e contras da atividade a ser desenvolvida.

Como corolário, a regularização fundiária, ao invés de representar um risco ao meio ambiente, mostra-se instrumento do desenvolvimento sustentável na medida que, considerando os direitos fundamentais do homem à moradia e ao desenvolvimento, sem olvidar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, busque, assim, a melhor qualidade de vida na exata medida da sua dignidade.

¹²⁸ O direito ao desenvolvimento está em conformidade, como o direito ao meio ambiente e como um direito de terceira geração que é, como um direito e um dever de todas as pessoas e todos os Estados. Assim, de acordo com o DDD, todos os seres humanos, individual ou coletivamente, têm a responsabilidade de promover através da sua participação uma ordem político, social e econômica favorável (art. 2.2). Traduzido do espanhol livremente pelo autor. (POZO, Mercedes Franco del. **El Derecho Humano a um Medio Ambiente Adecuado**. In Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Nº 8. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000, p. 52.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, longe de buscar percorrer a vasta teoria acerca dos direitos fundamentais, teve como mote, ao focar o processo de regularização fundiária, enfatizar a relatividade dos direitos fundamentais, elegendo, para tanto, a relação e os possíveis conflitos entre os direitos de propriedade, de moradia e de proteção ao meio ambiente.

Para tanto, imprescindível um breve apanhado sobre os direitos individuais em paralelo à formação do Estado Nacional, para daí focar o direito de propriedade, viga mestra do Estado desde o seu nascedouro.

Ao inovar o ordenamento jurídico no tocante à perda/aquisição da propriedade privada, o princípio do devido processo legal não poderia ficar de fora de qualquer análise sobre o novo processo de regularização fundiária, como se buscou demonstrar.

A garantia de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal corrobora diretamente a preocupação do Estado em defender a propriedade privada, sendo a regularização fundiária um contraponto a ser por ela enfrentado.

Nesse sentido, há de se concluir que o processo de regularização fundiária não se atém aos padrões pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mas se enquadra perfeitamente ao mote de consagração da dignidade da pessoa humana.

Dignidade humana insculpida como princípio fundamental da República, e mais do que isso, verdadeiro vetor interpretativo de todo o ordenamento, especialmente nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais.

Apresenta-se, então, o direito à moradia, direito fundamental de cunho social incluído no rol do art. 6º da Constituição da República. Este direito, inicialmente correlato ao direito de propriedade, porquanto nascido como um de seus desdobramentos, passa cada vez mais a confrontá-lo, na medida em que a

ocupação da terra, historicamente, obedeceu a fatores socioeconômicos desiguais e injustos.

Percebe-se que o Poder Público, em quaisquer de seus níveis, tem se mostrado refratário ou, pelo menos, desidioso no tocante a qualquer espécie de política pública habitacional, especialmente para recepção e assentamento das pessoas que se movimentam em busca de uma melhor qualidade de vida.

Questão bastante tormentosa diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados ao princípio da igualdade, chamados de segunda dimensão. Neste sentido, é preciso estabelecer parâmetros para a efetivação do direito fundamental à moradia entre particulares, ou seja, a imposição a determinada pessoa do ônus de sua implementação em favor de outrem.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é o terceiro direito fundamental objeto de análise, mencionado pelo art. 225 da Carta Política. A par da controvérsia acerca de sua natureza ser de direito subjetivo ou mero dever estatal de proteção, trata-se de direito fundamental intergeracional por excelência, positivado na Constituição e garantidor da dignidade da pessoa humana, na medida que sua defesa e efetivação produz efeitos indelévels às gerações futuras.

Trata-se, pois, de um direito a ser reclamado por qualquer indivíduo perante o Estado e a coletividade, eis que o dever de proteção é de todos, indiscriminadamente.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se, portanto, como um supra princípio, vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico. Especialmente em caso de colisão de direitos fundamentais, deve-se recorrer ao seu ideal, apontando para qual direito melhor lhe atenda, no sentido de oferecer ao indivíduo existência digna.

Que os direitos fundamentais, como, aliás, todos os demais direitos, não se revestem de natureza absoluta, constitui afirmação cada vez menos controversa, notadamente no meio acadêmico. Mas o trato destes direitos no dia a dia,

especialmente pelas mãos do Estado, parece não acompanhar esta tendência, ao menos na extensão devida.

Invariavelmente, a proteção ao direito de propriedade, direito fundamental dos mais clássicos, tem sido levada a cabo inobstante a existência de outros direitos em jogo, de igual ou maior relevo diante do caso concreto.

Mesmo a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental das atuais e futuras gerações, não pode ser erigido à tal condição primordial, como se demonstrou em julgado do Tribunal Catarinense acima transcrito. Tem o homem igual direito à moradia e ao desenvolvimento, a lhe propiciar meios materiais para a subsistência digna.

Constata-se, assim, que a essencialidade de um meio ambiente preservado não pode se impor a qualquer custo, não obstante o seu imensurável valor para a vida humana. É que de igual importância, ou eventualmente até maior, é a necessidade, por exemplo, de moradia, sem a qual não tem o homem condições de sobreviver.

Em suma, qualquer escolha nesta seara é muito difícil. Optar entre a propriedade, a moradia ou o meio ambiente, quando tais direitos venham a colidir, constitui árdua missão, somente passível de êxito por meio da busca da preservação da vida humana de forma digna, o que, naturalmente, só se poderá perquirir diante do caso concreto.

O que se pretende, assim, é transpor a relatividade dos direitos fundamentais da teoria à prática, fazendo valer efetivamente aquele direito que se coadune com a garantia da dignidade humana na hipótese de colisão, traduzida em maior qualidade de vida do homem.

Somente assim se logrará o atingimento do chamado desenvolvimento sustentável, entendido como o desenvolvimento que assegura as necessidades da presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para assumir suas próprias necessidades, promova a necessária ponderação entre os interesses a ela relacionados.

O processo de regularização fundiária apresenta-se, assim, como instrumento de importância sem igual, onde os valores e direitos em jogo deverão ser objeto de dimensionamento e ponderação, resultando deste processo efetiva e inovadora forma de desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Direito à Moradia nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15 ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988.
- AYALA, Patryck de Araújo. **O novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Direitos Fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão. Título original: L'età dei Diritti.
- _____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Título original: Locke e Il diritto naturale.
- _____. **Teoria do Ordenamento**. 10 ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1999. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.
- _____. **Teoria Geral da Política: a filosófica política e as lições dos clássicos**; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000 – 20 reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Diário do Senado Federal, de 19 de Junho de 1996. Proposta de Emenda à Constituição n. 28, de 1996. Justificação.
- BRASIL. Lei n. 11.977, de 07 de Julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 jul. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm. Acesso em: 15 mai. 2015.
- CALDEIRA, Jorge. **História do Brasil com empreendedores**. São Paulo: Mameluco, 2009.
- Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARVALHO, L.G. Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2009.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 17 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.
- FACHIN, Luiz E. e RUZYK, Carlos E. P. **Dignidade Humana (no Direito Civil)**. In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Silvia Faber (supervisora). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Dignidade Humana (no Biodireito)**. In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio, organizadores; TORRES, Silvia Faber (supervisora). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina; Consultor jurídico Thélío de Magalhães. São Paulo: Martin Claret, 2009. Título original: *Leviathan, or Matter, form and Power of a commonwealth ecclesiastical and civil*.
- HUGUET, Clarissa Ribeiro. **The Dictatorship of the Drug traffic in the Slums of Rio de Janeiro vs. The International and National Human Rights Law**. Tese apresentada para conclusão do Programa LLM de Direito Internacional da Universidade de Utrecht, 2005.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARTÍNEZ, Carolina del Carmen Castillo. **Derecho Privado y Gestión Urbanística**. 1 ed. Madrid: La Ley Edita, 2010.
- MARX, Carl. **O Capital**. 3 ed. Bauru/SP: Edipro. Edição condensada por Gabriel Deville.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – O Estado e os Sistemas Constitucionais**. Tomo I. 9 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- _____. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. 1 ed. 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 86. Título original: L'esprit de Lois de Montesquieu.
- NOVO, María. **El Análisis interdisciplinar de la problemática ambiental**. Madri: Fundación Universidad-Empresa, 1997.
- OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PIOLI, Maria Sulema M. de Budin e ROSSIN, Antonio Carlos. **O Meio Ambiente e a ocupação irregular do espaço urbano**. Disponível em http://www.rbciamb.com.br/images/online/03_artigo_6_artigos112.pdf.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- POZO, Mercedes Franco del. **El Derecho Humano a um Medio Ambiente Adecuado**. In Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Nº 8. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROSATI, Horacio Daniel. **Teorías sobre el origen y justificación del Estado**. In Clève, Clemerson e Barroso, Luís Roberto (Orgs). Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional. V. III. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. 15 ed. São Paulo: Cultrix, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. V.1 - A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência** – 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2004.
- SCOTTO, Gabriela, CARVALHO, Isabel Cristina de Moura e BELINASSO, Leandro. **Desenvolvimento sustentável**. 6 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **A Evolução do Estado**. In Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional. CLÉVE, Clemerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto (Org). V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SOLÉ, Juli Ponce. **Poder local y guetos urbanos: las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social**. 1 ed. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer d' Estudis Autònoms i Locals, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.

Alexandre Morais da Rosa... [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, Andre Karam Trindade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TORRES, Marcos Alcino. **Impacto das Novas ideias na dogmática do direito de propriedade.** *In* Transformações do Direito de Propriedade Privada. Maurício Mota (org). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Em qué medida vinvulan a los particulares los derechos fundamentales?** *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

VENÂNCIO, Patrícia Gabai. **O resgate axiológico da gestão democrática da cidade na efetivação do direito à moradia.** *In*: MOTA, Maurício (Organizador). Transformações do direito de propriedade privada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berliner. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. Título original: La formation de la pensée juridique moderne.

YARZA, Simón. Medio Ambiente y Derechos Fundamentales. Madrid: Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2012.

ANEXO

Autos n. [Número do Processo]

Ação: [Classe do Processo no 1º Grau]/

[Tipo Completo da Parte Ativa Principal]: [Nome da Parte Ativa Principal]

Vistos etc.

[Nome da Parte Ativa Principal], já devidamente qualificados nos autos, ajuizaram ação de **regularização fundiária**, com fulcro na resolução n. 11/08 da CGJSC, pelos fatos e fundamentos constantes da inicial de fls., os quais, por brevidade, passam a integrar este *decisum*.

Juntaram documentos (fls.).

Recebida a inicial, foi determinada a citação dos confrontantes, bem como a notificação das fazendas (fl.).

Foram juntadas declarações de comparecimento espontâneo dos confrontantes da área objeto da demanda (fls.).

Intimadas as fazendas (Município à fl., União à fl. e Estado à fl.), estas não se opuseram à presente **regularização**.

Esgotadas as tentativas de localizar J.P., pessoa em cujo nome a área objeto encontra-se registrada, foi determinada a citação editalícia deste, dos possuidores dos lotes n. 22 e n. 151 (lindeiros), bem como dos supostos confrontantes indicados na certidão de registro imobiliário apenas como "moradores da praia de Itajaí" (fls. 1332/1333).

Foi nomeado curador especial, o qual observou que o imóvel estava registrado também em nome de H. R. J. C., bem como indicou outro endereço para a citação da pessoa de J. P. e sua esposa (fls. 1352/1353).

As novas tentativas de citação pessoal dos proprietários do imóvel e seus cônjuges restaram frustradas (AR às fls. 1357/1360 e 1367/1368).

Intimado o curador, este pugnou por novas tentativas de citação pessoal (fls. 1369/1370).

O Ministério Público requereu nova citação editalícia em nome dos proprietários e seus cônjuges, bem como em nome dos confrontantes "moradores da praia" (fls. 1373/1377).

É o relato do necessário.

Decido.

Nos termos do art. 8º, § 4º, da resolução n. 11/2008, "Somente em situações estritamente necessárias será designada audiência de instrução e julgamento a ser realizada sob o princípio da oralidade". Não sendo este o caso, passo ao julgamento do feito.

Cuida-se de ação de **regularização fundiária**, com fulcro na resolução n. 11/08 da CGJSC, ajuizada por FS e outros, na qual objetivam a **regularização** da ocupação da área conhecida como "Loteamento".

A resolução n. 11/2008 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina instituiu o projeto "Lar Legal", o qual tem por finalidade viabilizar a **regularização** de ocupações fundiárias não planejadas/autorizadas administrativamente, conferindo aos residentes destas, geralmente pessoas de poucos recursos, uma moradia condigna, com acesso à equipamentos e serviços públicos básicos.

O seu artigo 1º dispõe:

Art. 1º O registro de imóveis urbanos ou urbanizados, loteados, desmembrados, fracionados ou não, obedecerá o disposto nesta Resolução, especialmente nas hipóteses de:

- I - situações consolidadas;
- II - parcelamento do solo;
- III - registro de contrato;
- IV - estado de comunhão.

Parágrafo único. Ficam excluídas as áreas de risco ambiental, de preservação natural ou definidas em lei.

Já o parágrafo 1º do artigo 3º assim prevê:

Considera-se situação consolidada aquela em que a ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indique a irreversibilidade da posse que induza ao domínio.

Como se pode observar, os documentos constantes dos autos, em especial a certidão de fls. 1063, expedida pela Diretoria de Gestão e Controle Patrimonial do Município de Navegantes, a planta da área sobre a qual recai a presente **regularização** (fl. 1307) e os documentos de fls. 578/1061, demonstram que na área existem edificações, muitas das quais os autores estabeleceram suas residências, lougradouros públicos definitivos, dentre outros equipamentos públicos, como escolas municipais.

Nessa senda, é inarredável a conclusão de que o "loteamento O." consiste em "situação consolidada" conforme previsão legal supra, e, portanto,

aplicável ao caso em tela o procedimento de **regularização fundiária** regulamentada pela resolução n. 11/2008 do CM.

Faz-se, assim, à análise da satisfação dos requisitos para **regularização fundiária**.

Nos termos do *caput* do artigo 3º da resolução n. 11/2008 do CM, "Em situações consolidadas, deverá o Juiz de Direito autorizar o registro acompanhado tão-só dos documentos indicados no artigo anterior".

E o artigo 2º da resolução dispõe:

Art. 2º Em se tratando de imóvel público ou submetido à intervenção do Poder Público, deverá o Juiz de Direito, com competência em Registros Públicos, autorizar ou determinar o registro, desde que instruído o pedido com os seguintes documentos:

I - título de propriedade do imóvel (art. 18, I, da Lei n. 6.766/79) ou Justificação Judicial da Posse (art. 3º, § 1º, desta Resolução);

II - certidão negativa de ação real ou reipersecutória referente ao imóvel expedida pelo respectivo Ofício do Registro de Imóveis;

III - certidão de ônus reais relativos ao imóvel;

IV - planta simplificada do imóvel e respectiva descrição, emitidas com a concordância do Município, sendo que, nas hipóteses de **regularização** coletiva, bastará planta única que contenha a situação geral da área com a devida individualização dos imóveis.

A justificação judicial da posse (inciso I) assenta-se na já mencionada certidão de fls. 1063, da Diretoria de Gestão e Controle Patrimonial do Município de Navegantes, bem como na planta da área sobre a qual recai a presente **regularização** à fl. 1307 e documentos de fls. 578/1061, os quais demonstram que a área conhecida como "Loteamento O." consiste em "situação consolidada".

As negativas de ação real ou reipersecutória (inciso II) e de ônus reais (inciso III) constam da certidão de fl. 1342v.

A planta da área à fl. 1037 e os memoriais descritivos e plantas individuais dos lotes de fls. 395/576 e 1340/1341 atendem o requisito do inciso IV.

No mais, é necessário ressaltar que o imóvel, devidamente individualizado na inicial, encontra-se registrado em nome de J. P. e H. R. J. C.

Foram realizadas várias tentativas de localização pessoal destes, bem como de seus cônjuges, restando todas infrutíferas.

O curador especial pugnou pela tentativa de citação do proprietário H. e sua esposa nos endereços por ele fornecidos e, caso infrutífera, a

citação destes por edital, já que o expedido às fls. 1345/1346 destinava-se apenas ao coproprietário J. P.

Remetidos os autos ao Ministério Público, este manifestou-se por novo edital para citação de Y. P., esposa de J.P., de H. R. J. C. e sua esposa, bem como das pessoas apenas conhecidas como "Moradores da praia".

Contudo, equivocada a manifestação do curador especial. Isso porque foram expedidos ofícios a dois endereços distintos na tentativa de citação de H. R. J. C. e sua esposa. Os de fls. 1359/1360 foram expedidos ao endereço obtido por este juízo em consulta ao sistema INFOSEG e os de fls. 1367/1368, muito provavelmente não observados pelo curador, ao endereço por ele informado na petição de fls. 1352/1353. Todas as tentativas quedaram-se infrutíferas.

Quando à expedição de novo edital, requerida tanto pelo curador quanto pelo Ministério Público, entendo-a descabida. Isso porque o edital expedido para citação de J. P. foi suficiente para cientificar não apenas este, como também os demais coproprietários do imóvel e todos os interessados acerca da existência da presente demanda.

Esgotadas as tentativas de localização dos proprietários do imóvel sobre o qual recai a demanda, bem como inexistindo elementos suficientes para identificação de supostos confrontantes da área e expedido o competente edital citatório, entendo suprida a citação das pessoas acima.

Salienta-se ainda que a quase totalidade dos lindeiros particulares apresentaram declaração de comparecimento espontâneo (fls. 1179/1254 e fl. 1337/1338). Não consta dos autos apenas o comparecimento espontâneo dos possuidores dos lotes n. 22 e n. 151, bem como os referidos "moradores da praia", em virtude das dificuldades na sua localização/identificação.

Todavia, suas citações foram supridas pelo edital citatório expedido, a exemplo das pessoas em cujo nome a área encontra-se registrada.

Além disso, nos termos do art. 13 da resolução "O registro e a respectiva matrícula, se for a hipótese, poderão ser cancelados em processo contencioso, por iniciativa de terceiro prejudicado ou do Ministério Público, nas situações previstas em lei, em especial nas hipóteses do art. 216 da Lei n. 6.015/73", ou seja, caso eventualmente prejudicados, poderão obter o cancelamento do registro mediante a competente ação.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido de **regularização fundiária** formulado pelos autores nominados à inicial para declarar o domínio sobre as respectivas áreas individualizadas na planta da área de fl. 1307, mapas e memoriais descritivos dos lotes individuais de fls. 395/576 e 1340/1341, servindo a presente decisão como título para registro no

Ofício de Registro de Imóveis, resolvendo o mérito da causa com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas da lei.

Sem honorários.

Fixo em 6 URH a remuneração do curador especial.

Expeça-se o competente certidão.

P. R. I.

Notifique-se o Ministério Público.

[Município da Vara] (SC), [Data do Sistema por Extenso].

Marcos d'Avila Scherer
Juiz de Direito