Capítulo 2

A Regularização Fundiária Urbana: Construção de um Modelo Valorizador da Posse como Forma de Garantir a Democratização do Acesso à Terra

2.1 O impacto da regularização fundiária no território: a prevalência da situação jurídica possessória frente à situação proprietária

2.1.1. A relação entre industrialização, urbanização e o desenvolvimento do capitalismo: o valor de uso e o valor de troca no fluxo do capital para o ambiente urbano

> A imagem do inferno urbano que se prepara não é menos fascinante, e as pessoas se precipitam em direção às ruínas das cidades antigas a fim de consumi-las turisticamente, acreditando assim curar a saudade que sentem.
>
> *Henri Lefebvre*

O presente capítulo pretende demonstrar que a cidade é um centro de escoamento de capital e que a forma como a população é fixada no solo urbano segue essa lógica. A própria produção normativa vai contribuir para consolidar essa sistemática. O processo de industrialização, especialmente da forma como ocorreu no Brasil, e sua vinculação com a urbanização, moldaram a cidade para ser um centro de valor de troca. A formação do espaço urbano favoreceu a especulação imobiliária, com a produção de ambientes segregados. Por isso, construir um sistema de regularização fundiária valorizador da posse é uma tentativa de romper com essa dinâmica.

Com a invasão da cidade pelo capital, em suas mais diversas formas, ter um modelo de regularização fundiária pautado na situação jurídica proprietária é um modo de perpetuar e consolidar a apropriação do

espaço urbano por essa lógica capitalista. Com as barreiras criadas no acesso à terra urbana, conforme exposto no primeiro capítulo, resta ao cidadão de menor potencial econômico a apropriação do espaço por meio de ocupações. A legislação posterior à CRFB/88, que estabelece um sistema de regularização fundiária pautado na situação possessória, permite a esses ocupantes acessarem as áreas mais próximas dos locais de infraestrutura.

Quando a proteção da posse é preterida em favor da propriedade, os ocupantes informais podem ser deslocados de forma mais simples de onde estão assentados, potencializando a fluidez no território e contribuindo para um espaço urbano segregado, como será demonstrado no presente capítulo. Essa lógica é impulsionada pela Lei nº 13.465/2017, que altera de modo significativo o sistema de regularização fundiária urbana, estabelecendo a propriedade como norte.

Como o capital "invade" a cidade? O que significa essa afirmação? Para que seja possível concluir que a urbanização foi pautada para atender ao escoamento do capital proveniente do campo, especialmente no período pós-industrialização, é imprescindível a avaliação e constatação empírica de como esses fenômenos estão associados.

Para o início da reflexão, devemos retornar à Paris da década de 1970, ambiente de reflexão de Henri Lefebvre, e todas as transformações que aquela cidade vinha sofrendo, sobretudo em razão da chamada "invasão do capital". Nesse contexto, David Harvey afirma que:

> contra o pano de fundo da invasão de Paris pelo capital empresarial norte-americano, [estava] a guerra do Vietnã (outrora um assunto de grande interesse dos franceses, mas que fora então assumido pelos Estados Unidos), um vigoroso crescimento da construção de estradas de rodagem e arranha-céus e a chegada de um consumismo irracional às ruas e lojas da cidade[183].

No trecho citado, o autor faz menção a formas comuns de fluxo de capital no ambiente urbano, como mercado imobiliário, comércio com grande incentivo ao consumismo e obras de infraestrutura. Essa

[183] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 10-11.

apropriação do território, por parte do capital, vai definir as características da vida urbana. O conteúdo da cidade pode ser pensado e implementado das mais diversas maneiras, como uma verdadeira folha em branco, que será reivindicada por inúmeros grupos, como incorporadores, empreiteiras, financistas, comerciantes; ou moradores de rua, trabalhadores informais, estudantes, imigrantes, entre outros. A luta para atribuir um significado à cidade é travada nos mais diversos espaços, constituídos ou constituintes, e a lógica para torná-la um centro de reprodução do capital tem prevalecido[184].

A "cidade" é de quem? Para quem? Qual sua finalidade? A quais interesses deve atender? Diante das inúmeras respostas possíveis a esses questionamentos, e independentemente de qual optarmos por seguir, o fato é que todas estão em disputa. Historicamente, a partir da análise que se pretende realizar na presente pesquisa, percebe-se que o espaço urbano foi apropriado para atender a uma determinada demanda: o escoamento de capital proveniente da industrialização. A partir disso, Lefebvre persegue um entendimento da cidade através desse processo de surgimento e atuação das indústrias[185], afirmando, inclusive, a existência de uma simbiose entre industrialização e urbanização.

Como já exposto no capítulo anterior, a questão urbana deve ser analisada a partir do percurso da industrialização, que, necessariamente, é o ponto de partida de todas as transformações sociais recentes[186]. A sociedade urbana, como a conhecemos hoje, é uma consequência direta desse fenômeno, mesmo que a própria cidade seja uma manifestação social preexistente a ela. Com isso, é possível partir da afirmação de que cidade e indústria caminham juntas e na mesma direção.

Antes da industrialização, já existia a cidade nos modelos oriental, arcaico (grega ou romana) e medieval (inserida em relações feudais, mas em luta contra o próprio feudalismo). Esse modelo medieval representava uma cidade comercial, artesanal e bancária, em que já havia uma concessão

---

[184] De acordo com Harvey: "o direito à cidade é um significado vazio. Tudo vai depender de quem lhe vai conferir significado. Os financistas e empreiteiros podem reivindicá-lo, e têm todo o direito de fazê-lo. Mas os sem-teto e *sans papiers* também o podem […]. A própria definição de 'direito' é objeto de uma luta, e essa luta deve ser concomitante com a luta por materializá-lo". O autor destaca, ainda, que a expressão francesa "sans papiers" refere-se a estrangeiros sem documentos, ou seja, imigrantes ilegais. (Ibid., p. 20.)

[185] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade.* 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016.

[186] Ibid., p. 11.

incipiente de crédito, integrando os mercadores, que antes eram nômades e estavam relegados para fora dela. Dessa forma, quando tem início o processo de industrialização, com o surgimento do capitalismo concorrencial – modelo que tem como pilar a produção e a circulação dos excedentes gerados por ela – e de uma burguesia industrial, a cidade já tem uma poderosa realidade social, política e econômica.

Por sua vez, quando esse processo se consolida, a cidade é um centro comercial robusto, em cuja economia a produção de riqueza se dá por meio da troca de mercadorias provenientes da agricultura e mantida por mercadores ambulantes. O capital imobiliário se torna cada vez mais móvel, e o processo de financeirização é alavancado através da estabilização de um verdadeiro capitalismo urbano. Sobre o tema, afirma Lefebvre:

> Ao mesmo tempo, o capitalismo comercial e bancário já tornou móvel a riqueza e já constituiu circuitos de trocas, redes que permitem as transferências de dinheiro. Quando a industrialização vai começar, com a preeminência da burguesia específica (os "empresários"), a riqueza já deixou de ser principalmente imobiliária. A produção agrícola não é mais predominante, nem a propriedade da terra. As terras escapam aos feudais e passam para as mãos dos capitalistas urbanos enriquecidos pelo comércio, pelo banco, pela usura[187].

O processo de urbanização certamente não foi impulsionado ao acaso. Ele aconteceu de forma consciente e seletiva, já que foi levado a cabo desde a industrialização, por forças sociais específicas. No período pós-industrial, esse processo concentrou riquezas no ambiente urbano e fomentou um consumismo exagerado, transformando bens essenciais para a vida humana, como a própria terra, em simples mercadoria, e

[187] De acordo com Lefebvre: "O núcleo urbano torna-se, assim, produto e consumo de uma alta qualidade para estrangeiros, turistas, pessoas oriundas da periferia, suburbanos. Sobrevive graças a esse duplo papel: lugar de consumo e consumo do lugar. Assim, os antigos centros entram de modo mais completo na troca e no valor de troca, não sem continuar a ser valor de uso em razão dos espaços oferecidos para atividades específicas. Tornam-se centros de consumo […]. Mas hoje o valor de troca prevalece a tal ponto sobre o uso e o valor de uso que quase suprime este último" (p. 20). (LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade.* 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 12-13.)

privilegiando, dessa forma, o valor de troca sobre o valor de uso. A segregação do espaço urbano é, portanto, a realidade desse modo de se conduzir a urbanização, potencializando a divisão socioespacial, em que a situação de informalidade de algumas ocupações aumenta e facilita o deslocamento de seus moradores[188].

Com a consolidação dessa dinâmica nas cidades, os holofotes passam a jogar luzes para o embate entre "valor de uso" e "valor de troca", e para o papel da cidade como centro de produção de ambos, ou de apenas um deles[189]. A industrialização faz com que os centros urbanos se tornem a arena desse conflito. Além disso, ela impõe uma alteração na própria dinâmica da cidade, que deixa de ser o berço de um tipo de capitalismo comercial e bancário, com produção artesanal – conforme o modelo urbano medieval, de que se falou há pouco –, e passa a estruturar uma produção industrial, com um capitalismo concorrencial. Tal fato se consolida mesmo com as grandes indústrias sendo constituídas fora das cidades, que são utilizadas apenas para escoar seus produtos, potencializando a troca, frente ao uso. Assim, a formação da indústria passa a se confundir com a própria formação da cidade.

Henri Lefebvre identifica o contexto que se forma chamando-o de duplo processo (industrialização e urbanização), com essas duas frentes que caminham juntas, mas em constante conflito. De acordo com o autor: "existe, historicamente, um choque violento entre a realidade urbana e a realidade industrial […]. Esse processo dialético, longe de estar elucidado, está também longe de ter terminado"[190]. Nessa linha, em razão do fluxo de capital (valor de troca), a industrialização pode ser responsável por produzir cidades, extingui-las, e até mesmo esvaziar algumas que antes eram superpopulosas.

---

[188] De acordo com Harvey: "Reivindicar o direito à cidade no sentido que aqui proponho equivale a reivindicar algum tipo de poder configurador sobre os processos de urbanização, sobre o modo como nossas cidades são feitas e refeitas, e pressupõe fazê-lo de maneira radical e fundamental. Desde que passaram a existir, as cidades surgiram da concentração geográfica e social de um excedente de produção". (HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 30.)

[189] Lefebvre analisa essa dicotomia da seguinte forma: "a cidade e a realidade urbana dependem do valor de uso. O valor de troca e a generalização da mercadoria pela industrialização tendem a destruir, ao subordiná-las a si, a cidade e a realidade urbana, refúgios do valor de uso, embriões de uma virtual predominância e de uma revalorização do uso". (LEFEBVRE, op. cit., p. 14.)

[190] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade.* 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 16.

Confirmando a ligação íntima entre o desenvolvimento do capitalismo e o processo de urbanização, com influência direta na formação socioespacial das cidades, Harvey afirma que:

> A urbanização sempre foi, portanto, algum tipo de fenômeno de classe, uma vez que os excedentes são extraídos de algum lugar ou de alguém, enquanto o controle sobre o uso desse lucro acumulado costuma permanecer nas mãos de poucos (como uma oligarquia religiosa ou um poeta guerreiro com ambições imperiais). Essa situação geral persiste sobre o capitalismo, sem dúvida, mas nesse caso, há uma dinâmica bem diferente em atuação. O capitalismo fundamenta-se, como diz Marx, na eterna busca de mais-valia (lucro). Contudo, para produzir mais-valia, os capitalistas têm de produzir excedentes de produção. Isso significa que o capitalismo está eternamente produzindo os excedentes de produção exigidos pela urbanização. A relação inversa também se aplica. O capitalismo precisa da urbanização para absorver o excedente de produção que nunca deixa de produzir. Dessa maneira, surge uma ligação íntima entre o desenvolvimento do capitalismo e a urbanização. Não surpreende, portanto, que as curvas logísticas do aumento da produção capitalista sejam, com o tempo, muito semelhantes às curvas logísticas da urbanização da população mundial[191].

A formação do capitalismo concorrencial, após o processo de industrialização, criou um ambiente em que as riquezas produzidas deveriam ser consumidas, já que tudo foi transformado em mercadoria. O espaço urbano foi capaz de concentrar o destino de tais mercadorias, sendo, portanto, apreendido por um interesse específico. Materializava-se, assim, um tipo determinado de "direito à cidade", um verdadeiro "capital globalizante e urbanizador"[192].

Após a Revolução Industrial, o modelo capitalista que se estabeleceu foi o concorrencial, que como já se explicou, é baseado no aproveitamento dos excedentes da produção industrial. Nessa lógica, a

[191] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 30.
[192] Ibid., p. 20.

cidade é o ambiente perfeito para o escoamento desse excedente, criando, portanto, essa relação simbiótica entre modo de produção capitalista e urbanização. Tudo isso é potencializado com a evolução tecnológica, que permite que o capitalista ignore as distâncias geográficas e obtenha maior capacidade de produção, a partir do barateamento da mão de obra, da ampliação do mercado consumidor e do consequente ganho de mercado.

É nesse contexto bipartido (industrialização *versus* urbanização) que surge o ponto central de análise proposta neste trabalho: a especulação com a terra urbana. Analisando tal dinâmica, especialmente acerca da urbanização, Lefebvre afirma, a partir da realidade francesa, que:

> Tanto mais que a economia desse país depende estreitamente deste circuito: especulação com a terra, "criação" de capitais por esse caminho, investimento destes capitais na construção e assim por diante. Circuito frágil que pode se romper a todo instante, que define um tipo de urbanização sem industrialização ou com uma fraca industrialização, mas com uma rápida extensão da aglomeração, especulação com os terrenos e imóveis, prosperidade ficticiamente mantida pelo circuito[193].

A industrialização e a utilização da cidade como forma de consolidação do valor de troca fazem com que os centros rurais praticamente deixem de existir no formato pré-industrial. A cidade passa a ser o local de migração dos antigos camponeses, para onde vão buscar trabalho e o mínimo para a subsistência. A formação de um ambiente urbano segregado faz parte desse processo, que é pautado na divisão socioespacial do trabalho[194].

As relações dialéticas que surgem a partir da dinâmica social que se instaura (urbanização e industrialização, valor de uso e valor de troca) sofrem algum tipo de controle ou caminham livremente, seguindo a construção social como um processo independente em si mesmo? Tais

[193] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade.* 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 17.

[194] De acordo com Lefebvre: "Os subúrbios, sem dúvida, foram criados sob a pressão das circunstâncias, a fim de responder ao impulso cego (ainda que motivado e orientado) da industrialização, responder à chegada maciça dos camponeses levados para os centros urbanos pelo 'êxodo rural'. Nem por isso o processo deixou de ser orientado por uma estratégia". (Ibid., p. 24.)

embates criam o que Lefebvre chama de "crise da cidade", em suas formas teórica e prática[195].

Esse processo não é natural, pelo contrário, ele decorre de uma intervenção realizada pelo próprio Estado ou pelos atores do capital. Uma das formas mais comuns de escoar os excedentes de capital na cidade é por meio de obras de infraestrutura ou de construção de moradias, ou seja, transferindo-o para o mercado imobiliário e garantindo sua reprodução no próprio ambiente urbano. A título de exemplo, é possível observar essa dinâmica na própria formação da cidade do Rio de Janeiro, como exposto no capítulo anterior, em que a produção do espaço foi determinada, basicamente, por orientação do capital internacional e daquele vindo do campo.

A referida dinâmica também está presente, como já demonstrado, no processo de urbanização parisiense, pautado nas ideias do barão Haussmann. A Paris "haussmanniana", no período das intervenções urbanísticas, era uma cidade que já especulava com a terra, garantindo que apenas as pessoas mais abastadas e as grandes empresas tivessem acesso a suas regiões centrais. Essa dinâmica tem como consequência a formação de uma "suburbanização", causando uma verdadeira descentralização da capital francesa, que se repete em outros modelos urbanos semelhantes[196].

Deve-se ter em mente que uma cidade é modificada a partir de seus processos produtivos. Isso significa dizer que a forma como a urbanização se dará nela dependerá do fato de tratar-se de uma cidade arcaica, feudal, cidade oriental ou até mesmo de uma cidade capitalista, comercial e industrial, cuja formação tenha acompanhado a própria ascensão do capitalismo[197].

---

[195] Ainda: "Na teoria, o conceito de cidade (da realidade urbana) compõe-se de fatos, de representações e de imagens emprestadas à cidade antiga (pré-industrial, pré-capitalista) mas em curso de transformação e de nova elaboração. Na prática, o núcleo urbano (parte essencial da imagem e do conceito de cidade) está rachando, e, no entanto, consegue se manter; transbordando, frequentemente deteriorado, às vezes apodrecendo, o núcleo urbano não desaparece". (Ibid., p. 21.)

[196] De acordo com Lefebvre: "A consciência social vai deixar pouco a pouco de se referir à produção para se centralizar em torno da cotidianidade, do consumo. Com a 'suburbanização' principia um processo que descentraliza a cidade. Afastado da cidade, o proletário acabará de perder o sentido da obra. Afastado dos locais de produção, disponíveis para empresas esparsas a partir de um setor de *habitat*, o proletariado deixará de esfumar em sua consciência a capacidade criadora. A consciência urbana vai se dissipar". (LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 24-25.)

[197] Ibid., p. 59.

A partir dessa dinâmica, Henri Lefebvre sugere uma definição para cidade – já indicando sua insuficiência e sem excluir outras –, como sendo a "projeção da sociedade sobre um local". Como continua o próprio autor:

> além do mais, teria de ser evidenciado o papel histórico da cidade: aceleração dos processos (a troca e o mercado, a acumulação dos conhecimentos e dos capitais, a concentração desses capitais) e local das revoluções. Atualmente, tornando-se centro de decisão, a cidade moderna intensifica, organizando-a, a exploração de toda a sociedade (não apenas da classe operária como também de outras classes sociais não dominantes). Isto é dizer que ela não é um lugar passivo da produção ou da concentração dos capitais, mas sim que o urbano intervém como tal na produção (nos meios de produção)[198].

Levando em conta a participação direta da própria cidade não apenas na formação do território, mas na da própria sociedade, torna-se imprescindível, além de uma abordagem a partir de sua forma, também uma a partir de sua função. De acordo com a percepção de Lefebvre, é possível observar:

> as funções da cidade em relação ao território (campo, agricultura, aldeias e vilarejos, cidades menores e subordinadas em uma rede), e finalmente as funções da cidade – de cada cidade – no conjunto social (divisão técnica e social do trabalho entre as cidades, redes diversas de relações, hierarquias administrativas e políticas)[199].

Essa ressignificação da cidade e do próprio "direito à cidade" é simbolizada por Lefebvre na busca por uma centralidade. Nessa linha, David Harvey afirma que a "centralidade tradicional da cidade foi destruída"[200], sendo sua restauração um dos objetivos dos diversos grupos urbanos que lutam pelo direito a ela.

---

[198] Ibid., p. 63.
[199] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 65.
[200] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 23 e 28. De acordo com o autor: "O direito à cidade é, portanto, muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: é um

De acordo com as reflexões realizadas no capítulo anterior e essa análise inicial do ideário de Lefebvre e Harvey, é possível estabelecer alguns pressupostos acerca dessa perda de centralidade no ambiente urbano. Pode-se afirmar que a formação da cidade – destacando que o foco do presente estudo recai sobre a realidade brasileira –, atendeu ao objetivo de escoamento dos excedentes do capital rural, garantindo sua reprodução. Essa dinâmica pode ocorrer sob as mais diversas formas, criando mercadorias novas para serem consumidas nessa cidade que surge, como exemplificou Lefebvre, ou tratando a própria terra urbana como mercadoria – esta última integra o objeto da presente pesquisa.

O tratamento de mercadoria dado à própria terra urbana é, portanto, uma das formas de reprodução do capital nas cidades. A produção normativa brasileira do século XIX e início do XX estabeleceram os parâmetros dessa mercantilização, especialmente com a absolutização do direito de propriedade, após uma farta distribuição de terras. Com isso, as cidades brasileiras já nascem com seu território estratificado, dividido, recortado. Apenas os proprietários da terra urbana participam da criação da cidade, fazendo com que os "não proprietários" vivam em subúrbios, o que leva à formação de uma verdadeira periferia desurbanizada, mas dependente da cidade, como no caso do Rio de Janeiro, com a dicotomia centro-subúrbio.

Após a Segunda Guerra Mundial, Lefebvre descreve a crise de moradia que ocorreu na França, em que o Estado foi "chamado" a ser um produtor do espaço urbano, que até então estaria nas mãos do mercado. Retratando o momento e a dificuldade do reconhecimento da moradia como serviço público, Lefebvre afirma:

> Seria possível dizer que a função pública se encarregava daquilo que outrora entrava em uma economia de mercado. Sem dúvida. Mas nem por isso a habitação se torna um serviço público. Por assim dizer, o direito à moradia aflora na consciência social. Ele se faz reconhecer de fato na indignação

direito de mudar e reinventar a cidade mais de acordo com os nossos mais profundos desejos. Além disso, é um direito mais coletivo do que individual, uma vez que reinventar a cidade depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e às nossas cidades, como pretendo argumentar, é um dos nossos direitos humanos mais preciosos, ainda que um dos mais menosprezados. Qual seria, então, a melhor maneira de exercê-lo?".

> provocada pelos casos dramáticos, no descontentamento engendrado pela crise. Entretanto, não é reconhecido formal e praticamente, a não ser como um apêndice dos "direitos do homem". A construção a cargo do Estado não transforma as orientações e concepções adotadas pela economia de mercado. Como Engels previra, a questão da moradia, ainda que agravada, politicamente apenas desempenha um papel menor. Os grupos e partidos de esquerda contentam-se com reclamar "mais casas". Por outro lado, não é um pensamento urbanístico que dirige as iniciativas dos organismos públicos e semipúblicos, é simplesmente o projeto de fornecer moradias o mais rápido possível pelo menor custo possível. Os novos conjuntos serão marcados por uma característica funcional e abstrata: o conceito do *habitat* levado à sua forma pura pela burocracia estatal[201].

Na descrição de Lefebvre, a produção de moradia por parte do Estado não teve o condão de planejar uma integração entre os diversos setores da cidade; ao contrário, ela tão somente manteve a segregação instituída. A construção civil em Paris seguia a lógica da especulação dos terrenos e dos próprios apartamentos construídos. A produção de moradia, inevitavelmente, era fonte geradora de riqueza mobiliária (dinheiro).

A mercantilização do espaço urbano é a estratégia desse modelo de urbanização que torna o citadino um consumidor do próprio espaço. A exaltação da cidade como valor de troca faz com que os próprios lugares, e não apenas a terra urbana, sejam objeto do consumo. Esse urbanismo especulativo privilegia o escoamento e a produção de riqueza, em face da participação na própria vida da cidade. Com isso, o mercado imobiliário posiciona os excedentes de capital nas novas construções. Trata-se de um processo urbano que se tornou global, beneficiando a expansão de tal mercado tanto na produção de moradia (nos subúrbios e centros), quanto nas obras de infraestrutura. O sistema financeiro, sobretudo o mercado de concessão de crédito habitacional, tem forte participação na construção desse mercado imobiliário como grande vetor da reprodução do capital.

É na Europa do século XIX que o duplo processo industrialização-urbanização chega a seu momento crítico, quando a importância da

[201] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 26.

produção agrícola recua diante da importância da produção artesanal e industrial, do mercado, do valor de troca, do capitalismo nascente. É também quando ocorre a transição de um pensamento urbanístico que está em um nível de ecologia, moradia, vizinhança, olhar apurado para o imóvel e domínio do arquiteto, para um nível geral, em que se aprecia a escala de disposição do território, da produção industrial planificada, da urbanização global[202].

A segregação socioespacial que pautou a formação das cidades não é espontânea, mas sim, planejada de modo estratégico. Lefebvre entende que ela é uma tendência em todos os países, afirmando que o caso-limite, o último resultado disso são os guetos[203], que pode ser de vários tipos. Por exemplo, há os guetos formados por questões econômicas, sociais, intelectuais, culturais há e, especialmente aqueles formados por pessoas que foram alijadas do acesso à terra urbana, em seu viés formal.

Assim, levando em conta os pressupostos estabelecidos até o momento, a cerca jurídica da terra, erguida no decorrer da formação territorial brasileira, contribuiu para a construção de uma cidade recortada, na perspectiva socioespacial, com a criação de um grupo social (uma nova forma de gueto), que comumente é identificado pelas legislações como "assentamentos informais urbanos" ou "núcleos informais urbanos". De qualquer forma, independentemente da nomenclatura, esse grupo é

[202] A partir desse momento crítico de transição, Lefebvre percebe a superação do valor de uso pelo valor de troca: "Planificação racional da produção, disposição do território, industrialização e urbanização globais, são aspectos essenciais da 'socialização da sociedade'. Detenhamo-nos um instante sobre essas palavras. Uma tradição marxista de inflexão reformista as utiliza para designar a complexificação da sociedade e das relações sociais, a ruptura das compartimentações, a multiplicidade crescente das conexões, das comunicações, das informações, para designar o fato de que a divisão técnica e social do trabalho, que se acentua, implica uma unidade mais forte dos ramos da indústria, das funções do mercado e da própria produção. Esta formulação insiste nas trocas e nos locais de troca; põe em evidência a quantidade das trocas econômicas e deixa de lado a qualidade, a diferença essencial, entre valor de uso e valor de troca. Nesta perspectiva, as trocas de mercadorias e de bens de consumo nivelam e alinham em referência a si próprios as trocas diretas: as comunicações que não passam através das redes constituídas, através das instituições (o que significa, ao nível 'inferior', as relações imediatas – ao nível 'superior' as relações políticas resultantes do conhecimento)". (LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 78.)

[203] De acordo com Lefebvre: "Observemos que há vários guetos e tipos de gueto: os dos judeus e o dos negros, mas também os dos intelectuais ou dos operários. A seu modo, os bairros residenciais são guetos; as pessoas de alta posição, devida às rendas ou ao poder, vêm a se isolar em guetos da riqueza. O lazer tem seus guetos. Lá onde uma ação preparada tentou reunir as camadas sociais e as classes, uma decantação espontânea logo as separou". (Ibid., p. 97.)

caracterizado por pessoas que foram excluídas do processo de formação da cidade, especialmente no que tange ao acesso formal à terra urbana.

Conforme se tem falado, a cidade como sítio do valor de troca faz com que o acesso à área urbana seja dificultado, criando-se uma verdadeira barreira, que faz com que as ocupações informais, especialmente nas favelas[204], sejam a grande saída para a fixação das pessoas nos centros urbanos. Dessa forma, como será analisado no presente capítulo, a prevalência da situação jurídica possessória sobre a proprietária é um modo de garantir a superação do valor de troca pelo de uso.

Tendo em mente que a cidade, como local de interação social e econômica, se desenvolveu pendendo mais para a exaltação do valor de troca, é necessária uma reflexão acerca da possibilidade de sua redefinição em forma, função e estrutura. A ideia é impedir que ela sirva apenas às necessidades individuais pautadas pelo consumo e passe a atender às necessidades sociais gerais e específicas. Essa redefinição é o objetivo que deve pautar a atuação do Estado e dos particulares. Acerca de tais interesses, Lefebvre afirma que:

> As necessidades sociais têm um fundamento antropológico; opostas e complementares, compreendem a necessidade de segurança e a de abertura, a necessidade de certeza e a necessidade de aventura, a da organização do trabalho e a do jogo, as necessidades de previsibilidade e do imprevisto, de unidade e de diferença, de isolamento e de encontro, de trocas e de investimentos, de independência (e mesmo de solidão) e de comunicação, de imediaticidade e de perspectiva a longo prazo […]. A

[204] De acordo com Lefebvre: "Nos países ditos em vias de desenvolvimento, a dissolução da estrutura agrária empurra para as cidades camponeses sem posses, arruinados, ávidos de mudanças; a favela os acolhe e desempenha o papel de mediador (insuficiente) entre campo e cidade, entre a produção agrícola e a indústria; frequentemente a favela se consolida e oferece um sucedâneo à vida urbana, miserável, e, no entanto, intensa, àqueles que ela abriga" (p. 81). Ainda, em uma análise acerca do valor de uso, o autor afirma: "O mundo da mercadoria tem sua lógica imanente, a do dinheiro e do valor de troca generalizado sem limites. Uma tal forma, a da troca e da equivalência, só exprime indiferença diante da forma urbana; ela reduz a simultaneidade e os encontros à forma dos trocadores, e o lugar de encontro ao lugar onde se conclui o contrato ou quase contrato de troca equivalente: o reduz ao mercado. A sociedade urbana, conjunto de atos que se desenrolam no tempo, privilegiando um espaço (sítio, lugar) e por ele privilegiados, altamente significantes, e significados, tem uma lógica diferente da lógica da mercadoria. É um outro mundo. O urbano se baseia no valor de uso. Não se pode evitar o conflito". (LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 81 e 87.)

> essas necessidades antropológicas socialmente elaboradas (isto é, ora separadas, ora reunidas, aqui comprimidas e ali hipertrofiadas) acrescentam-se necessidades específicas, que não satisfazem os equipamentos comerciais e culturais que são mais ou menos parcimoniosamente levados em consideração pelos urbanistas. Trata-se da necessidade de uma atividade criadora, de obra (e não apenas de produtos e de bens materiais consumíveis), necessidades de informação, de simbolismo, de imaginário, de atividades lúdicas. Através dessas necessidades específicas vive e sobrevive um desejo fundamental, do qual o jogo, a sexualidade, os atos corporais tais como esporte, a atividade criadora, a arte e o conhecimento, são manifestações particulares e *momentos*, que superam mais ou menos a divisão parcelar dos trabalhos[205].

O papel da cidade, muitas vezes, é definido a partir das formas institucionais de aquisição do espaço urbano. Alterar essa lógica é pretender uma verdadeira reforma urbana. Na visão de Lefebvre, qualquer reforma que se pretenda fazer põe em questão a própria estrutura da cidade. De acordo com o autor:

> Das questões da propriedade da terra aos problemas de segregação, cada projeto de reforma urbana põe em questão as estruturas, as da sociedade existente, as das relações imediatas (individuais) e cotidianas, mas também as que se pretende impor, através da via coatora e institucional, àquilo que resta da realidade urbana. Em si mesma reformista, a estratégia de renovação urbana se torna "necessariamente" revolucionária, não pela força das coisas, mas contra as coisas estabelecidas[206].

A reforma urbana citada por Lefebvre tem um aspecto estruturante que necessariamente altera os poderes constituídos, uma vez que, segundo o autor, deve ser realizada pelos grupos segregados, excluídos, formadores desses guetos. Essa exclusão a que foram submetidos ocorre não apenas em relação ao espaço urbano (terra urbana), mas também aos centros de

[205] Ibid. p. 105. Grifo do autor.
[206] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 113.

decisão. O centro da cidade, tanto na perspectiva de proximidade com os aparelhos de infraestrutura, quanto na proximidade com a tomada de decisão, tem seu acesso norteado pela seletividade. O caráter reformista da estrutura do espaço urbano, justamente, tenta romper com esse parâmetro, desburocratizando e ampliando o acesso a tal espaço.

A partir da necessária participação dos grupos excluídos na modificação da estrutura da cidade, Lefebvre faz duas proposições, que deverão balizar sua "estratégia urbana": (i) um programa político de reforma urbana; e (ii) projetos urbanísticos bem desenvolvidos, compreendendo modelos, formas de espaço e de tempos urbanos. Segundo o autor, o direito à cidade "se afirma como um apelo, como uma exigência […]. não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada"[207]. Afinal, da mesma forma que a natureza foi apropriada, a cidade também o foi.

A cidade reúne o centro de decisão e o centro de consumo. Sobre essa coesão, o mesmo autor afirma:

> Baseada na sua convergência estratégica, sua aliança na prática cria uma centralidade exorbitante. Esse centro de decisão, como já se sabe, compreende todos os canais de informação ascendentes e descendentes, todos os meios da formação cultural e científica. A coerção e a persuasão convergem como o poder de decisão e a capacidade de consumo. Densamente ocupado e habitado pelos novos Senhores, esse centro é mantido por eles. Eles possuem, sem ter necessariamente toda a sua propriedade, esse espaço

[207] Antes de iniciar a análise de sua perspectiva acerca do direito à cidade, Lefebvre analisa o direito à natureza e sua consequente apropriação, indicando mais uma vez a prevalência do valor de troca sobre o de uso: "Muito estranhamente, o *direito à natureza* (ao campo e à natureza pura) entrou para a prática social há alguns anos em favor dos *lazeres.* Caminhou através das vituperações, que se tornaram banais, contra o barulho, a fadiga, o universo 'concentracionista' das cidades (enquanto a cidade apodrece ou explode). Estranho percurso, dizemos: a natureza entra para o valor de troca e para a mercadoria; é comprada e vendida. Os lazeres comercializados, industrializados, organizados institucionalmente, destroem essa 'naturalidade' da qual as pessoas se ocupam a fim de traficá-la e trafegar por ela. A 'natureza', ou aquilo que é tido como tal, aquilo que dela sobrevive, torna-se o gueto dos lazeres, o lugar separado do gozo, a aposentadoria da 'criatividade'. Os urbanos transportam o urbano consigo, ainda que não carreguem a urbanidade! Por eles colonizados, o campo perde as qualidades, propriedades e encantos da vida camponesa. O urbano assola o campo; este campo urbanizado se opõe a uma ruralidade sem posses, caso extremo da grande miséria do habitante, do habitat, do habitar". (Ibid., p. 117-118.)

> privilegiado, eixo de uma programação espacial rigorosa. Têm, sobretudo, o privilégio de possuir o tempo. Ao redor deles, divididos no espaço conforme princípios formalizados, há grupos humanos que não podem carregar o nome de escravos, nem de servos, nem de vassalos, nem mesmo de proletários. Com que nome designá-los? Sujeitados, encarregam-se de múltiplos "serviços" de uso dos Senhores desse Estado solidamente assentado sobre a Cidade […]. Não é esta de fato a Nova Atenas, com uma minoria de cidadãos livres, possuidores dos lugares sociais e que deles usufruem, dominando uma enorme massa de escravizados, livres em princípio autenticamente e talvez voluntariamente servidores, tratados e manipulados, segundo métodos racionais? [208].

A cidade é, portanto, dominada por essa centralidade, formando um ambiente verdadeiramente segregado. Os "sujeitados" são alijados dela, restando-lhes apenas as periferias dessa organização do espaço. Segundo Lefebvre:

> A massa, premida por múltiplas coações, aloja-se espontaneamente nas cidades satélites, nos subúrbios programados, nos guetos mais ou menos residenciais; tem para si apenas o espaço medido com cuidado; o tempo lhe escapa. Leva sua vida cotidiana adstrita (sem nem mesmo saber disso) às exigências da concentração dos poderes[209].

O "espaço medido com cuidado", que a parcela de excluídos deverá ocupar, é intencionalmente estudado e programado para receber essa demanda por território. Na exposição acerca da formação do ambiente urbano carioca, feita no capítulo anterior, especialmente no que se refere às obras de mobilidade urbana, ficou evidenciado quais os grupos que deveriam ocupar determinadas áreas da cidade, de forma consciente e programada. Os donos da terra urbana definem os locais que não são, inicialmente, de seu interesse, permitindo, com isso, a produção de assentamentos informais nessa localidade. Porém, conforme a necessidade de ampliação da fronteira do capital urbano, essas áreas, inicialmente sem

[208] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 120.
[209] Ibid., p. 121.

valor de troca, tornam-se interessantes, razão pela qual seus ocupantes, afastados do direito formal, começam a sofrer pressões para serem deslocados dentro da própria cidade.

Considerando a seletividade do acesso aos espaços urbanos centrais no capitalismo concorrencial e a relação intrínseca entre cidade e indústria, afirma Lefebvre:

> É essencial não mais considerar separadamente a industrialização e a urbanização, mas sim perceber na urbanização o sentido, o objetivo, a finalidade da industrialização. […] Os conceitos de equilíbrio econômico, de crescimento harmonioso, de manutenção das estruturas (sendo as relações estruturadas – estruturantes as relações de produção e de propriedade existentes) devem se subordinar aos conceitos virtualmente mais poderosos de desenvolvimento, de racionalidade concreta que emerge dos conflitos[210].

É possível dizer que a urbanização se prestou ao grande objetivo da industrialização: estabelecer o capitalismo concorrencial. Independentemente de uma conclusão nesse sentido, fato é que a indústria realizou um grande "relançamento da mercadoria", ampliando o valor de troca[211] nas cidades.

A economia política desenvolvida no âmbito de um processo de industrialização foi responsável por potencializar o papel da mercadoria nas relações sociais. Lefebvre defende o que ele chamará de uma "superação desse economismo", e coloca a cidade como o grande instrumento de oposição dessa lógica, permitindo uma inversão de perspectivas, em que o valor de uso tenha predominância na sociedade. Vejamos a conclusão do autor sobre o tema:

---

[210] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 124.

[211] Na visão de Lefebvre: "A indústria, durante dos séculos, realizou o grande relançamento da mercadoria (que lhe preexistia, porém, limitada ao mesmo tempo pelas estruturas agrárias e pelas estruturas urbanas). Ela permitiu uma ampliação virtualmente ilimitada do valor de troca. Mostrou, na mercadoria, não apenas uma maneira de pôr as pessoas em relacionamento como também uma lógica, uma linguagem, um mundo. A mercadoria superou todas as barragens (e esse processo não terminou; o automóvel, atual objeto-piloto no mundo das mercadorias, tende a superar essa última barragem: a cidade). Foi, portanto, a época da economia política e de seu reinado, com as duas variantes: economismo liberal, economismo planificador". (Ibid., p. 127.)

> Atualmente esboça-se uma superação do economismo. Na direção do quê? De uma ética ou uma estética, de um moralismo ou de estetismo? Na direção de novos valores? Não. Trata-se de uma superação pela e na prática: Trata-se de uma mudança de prática social. O valor de uso, subordinado ao valor de troca durante séculos, pode retomar o primeiro plano. Como? Pela e na sociedade urbana, partindo dessa realidade que ainda resiste e que conserva para nós a imagem do valor de uso: a cidade. *Que a realidade urbana está destinada aos "usuários" e não aos especuladores, aos promotores capitalistas, aos planos dos técnicos, é uma versão justa, porém enfraquecida desta verdade*[212].

É preciso entender, então, que a mudança de prática social só será possível no ambiente urbano, realidade que ainda resiste, uma vez que a cidade é o retrato do próprio valor de uso. Ela é feita para o uso, portanto, pertence aos usuários, e não aos especuladores. A atuação do próprio Estado nessa mudança de perspectiva é um fator relevante nessa análise de preponderância do papel da cidade na alteração do conteúdo das práticas sociais.

Assim, o modo de produção impacta diretamente no tipo de sociedade e, consequentemente, na realidade urbana. Não restam dúvidas de que outros fatores ou recortes temporais são possíveis para analisar a situação da posse em uma cidade, mas o objetivo e as hipóteses formuladas neste trabalho têm como eixo central de análise a relação entre esses agentes.

Sobre a ideia de centralidade urbana, cabe salientar que cada tipo de cidade propôs um modo específico de caracterizá-la. A cidade do antigo Oriente, por exemplo, desenvolveu o caminho triunfal, que concentrava seus aglomerados e era onde se situavam palácios e se realizavam eventos oficiais, como desfiles militares e religiosos. A cidade Arcaica (grega ou romana) teve como centralidade a ágora e o fórum. Já a cidade Medieval integrou os mercadores e mercadorias, formando a praça do mercado e instituindo, como atribuição essencial de seu modo de viver, a função econômica – uma verdadeira preparação para o capitalismo (modo de produção em que o econômico e o valor de troca são predominantes). A

[212] Ibid., p. 127. Grifo nosso.

cidade Capitalista, por sua vez, criou o centro do consumo, estabelecendo o duplo caráter de sua centralidade: representa, ao mesmo tempo, "lugar de consumo" e "consumo do lugar". Nela, o consumidor também consome o espaço, pois os centros em que as mercadorias estão reunidas também são os locais em que as pessoas se encontram, conversam etc. Esse tipo de cidade estabelece a mercadoria como o centro de todas as coisas, sendo o valor de troca o grande protagonista. Por fim, a cidade do Neocapitalismo sobrepõe o centro de decisões ao centro de consumo. Ao invés de reunir pessoas e coisas, reúne informações e conhecimentos[213].

Para que haja o novo modelo de usufruto da cidade que se tem abordado neste capítulo, com predominância do valor de uso sobre o de troca, as centralidades citadas nesses modelos de cidade não podem ser as mesmas do contexto atual. É preciso que a sociedade urbana contemporânea busque uma outra centralidade, sendo que nada impede que as passadas sejam ressignificadas para uma nova apropriação. Essa busca por uma nova centralidade, rompendo com as lógicas anteriores, é que deve ser desenvolvida: é a isso que se associa a reivindicação da cidade, ou do direito a ela[214].

O ambiente urbano segregado imposto pelo modo de produção decorrente da industrialização (capitalismo concorrencial) é diferente daquela segregação presente nos outros modelos e demais formatações de cidade, indicadas anteriormente. Nessa estrutura, uma nova miséria se apresenta:

> a miséria do habitat, a miséria do habitante submetido a uma cotidianidade organizada (na e pela sociedade burocrática de consumo dirigido). Para aqueles que ainda duvidariam de sua existência como classe, a segregação e a miséria de seu "habitar" designam na prática a classe operária[215].

[213] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 130-131.
[214] Nessa linha, afirma Lefebvre: "O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade". (LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 134.)
[215] Ibid., p. 138.

A exclusão de determinados grupos sociais faz com que seja potencializado o surgimento de novos direitos, que definem a própria civilização e que entrariam formal e informalmente nas práticas sociais (direito ao trabalho, saúde, habitação, lazer, vida). São, basicamente, direitos sociais, e entre eles está o direito de acesso à terra urbana. Já se falou que, entre as inúmeras mercadorias presentes na cidade, está a própria terra, que é utilizada como uma das principais formas de reprodução do capital nesse meio. Por isso, como será demonstrado neste capítulo, a ampliação do acesso à terra urbana, necessariamente, passa pela construção de um modelo de regularização fundiária valorizador da situação jurídica possessória, privilegiando os inúmeros grupos que foram alijados do processo de formação da cidade.

Diante das crises do final do século XX e início do XXI, o crescimento do mercado imobiliário urbano definiu o processo de reprodução do capital nas cidades de todo o mundo. Sobre o tema, David Harvey afirma que:

> Esses *booms* imobiliários adquiriram grande visibilidade na Cidade do México, em Santiago do Chile, em Mumbai, Johannesburgo, Seul, Taipei, Moscou e toda a Europa (onde o caso mais dramático ocorreu na Espanha), bem como em cidades dos principais países capitalistas, como Londres, Los Angeles, San Diego e Nova York (onde, em 2007, mais projetos urbanos em grande escala estavam sendo implementados, como nunca antes, sob a administração bilionária do prefeito Michael Bloomberg). Projetos urbanísticos assombrosos, espetaculares e criminosamente absurdos em certos aspectos surgiram no Oriente Médio, em lugares como Dubai e Abu Dhabi, como forma de tomar para si os excedentes de capital da riqueza proveniente do petróleo, da maneira mais ostensiva, socialmente injusta e ambientalmente prejudicial possível (como uma pista de esqui construída no meio de um deserto escaldante)[216].

[216] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 43.

Esse crescimento do mercado imobiliário depende de um amplo sistema financeiro de concessões de créditos, a partir da dinâmica da securitização, do mercado de hipotecas, de cessões de créditos e assunção de dívidas, como será exposto no decorrer do presente trabalho. Em outras palavras, pode-se dizer que a explosão imobiliária favorece a quem detém esse capital. Foi a apropriação da cidade pelo consumo, em todas as suas formas, que garantiu a expansão urbana no decorrer do século XX.

A concentração de renda, especialmente a partir da consolidação do neoliberalismo, na década de 1980, definiu a própria formação urbana, criando cidades fragmentadas ou partidas, áreas com infraestrutura e outras sem[217]. A consequência dessa dinâmica é uma construção do espaço público a partir da busca pela mais-valia. Com isso, a proteção aos direitos de propriedade e todos os seus elementos e atributos foi essencial para a consolidação desse projeto, tornando-se uma forma hegemônica de política, mesmo para a classe média baixa[218].

Os empreiteiros apoiados pelo capital financeiro ditam as regras do rumo de crescimento e formação das cidades: qualquer dinâmica que se oponha à cidade-negócio encontra entraves para se consolidar. Assim, a dificuldade de alterar a lógica da divisão socioespacial imposta, em que os cidadãos sem capacidade econômica relevante são lançados para fora dos centros de infraestrutura urbana, assenta-se como regra na formação das cidades no modelo neoliberal. Muitas vezes, essa segregação é implementada por políticas de remoções forçadas, em que as grandes corporações, em conjunto com o próprio Estado aproveitam a situação de informalidade das ocupações para levar a parcela mais pobre da população para locais afastados dos centros urbanos[219].

Uma forma de garantir que essa fluidez no território seja mantida, em que os agentes do capital imobiliário possam definir a organização do

---

[217] VENTURA, Zuenir. *Cidade partida*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

[218] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 48.

[219] De acordo com Friedrich Engels: "O mesmo ocorre com a escassez da moradia. A expansão das metrópoles modernas confere ao terreno situado em certas áreas, especialmente nas mais centrais, um valor artificial, que com frequência aumenta de forma colossal; os prédios construídos nelas, em vez de elevar esse valor, acabam pressionando-o para baixo, porque não correspondem mais às novas condições; eles são demolidos e outros são construídos em seu lugar". (ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia.* Tradução de Nélio Schneider. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 39.)

espaço urbano, é valorizar a situação jurídica proprietária como a base da regularização fundiária urbana, afastando a importância da situação possessória.

Sobre a segregação nas cidades, Lefebvre afirma que existem três aspectos básicos: (i) *espontâneo* (proveniente das rendas e das ideologias); (ii) *voluntário* (estabelecendo espaços separados); (iii) *programado* (sob o pretexto de arrumação e de plano). Além disso, esse fenômeno deve ser analisado também segundo três critérios:

> ecológico (favelas, pardieiros, apodrecimento do coração da cidade), formais (deterioração dos signos e significações da cidade, degradação do "urbano" por deslocação de seus elementos arquitetônicos), e sociológico (níveis de vida e modos de vida, etnias, culturas e subculturas etc.).[220]

O segundo aspecto da segregação elencado por Lefebvre, o aspecto *voluntário,* em que o espaço é ocupado de forma distinta, traz reflexões importantes quando em análise conjunta com seus critérios *sociológico* – em que os modos de vida são diferentes – e *ecológico* – em que a ausência de condições mínimas de vida digna em determinadas localidades acaba se tornando uma realidade no ambiente urbano. Essa construção demonstra uma seletividade na ocupação do espaço na cidade, consequência direta do fluxo de capital[221].

Os dois atores que melhor explicam a segregação em si, na visão de Lefebvre, são o Estado e a Empresa. Segundo ele:

> O Estado e a Empresa […] se esforçam por absorver a cidade, por suprimi-la, como tal. O Estado age sobretudo por cima e a Empresa por baixo (assegurando a habitação e a função de habitar nas cidades operárias e os conjuntos que dependem de uma "sociedade", assegurando também os lazeres, e

[220] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 139.
[221] De acordo com Lefebvre: "Apesar de boas intenções humanistas e das boas vontades filosóficas, a prática caminha na direção da segregação. Por quê? Por razões teóricas e em virtude de causas sociais e políticas. No plano teórico, o pensamento analítico separa, decupa. Fracassa quando pretende atingir uma síntese. Social e politicamente, as estratégias de classes (inconscientes ou conscientes) visam à segregação". (Ibid., p. 98.)

> mesmo a cultura e a promoção social). O Estado e a Empresa, apesar de suas diferenças e às vezes de seus conflitos, convergem para a segregação[222].

A partir dessa análise, reforça-se o entendimento de que a cidade partida não é obra do acaso. O Estado e a Empresa têm uma participação relevante na formação do território e na própria segregação do espaço. A vida cotidiana é regida por essas instituições, em menor ou maior grau. Para Lefebvre, o problema fundamental é:

> Poderá a vida urbana recuperar e intensificar as capacidades de integração e de participação da cidade, quase inteiramente desaparecidas, e que não podem ser estimuladas nem pela via autoritária, nem por prescrição administrativa, nem por intervenção de especialistas? Quer exista ou não um "sujeito" ao qual a análise possa imputá-lo, quer seja o resultado global de uma sequência de ações não combinadas ou o efeito de uma vontade, o sentido político da segregação como estratégia de classe é bem claro. Para a classe operária, vítima da segregação, expulsa da cidade tradicional, privada da vida urbana atual ou possível, apresenta-se um problema prático, portanto, político. Isso ainda que esse problema não tenha sido levantado de forma política e que a questão da moradia tenha ocultado até aqui, para essa classe e seus representantes, a problemática da cidade e do urbano[223].

A terra urbana, definitivamente, se transforma em mercadoria, e a dinâmica da especulação imobiliária lhe atribui um valor artificial e abusivo, estimulando, inclusive, o processo de gentrificação[224]. A explosão

---

[222] Ibid., p. 98-99.

[223] LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 104.

[224] De acordo com Arícia Fernandes Correia: "O verbo inglês *to gentrify* é derivado de *gentry*, 'nobreza, fidalguia', uma velha palavra oriunda, via francês, do latim *gentilis*, 'da mesma família ou raça'. Deriva da expressão inglesa 'gentrification'. O termo é derivado do neologismo criado pela socióloga britânica Ruth Glass, em 1963, em um artigo no qual ela tratava das mudanças urbanas em Londres. Ela se referia ao 'aburguesamento' do centro da cidade, usando o termo '*gentry'*, com uma certa dose de ironia, na medida em que pode ser traduzido como 'bem-nascido', em consequência da ocupação de bairros operários pela classe média e alta londrina". (CORREIA, Arícia Fernandes. *Direito da regularização fundiária plena.* Juiz de Fora: Editar, 2017. p. 39.)

imobiliária, a partir da mercantilização da terra, favorece a quem detém o capital especulativo. De acordo com Harvey:

> A implementação de projetos de regularização fundiária e urbanística com base na legislação em vigor é estritamente casuística. A grande concentração urbana, especificamente na cidade do Rio de Janeiro, faz com que o assédio do capital especulativo recaia sobre as áreas centrais que não estejam regularizadas a partir da dinâmica formal do direito de propriedade. Assim, as ocupações informais têm maior fluidez no território, pois podem ser deslocadas com grande facilidade se submetendo à vontade do capital imobiliário, que encontra respaldo no próprio Estado[225].

O pano de fundo para a remoção das comunidades que ocupam informalmente o solo urbano, especialmente as regiões centrais, segue as mais variadas ficções, como questões ambientais, sociais, de saúde ou segurança. A vontade do capital é viabilizada pelas atuações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa forma, as ocupações urbanas de cidadãos pobres, localizadas nas regiões centrais, que não estão inseridas na lógica do direito formal de propriedade sofrem consequências seríssimas, em razão do assédio do capital especulativo imobiliário.

Um processo de urbanização que cria um ambiente urbano segregado, em que a divisão socioespacial é definida a partir do processo de escoamento dos excedentes de capital, nega o direito à cidade à maioria dos cidadãos urbanos. Ocupações históricas de pessoas pobres sem direito de propriedade formalmente reconhecido não resistem a esse processo de urbanização imposto pelo setor especulativo financeiro. Essa dinâmica define de forma excludente a divisão socioespacial da cidade.

A atuação dos poderes constituídos, a partir do tratamento outorgado às ocupações informais no solo urbano, afastando a tutela jurídica, permite que os poderes financeiros viabilizem uma política de remoção. Esse fato faz com que a terra chegue barata nas mãos dos setores especulativos e seja transferida com um sobrepreço significativo. Essa dinâmica permite o acúmulo de mercadoria (no caso, a própria terra

[225] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 52.

urbana) nas mãos dos setores especulativos. Sobre o tema, David Harvey apresenta o caso concreto da cidade indiana de Mumbai, na favela de Dharavi:

> Em resumo, o processo de deslocamento e desapropriação também se encontra no cerne do processo urbano sob o capitalismo. Essa é a imagem especular da absorção do capital por meio do redesenvolvimento urbano. Consideremos o caso de Mumbai, onde há 06 milhões de pessoas consideradas oficialmente faveladas que, em sua maior parte, vivem em terrenos, sem título de propriedade (os lugares onde elas vivem aparecem em branco em todos os mapas da cidade). Com a tentativa de transformar Mumbai em um centro financeiro global capaz de rivalizar com Xangai, o *boom* imobiliário entra em processo de frenética aceleração, e a terra ocupada pelos favelados torna-se cada vez mais valiosa. O valor das terras ocupadas por Dharavi, uma das favelas mais conhecidas de Mumbai, chega a 02 bilhões de dólares, e as pressões para destruir suas moradias (por razões ambientais e sociais que apenas mascaram a avidez pela posse da terra) aumentam dia após dia. Respaldados pelo Estado, os poderes financeiros pressionam pela remoção dos moradores pela força, e muitas vezes tomam posse violentamente de um terreno ocupado há gerações pelas famílias que ali vivem. O acúmulo do capital imobiliário por meio da atividade imobiliária explode, tendo em vista que a terra é comprada por preços irrisórios. As pessoas forçadas a abandonar as suas moradias sofrem alguma compensação? Alguns felizardos conseguem alguns trocados. Contudo, embora a constituição indiana determine que o Estado é obrigado a proteger a vida e o bem-estar de toda a população, independentemente das questões de casta e classe, e a assegurar seu direito à subsistência e moradia, o Supremo Tribunal da Índia promulgou leis que reescrevem essa exigência constitucional. Tendo em vista que os favelados são moradores ilegais, e muitos não conseguem demonstrar, de fato, sua permanência há muito tempo na terra em que vivem, eles não têm direito a nenhuma indenização. Admitir esse direito, afirma o Supremo Tribunal, seria o mesmo que recompensar os batedores de carteiras por

> suas ações. Portanto, os favelados têm duas opções: ou resistir e lutar, ou mudar com seus poucos pertences e construir barracos nas imediações das autoestradas ou onde quer que encontrem algum minúsculo espaço[226].

Como já exposto no capítulo anterior, a produção legislativa referente à terra urbana tem a propriedade como pressuposto. A posse dos ocupantes de assentamentos informais, a partir da lógica instituída, não goza de proteção, permitindo seu deslocamento forçado desses territórios, com a desocupação de áreas valorizadas em favor dos atores do mercado imobiliário. Por isso, o presente trabalho pretende demonstrar que a regularização fundiária pautada na situação possessória é um instrumento de valorização do uso da terra urbana, combatendo sua apreensão pelo processo especulativo.

A cidade apreendida pelo capitalismo concorrencial, como fonte de reprodução da riqueza, a partir das décadas de 1970 e 1980 – especialmente no ano de 1988 no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal –, tenta, de alguma forma, libertar-se e apropriar-se de uma outra função, que não apenas servir ao escoamento de capital. Um dos pilares dessa nova forma de apropriação é a formação de um sistema jurídico valorizador da posse, em todas as suas acepções, além de uma absorção de reivindicações históricas de diversos setores da sociedade, no que foi denominado, no Brasil, de "luta pela reforma urbana"[227].

2.1.2. A regularização fundiária e seu impacto na produção de valor nas cidades

Diante do que foi apresentado na seção anterior, com relação à industrialização, urbanização, mercantilização da terra urbana, absolutização do direito de propriedade e segregação socioespacial das cidades, a questão que se coloca é: formalizar os assentamentos urbanos, a partir da transferência de propriedade pública ou privada, diminui a fluidez das populações mais vulneráveis no território ou esse modelo de

[226] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 53.
[227] MARICATO, Ermínia. *Para entender a crise urbana.* 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015. p. 30.

regularização potencializa os deslocamentos populacionais? Na visão de Harvey, a escassez financeira com que vivem os pobres, na maioria das vezes, faz com que os imóveis sejam vendidos a preços menores, contribuindo para o processo de gentrificação. De acordo com o autor:

> Esse é o tipo de proposta atualmente debatida para as favelas do Rio de Janeiro, mas o problema é que os pobres, atormentados pela escassez de seus rendimentos e pelas consequentes dificuldades financeiras, são facilmente convencidos a vender esses bens a preços relativamente baixos (os ricos geralmente se recusam a desfazer-se de suas propriedades valiosas a qualquer preço, razão pela qual Moses conseguia dar as suas "machadadas" no Bronx, de baixa renda, mas não na endinheirada Park Avenue). Aposto que, se as tendências atuais prevalecerem, em quinze anos todos aqueles morros ocupados por favelas estarão repletos de condomínios arranha-céus com vistas deslumbrantes para a Baía de Guanabara, enquanto os antigos favelados estarão morando em alguma periferia distante[228].

A partir da reflexão exposta, é possível jogar no centro do debate o modelo de regularização que deve ser utilizado para evitar que a cidade seja apenas valor de troca, consagrando a terra urbana enquanto mercadoria. A geografia de uma cidade é definida pelo processo especulativo imposto pelo mercado imobiliário. Assim, definir um modelo de regularização fundiária pautado na posse ou na propriedade é extremamente relevante para estimular ou combater esse processo.

A transferência de propriedade como o norte da regularização fundiária é mais uma forma de reprodução do capital nas cidades. Nela, a estrutura de aluguéis e os preços de compra e venda de imóveis são definidos pelas leis de mercado, já consolidadas. Além da mercantilização da terra urbana, o que está posto em questão é a própria mercantilização da moradia.

[228] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 56.

É com base nessa reflexão que Hernando de Soto[229] sugere uma saída da pobreza a partir da concessão do direito de propriedade, como será analisado posteriormente no presente trabalho. Ao propagar as ideias neoliberais em países periféricos, de Soto sugere que a ausência de um reconhecimento formal das ocupações urbanas, a partir da lógica do direito de propriedade, é o que mantém os pobres na miséria.

Dessa forma, a regularização fundiária pautada em instrumentos que legitimam e reconhecem a situação jurídica possessória, especialmente com finalidade social (moradia ou trabalho), é uma opção contra a lógica de reprodução do capital imposta pelo mercado nas cidades. Com isso, a cidade com predominância do valor de uso sobre o valor de troca pode ser assegurada.

Existem diversas formas de os atores do mercado imobiliário se beneficiarem quando a regularização fundiária aponta para o caminho da transferência de propriedade. São algumas delas: (i) desapropriação; (ii) hipotecas; (iii) mútuo com alienações fiduciárias; (iv) compra e venda; (v) permuta; (vi) securitização; (vii) incorporações imobiliárias; (viii) locações de alto valor.

Diante disso, cabe perguntar: qual o modelo de regularização fundiária que garante o direito à cidade?

Na visão de David Harvey, reivindicar o direito à cidade é reivindicar "um maior controle democrático sobre a utilização dos excedentes na urbanização"[230]. A regularização fundiária baseada na situação jurídica possessória permite que haja maior apropriação do espaço urbano pelo cidadão, especialmente os mais vulneráveis, consagrando o uso. A transferência de propriedade, pelo contrário, é uma das formas de reprodução capitalista na cidade.

Para uma melhor compreensão acerca da importância da definição de um modelo de regularização fundiária e dos impactos das relações econômicas no ambiente urbano, é preciso estabelecer alguns pressupostos da economia neoliberal nas cidades. Basicamente, o neoliberalismo busca

---

[229] DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*: por que o capitalismo triunfa no oeste e falha em toda a parte. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[230] De acordo com Harvey: "O direito à cidade como hoje existe, como se constitui atualmente, encontra-se muito mais estreitamente confinado, na maior parte dos casos, nas mãos de uma pequena elite política e econômica com condições de moldar a cidade cada vez mais segundo suas necessidades particulares e seus mais profundos desejos". (HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 61.)

afastar a intervenção estatal da regulamentação do mercado fundiário, imobiliário e do planejamento urbano[231].

De acordo com o relatório do Banco Mundial do ano de 2009, três pilares garantem um maior afastamento do Estado no que tange à intervenção na dinâmica da economia urbana: (i) proteção aos direitos de propriedade; (ii) proteção ao cumprimento dos contratos e (iii) financiamento da moradia. Vejamos um trecho do relatório:

> […] mercados fundiários e imobiliários fluidos e outros instituições de apoio – como a proteção aos direitos de propriedade, ao cumprimento dos contratos e ao financiamento de moradia – terão provavelmente um maior florescimento com o tempo, à medida que as necessidades do mercado se forem transformando. Cidades bem-sucedidas abrandaram as leis de zoneamento de modo a permitir que os usuários abastados pudessem comprar as terras mais valiosas – e adotaram regulamentações do preço da terra que permitissem a adaptação a seus usos, mutáveis ao longo do tempo[232].

A Lei 13.465/2017, que será analisada de forma detalhada em capítulo próprio, praticamente aboliu as zonas de especial interesse social, desburocratizou a transferência de propriedade em favor do particular, especialmente de terras públicas, e flexibilizou a exigência da urbanização como um pressuposto da regularização fundiária, como ocorria na legislação anterior (a Lei 11.977/2009). A partir dessa dinâmica, vislumbra-se uma predisposição da nova legislação em desvincular a regularização urbanística da fundiária, com uma preferência a esta última. Além disso, ela prioriza que a regularização fundiária seja feita a partir da propriedade, desconstruindo o sistema anterior, detalhado no presente capítulo, de regularização pautada na situação possessória.

---

[231] Ibid., p. 69.

[232] RIBEIRO FILHO, Geraldo Browne. *O relatório de 2009 do Banco Mundial sobre o desenvolvimento mundial – Reshaping Economic Geography*: as implicações de suas proposições para as cidades. In: ACADEMIA, [S.l., 201-?]. Disponível em: <https://www.academia.edu/5880500/O_RELAT%C3%93RIO_DE_2009_DO_BANCO_MUNDIAL_SOBRE_O_DESENVOLVIMENTO_MUNDIAL_RESHAPING_ECONOMIC_GEOGRAPHY_AS_IMPLICA%C3%87%C3%95ES_DE_SUAS_PROPOSI%C3%87%C3%95ES_PARA_AS_CIDADES>. Acesso em: 20 fev. 2022.

No Brasil, desde a Lei de Terras de 1850, como exposto no primeiro capítulo, a terra foi transformada em mercadoria. A regularização fundiária pautada pelo regime jurídico da propriedade depende dessa concepção mercantilista dada a ela. Contemporaneamente, isso continua a ser praticado, tanto na perspectiva do mercado imobiliário de compra e venda quanto no de aluguéis.

A terra como valor de troca, e não de uso, depende de uma formalização das ocupações, a partir do direito de propriedade. Seu preço, para compra e venda ou aluguéis, dita, de forma seletiva, quem vai ocupar o espaço urbano e onde, potencializando uma divisão socioespacial, orientada exclusivamente pelo mercado imobiliário, que contribui para o processo de gentrificação.

A organização socioespacial urbana, a partir da política neoliberal iniciada na década de 1980, é direcionada pelos empreiteiros e pelo sistema financeiro imobiliário (setor também especulativo). Um exemplo disso foi o que ocorreu em 2009, nos EUA, com as execuções de hipoteca, ou no Brasil, no início dos anos 2000, com o grande número de imóveis levados a leilão, em razão das dívidas decorrentes dos contratos de alienação fiduciária (securitização). No caso brasileiro, o poder público contribuiu para essa dinâmica com um amplo sistema de desapropriações, ou por meio do Legislativo, com normas que favoreceram a especulação e o mercado financeiro. Por exemplo, a Lei nº 9.514/97; a Lei nº 10.931/2004; e a própria Lei nº 13.465/2017.

Uma lei que foque na regularização, a partir da dinâmica proprietária, é essencial para atender a demandas do próprio mercado imobiliário, que trabalha inserido em um ambiente de especulações acerca do preço da terra. Assim, transferir a propriedade pública para âmbito particular de forma desburocratizada e seletiva, bem como regularizar ocupações informais com base na propriedade, é um modo de beneficiar os empresários, especialmente no campo das incorporações imobiliárias, alienações fiduciárias, cessões de crédito, assunções de dívida, e do próprio processo de securitização.

Dessa forma, a propriedade pública é transferida para a esfera particular, na pessoa do ocupante da terra, que vende esses terrenos, antes públicos, para as incorporadoras, as quais, por sua vez, contratam empreiteiras e, com financiamento bancário, conseguem construir. Do outro lado, também com a ajuda do sistema bancário, inúmeros

consumidores, sacrificando grande parte de seus rendimentos, financiam a juros altíssimos a aquisição desses imóveis. Tudo isso, muitas vezes com o próprio Estado brasileiro fazendo o papel de agente financeiro, especialmente através da Caixa Econômica Federal.

A Lei nº 13.465/2017 contribui para a consolidação e manutenção desse sistema pujante, pautado na propriedade fiduciária. Ressaltando a correlação entre o processo de securitização e as construtoras, David Harvey faz menção às crises imobiliárias dos EUA nos anos de 1929, 1973, 1987 e 2000, a partir do artigo "Securization in the 1920s", de Willian Goetzmann e Frank Newman. De acordo com os autores:

> A linha do horizonte nova-iorquina é um lembrete da capacidade que a securitização tem de conectar o capital de um público especulador com as construtoras. Uma maior compreensão do mercado de títulos imobiliários do passado tem o potencial de nos oferecer uma informação valiosa ao criarmos modelos de possíveis catástrofes futuras. O otimismo nos mercados financeiros tem o poder de erguer vigas de aço, mas não pode fazer um edifício de lucros[233].

Assim, nos capítulos seguintes, buscar-se-á demonstrar de que forma a estrutura do mercado financeiro imobiliário se impõe, numa tentativa de concretizar as afirmações expostas acerca da apropriação da terra pelo setor especulativo.

Em uma tentativa de demonstrar o verdadeiro sentido da expressão "capital fictício", utilizada por Karl Marx, David Harvey faz referência aos empréstimos realizados pelos bancos ao Estado, aos consumidores ou até mesmo a outros bancos, para a compra de terras, com a incidência de juros altíssimos. Segundo o autor:

> O alavancamento a níveis cada vez mais altos (conceder empréstimos trinta vezes, e não três, a quantidade de depósito em espécie disponível) aumenta as quantidades fictícias de formação e fluxos

[233] GOETZMANN, William; NEWMAN, Frank. *Securization in the 1920s*. *Nation Bureau of Economic Research*, 2010 apud HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 79.

> de capital. E são esses fluxos que convertem os bens imóveis em algo irreal[234].

Uma forma utilizada pelo mercado financeiro para garantir a absorção do excedente de capital no ambiente urbano, especialmente em momentos de crise, é possibilitar o acesso à propriedade pelas parcelas mais carentes da população. Retratando esse momento nos EUA, David Harvey cita a política instituída em meados da década de 1990 pelo Governo Clinton, no seguinte trecho:

> A pressão para o mercado imobiliário e o desenvolvimento urbano nos Estados Unidos absorver o excedente e o capital sobreacumulado por meio da atividade especulativa começou a adquirir força em meados da década de 1990, quando o presidente Clinton lançou a iniciativa *National Partners in Homeownership* para conferir os supostos benefícios da propriedade imobiliária à população de baixa renda e às minorias […]. As instituições hipotecárias responderam com entusiasmo – emprestando à vontade, rompendo os controles regulatórios – enquanto seus diretores amealhavam gigantescas fortunas pessoais, tudo em nome do bem-estar dos desvalidos, que passariam a desfrutar dos supostos benefícios de ter moradia própria[235].

O correspondente dessa lógica no Brasil ocorreu com a edição da Lei 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida. O referido programa transferiu para o agente financeiro público – Caixa Econômica Federal – a centralidade na concessão de empréstimos para aquisição de imóveis, mas delegou para os atores do mercado imobiliário privado – incorporadoras e empreiteiras – a competência para construção e escolha da localização dos empreendimentos. Trata-se de uma verdadeira apropriação da terra urbana pelo mercado financeiro imobiliário. A dinâmica instituída pelo programa será detalhada em capítulo próprio[236].

---

[234] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 89.
[235] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 96.
[236] Sobre a apropriação da terra urbana pelo mercado financeiro, Harvey afirma que: "[…] a mesma empresa financeira pode prover o financiamento para construir e o financiamento para

Como a produção de moradia é restrita, resta ao setor especulativo aumentar o valor das que já existem. Sobre o tema, David Harvey afirma que:

> A quantidade existente de propriedades que podem ser comercializadas (algumas das quais de origem muito remota) também é muito grande em relação ao que se pode produzir. Portanto, a oferta total de moradias é relativamente inelástica em relação às mudanças mais voláteis de demanda: historicamente, nos países desenvolvidos ficou provado que é muito difícil aumentar a quantidade de moradias mais de 2% ou 3% em um ano, mesmo com o máximo de empenho […]. Estimular a demanda por meio da tributação, de truques relacionados a políticas públicas e de outros incentivos (como o aumento de volumes de créditos hipotecários de alto risco) não faz surgir necessariamente nenhum aumento de oferta: apenas inflaciona os preços e estimula a especulação. Então é possível ganhar tanto dinheiro, se não mais, em transações financeiras com moradias existentes do que construindo novas […]. Mais tentador ainda é investir em títulos garantidos por hipotecas, compostos de parcelas de hipoteca unidas em veículos de investimentos de grande e espúria valorização (supostamente, tão seguros quanto casas), em que o fluxo de juros dos proprietários de imóveis confere uma receita renda (pouco importa se o proprietário é solvente ou não)[237].

A partir da atuação dos agentes do mercado financeiro imobiliário, fica evidente a utilização da cidade, por meio da apropriação da terra urbana, exclusivamente para reprodução do capital. Nas últimas décadas,

---

comprar o que foi construído. Em alguns casos, a instituição financeira organiza pré-vendas de apartamentos em condomínios que ainda não foram construídos […]. Os contratos que financiam construções são firmados muito antes que as vendas possam ter início". (Ibid., p. 98-99.)

[237] Ainda de acordo com o autor: "Foi exatamente o que aconteceu nos Estados Unidos quando o rolo compressor das hipotecas *subprimes* entrou em ação. Enormes quantidades de capital fictício afluíram para o financiamento imobiliário, mas só uma pequena parte foi usada para a construção de novas moradias. O mercado de hipotecas *subprime,* que ficava em torno de 30 bilhões de dólares em meados da década de 1990, aumentou para 130 bilhões de dólares por volta do ano 2000, e atingiu um pico inédito de 625 bilhões de dólares em 2005" (HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 99-100).

identificam-se novas formas de escoamento e reprodução do capital nacional e internacional. Elas estão diretamente relacionadas com o modelo de titulação e apropriação da terra, conforme se mostrará a seguir.

Atualmente, uma das principais formas de apropriação econômica do solo urbano ocorre por meio do mercado secundário de ações, especialmente aquele que decorre do processo de securitização. Visitando a crise imobiliária norte-americana, percebe-se que foi o mercado secundário de hipotecas que garantiu a liquidez desse setor imobiliário. Em casos como esse, o papel do governo acaba sendo, de alguma forma, o de desregulamentar o mercado, com a criação de uma legislação que propicia e potencializa o mercado financeiro. Foi o que aconteceu no Brasil após as crises econômicas da década de 1980, em que o sistema de hipotecas não assegurou a liquidez e confiabilidade do crédito, como será analisado posteriormente.

Dessa forma, a Lei nº 9.514/97, que regulamentou a alienação fiduciária de bens imóveis, bem como o próprio sistema financeiro imobiliário, são exemplos contundentes da contribuição do Estado para a estruturação desse mercado imobiliário. O mesmo ocorreu com a Lei nº 11.977/2009, que replicou o antigo modelo de construção de moradias, como uma forma de reprodução do capital, neste caso, direcionado diretamente pelos empreiteiros.

Seguindo essa lógica, pode-se afirmar que o mercado imobiliário, basicamente, atua por meio: (i) da construção de moradias; (ii) do sistema de concessão de créditos (juros e alienação fiduciária) e (iii) do mercado secundário de ações (securitização). A consolidação desse mercado, como sugere David Harvey, impõe uma verdadeira "urbanização do capital". Isso implica a dominação da classe capitalista não apenas sobre os aparelhos de Estado (em particular, as instâncias do poder estatal que administram e governam as condições sociais e de infraestrutura), como também sobre populações inteiras – determinando seus estilos de vida, sua capacidade de trabalho, seus valores culturais e políticos, suas visões de mundo"[238].

A cerca jurídica que se pretende atravessar, atualmente, protege a própria forma como a cidade foi apropriada. Inicialmente, como exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, vivemos uma verdadeira

[238] HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 133.

privatização da terra. Já em nossos dias, convivemos com uma efetiva privatização da cidade e de seu modo de vida. As formas de reprodução do capital apresentadas neste subcapítulo dependem de um modelo de apropriação da terra que tem, em sua estrutura, a propriedade. O que ocorre é que os atores que compõem o mercado imobiliário, na busca pelo escoamento de capital, encontram no direito de propriedade a forma mais eficiente de garantir a utilização da terra e de seus recursos[239].

A partir da lógica apresentada, o subcapítulo a seguir busca demonstrar de que forma a CRFB/88 e a legislação específica posterior, na tentativa de democratização do acesso à terra urbana, privilegiou a tutela da situação jurídica possessória, frente à proprietária, consagrando instrumentos de regularização fundiária pautados na posse, como uma forma de romper a cerca jurídica, política e econômica erguida nos últimos séculos.

2.2. Os artigos 182 e 183 da CRFB/88 e os pilares da política pública urbana

2.2.1. A política pública urbana e a Lei nº 10.257/2001: uma análise a partir da gestão democrática da cidade

> O direito à cidade deve ser entendido não como um direito ao que já existe, mas como um direito de reconstruir e recriar a cidade como um corpo político socialista com uma imagem totalmente distinta: que erradique a pobreza e a desigualdade social e cure as feridas da desastrosa degradação ambiental. Para que isso aconteça, a produção das formas destrutivas de urbanização que facilitam a eterna acumulação de capital deve ser interrompida.
>
> *David Harvey*

Os conflitos urbanos no Brasil, decorrentes do processo de urbanização exposto anteriormente, ganharam protagonismo no campo

[239] HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*, Science, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248. In: MCCAY, Bonnie; ACHESON, James (Org.). *The Question of the Commons*: The Culture and Ecology of Communal Resources. Tucson: University of Arizona Press, 1987 apud HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 135.

jurídico e político a partir do momento que alcançaram *status* constitucional no Título VII, Capítulo II, da CRFB/88. A partir do referido ano, com a promulgação da Constituição Federal e a posterior produção legislativa infraconstitucional, a questão urbana passou a ser levada ao centro das discussões.

O artigo 182 da CRFB/88 estabelece os parâmetros para o desenvolvimento de uma política urbana que atenda às demandas contemporâneas de regularização fundiária e urbanística, bem como de regulação do uso do solo. Para tanto, o texto consagra institutos de vanguarda, como plano diretor; função social da propriedade pública e privada; desapropriação com indenizações em dinheiro ou em títulos da dívida pública; parcelamento ou edificação compulsória; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; usucapião especial urbana e concessão de uso especial para fins de moradia – CUEM.

A reboque de tais previsões constitucionais, o legislativo brasileiro iniciou uma ampla produção normativa a fim de consagrar e regulamentar tais institutos. Ilustrando tal orientação, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), regulamentou os artigos 182 e 183 da CRFB/88, estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana. O referido diploma disciplinou os instrumentos gerais para o desenvolvimento de políticas urbanas, tais como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; o IPTU progressivo no tempo; a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública; a usucapião especial de imóvel urbano; o direito de superfície; o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir; as operações urbanas consorciadas; a transferência do direito de construir; o estudo de impacto de vizinhança; o plano diretor e, finalmente, a gestão democrática da cidade.

A partir do marco regulatório estabelecido pelo Estatuto da Cidade, diversos diplomas seguiram o mesmo caminho, buscando instrumentalizar a atuação estatal no gerenciamento do ambiente urbano. É o que se percebe com a edição da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, que regulamenta a concessão de uso especial para fins de moradia, disciplinada no § 1º do art. 183 da CRFB/88; com o Código Civil de 2002, que consagrou a função social da posse e da propriedade, a usucapião especial urbana e a autonomia entre os institutos da posse e da propriedade; com a Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, que, além de inserir a concessão de direito real de uso e a CUEM no rol de direitos reais

(art. 1.225, incisos XI e XII do Código Civil) e no rol de direitos que podem ser objeto de hipoteca (art. 1.473, incisos VIII e IX do Código Civil), prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; com a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, já revogada, que disciplinava o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, especialmente a partir do instituto da legitimação de posse; e também com a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União e altera diversas leis relacionadas aos temas.

A partir da legislação citada, percebe-se que a CRFB/88 inaugurou as bases para um desenvolvimento efetivo de políticas urbanas que atendam à realidade concreta brasileira. Chamam a atenção os inúmeros instrumentos de regularização fundiária e de regulação do uso do solo urbano. Tal fato demonstra uma conformidade da legislação com a realidade urbana brasileira, especialmente a carioca.

Essa produção normativa, a partir do marco constitucional, buscou solucionar a problemática decorrente do processo de urbanização, como demonstrado anteriormente, pautado exclusivamente na reprodução do capital no meio urbano. O conjunto normativo exemplificado demonstra um reconhecimento, por parte do poder público, da existência de um ambiente urbano segregado, a partir da predominância de assentamentos irregulares e da necessidade de incluí-los na lógica do direito formal.

Para tanto, a postura dos poderes constituídos, bem como das próprias organizações sociais, deve realizar uma conformação entre os instrumentos de regularização fundiária previstos na legislação citada e seus destinatários. Até a edição da Lei nº 13.465/2017, é possível afirmar que o modelo de regularização adotado era pautado na participação da sociedade, instituindo uma gestão democrática da cidade.

No entanto, a edição da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, altera a sistemática da regularização fundiária. Ela revogou parte da Lei nº 11.977/2009, instituindo uma estrutura de regularização fundada na transferência da propriedade e, sob o argumento da desburocratização, não faz menção expressa ao chamamento popular na participação da

construção dos pilares da política urbana. Dessa forma, a presente seção tem como objetivo analisar os pilares da política pública urbana, especificamente com relação ao viés da regularização fundiária.

No que tange à formulação das políticas públicas, especialmente as de regularização fundiária e urbanística, registra-se que é competência do Poder Executivo definir o interesse público. Para tanto, devem-se levar em conta critérios de conveniência e oportunidade, os parâmetros definidos pela legislação constitucional e infraconstitucional, além da vontade dos destinatários dessa política. Trata-se de ato discricionário cujos motivos e objetos são definidos estritamente, na estrutura institucional do Estado Brasileiro.

Sobre o conceito de Poder Discricionário, José dos Santos Carvalho Filho assevera: "é a prerrogativa concedida aos agentes públicos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público"[240].

Nesse sentido, a opção pela regularização fundiária e urbanística de assentamentos informais em solo urbano, de acordo com o novo contexto jurídico-institucional, encontra respaldo legal na Constituição Federal. Isso se comprova pelo fato de ela atender ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF); contribuir para o cumprimento de dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III da CF); contribuir, também, para o cumprimento da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII da CF); para o atendimento ao direito social à moradia (art. 6º da CF) e, por fim, para o disposto no capítulo da Política Urbana (arts. 182 e 183).

Tendo em vista o quadro social alarmante relacionado ao déficit habitacional no Brasil e todas essas previsões legais, políticas e programas governamentais, tornam-se extremamente contraditórias as opções administrativas que privilegiam o remanejamento de moradores de ocupações urbanas consolidadas.

A diretriz da política urbana é conhecer, zelar e garantir que os imóveis urbanos, públicos ou particulares, cumpram sua função

[240] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 47.

socioambiental. Dessa forma, a finalidade da atuação estatal é a implementação de políticas voltadas para um novo modelo de desenvolvimento econômico e social, baseado na inclusão social e territorial, além do fomento ao desenvolvimento sustentável.

Outra diretriz igualmente importante é garantir que a regularização fundiária ocorra de forma articulada com a regularização urbanística e ambiental, o que viabiliza o ordenamento espacial, impedindo o adensamento do território. Nessa linha, os órgãos públicos de patrimônio devem implementar políticas públicas de habitação, de acordo com os termos disciplinados na CRFB/88. Maria Paula Dallari Bucci, enfrentando o tema da política de desenvolvimento urbano como política pública, afirma que:

> A política pública visa atingir objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados. É um conjunto de medidas coordenadas com objetivo de impulsionar a máquina governamental para realizar um objetivo de ordem pública […]. São arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa […][241].

Diante do conceito apresentado, é importante ressaltar que não se trata de uma política de governo, e muito menos de uma política de Estado. A hipótese em análise aborda, de forma ampla, a atuação do Poder Executivo na consolidação de uma política com conteúdo pragmático direto e imediato, garantindo e consagrando os objetivos essenciais da república brasileira.

Política pública é o espaço que o Estado tem de discricionariedade para o cumprimento de prestações positivas exigidas pela CRFB/88 e a legislação complementar. Tal discricionariedade deve levar em conta critérios de conveniência e oportunidade, além da vontade dos destinatários dessa política.

É conhecida a tradicional discussão e abordagem acerca do controle judicial das políticas públicas, com a ferrenha crítica ao ativismo judicial de promotores e juízes. Ocorre que intervenções realizadas durante a elaboração de projeto de regularização fundiária, tanto pelo Poder

[241] BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito*. In: _____ (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

Judiciário, quanto pelo Legislativo, são consideradas hipóteses de ativismo, impedindo, assim, que propostas de regularização fundiária sejam apreciadas e implementadas pelos órgãos competentes.

O controle de políticas públicas pelo Judiciário e pelo Legislativo é realizado em caráter excepcional. É sabido que não é função desses poderes a formulação dessas políticas, papel essencial do Executivo, restando àqueles apenas o controle de sua legalidade. Maria Paula Dallari Bucci conceitua política pública a partir dessa lógica de discricionariedade do Poder Executivo:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição do Estado para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, *expressando a seleção de prioridades*, a reserva dos meios necessários a sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados [242].

De acordo com o conceito apresentado, é certo que, para uma política pública gozar de legitimidade, não basta sua conformação com o ordenamento jurídico e o cumprimento das normas predefinidas do programa, mas, sim, que ela venha a atingir interesses sociais relevantes, consagrando os preceitos tutelados pela CRFB/88. Portanto, não restam dúvidas de que uma política pública habitacional tem que ser desenvolvida no interesse público e de acordo com os anseios da sociedade. A seleção de prioridades na disponibilidade do patrimônio público é realizada pelo Executivo, levando em conta seu reflexo substantivo no meio social.

Abordando a questão dos reflexos da política pública na vida da população, bem como a escolha de prioridades pelo Poder Executivo, é elucidativa a afirmação de Maria Goretti Dal Bosco:

---

[242] BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito*. In: _____ (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40-41. Grifo nosso.

> A prestação de serviços públicos de qualidade, como meta final da atuação da administração pública, só pode se concretizar na medida em que o cidadão passa a ser ouvido em suas expectativas e, com isso, torna-se integrante dos mecanismos que configuram as determinações do interesse público. Logo, a aproximação da administração pública com os cidadãos deveria ser o objetivo fundamental das estruturas de governo[243].

É imprescindível salientar, dentro da perspectiva de política pública exposta, que a eleição das prioridades deve respeitar a efetivação dos direitos fundamentais e sociais. A regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares, como instrumento de política pública, é um exemplo de escolha de prioridade realizada pelo Poder Executivo.

Além da análise da implementação dessas políticas sob a ótica da consagração dos direitos fundamentais, também é fundamental sua análise a partir do contexto de direito à cidade, instituído pela Lei nº 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade. Essa nova lógica impõe ao Estado a concretização de políticas de inserção de todo cidadão nesse novo contexto de cidade, garantindo a moradia a partir da regularização fundiária. Confira-se o que afirma Maria Garcia sobre políticas públicas da cidade:

> Desde que, portanto, a Cidade surge como um projeto de vida em comum à ordem social (à felicidade, como visto em Kelsen), necessário delimitar políticas públicas – "metas coletivas conscientes" (Hugo Assman) – nesse mesmo sentido de delimitação, isto é, dentre as várias necessidades coletivas aquelas que serão priorizadas pelo Poder Público para atendimento, é dizer, necessidades públicas; a serem atendidas pelo esforço de toda a sociedade[244].

Para o cumprimento dos termos do Estatuto da Cidade e o pleito por uma cidade inclusiva, a escolha de prioridades realizadas pelo Executivo deve atender ao núcleo essencial do direito fundamental à moradia. O artigo 182 da CRFB/88 disciplina o princípio básico que

---

[243] DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*: capítulo III. Curitiba: Juruá, 2008. p. 252.

[244] GARCIA, Maria. *A cidade e o Estado, políticas públicas e o espaço urbano*. In: _____ (Org.). *A cidade e seu estatuto*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 27.

orienta todas as políticas públicas urbanas: a função social das cidades. O dispositivo constitucional é regulamentado pelo artigo 2º do Estatuto da Cidade, que determina os objetivos da política urbana. Analisando esse dispositivo, Rosangela Luft destaca:

> O artigo 2º do Estatuto da Cidade, ao estabelecer as diretrizes gerais ao exercício das ações urbanísticas, reforça que todas têm idêntico escopo e acrescenta à função social da cidade o princípio da função social da propriedade. São eles, portanto, a nascente principiológica que delineia tanto as atividades dos poderes públicos nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, quanto as atitudes dos particulares em quaisquer questões que se refiram ao uso e ocupação do solo e à urbanização dos espaços e assentamentos urbanos. No que diz respeito ao princípio da função social da cidade, não há (ainda) uma cultura jurídica solidificada. As abordagens mais frequentes a respeito da cidade e da urbanificação partem do âmbito patrimonial individual, este enquanto esfera de direitos dotada de determinados limites que autorizam a ingerência do Estado em prol do interesse público […]. No Brasil o princípio da função social da cidade foi inaugurado expressamente em texto constitucional no ano de 1988 e, desde então, possui esparsas teorizações no ambiente jurídico. Trata-se de uma baliza precursora da ação estatal que deve servir de referência na adequação e implementação de políticas municipais de urbanificação, mas que demanda o estabelecimento de alguns marcos acerca do seu conteúdo[245].

As políticas públicas de desenvolvimento urbano devem estar amparadas no princípio da função social da propriedade, de que fala Luft. Assim, é preciso que a postura do gestor público consagre os elementos contemporâneos formadores das cidades em ampla convergência com os preceitos constitucionais e legais citados.

Seguindo os diversos encontros internacionais de discussão acerca da cidade, tratados, declarações e cartas, alguns elementos formadores da

[245] LUFT, Rosangela Marina. *A cidade enquanto direito à função social*. In: _____ (Org.). *Políticas públicas urbanas*: premissas e condições para efetivação do direito à cidade. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 112.

função social das cidades devem ser respeitados, entre eles: habitação, trabalho, lazer, circulação, planejamento urbano, mínimo existencial, gestão democrática, urbanização como função pública, sustentabilidade ambiental e descentralização das políticas[246]. Os órgãos públicos de patrimônio devem balizar as políticas urbanas, especialmente aquelas que estão relacionadas com a regularização fundiária, a partir desses elementos formadores.

A decisão do ente público no sentido de garantir a regularização fundiária de assentamentos informais representa o legítimo exercício de uma competência constitucional, outorgada ao Executivo por força dos artigos 3º, inciso III; 23, inciso X; e 183, § 1º, *in fine*, da CRFB/88. É, portanto, temerário outros poderes imiscuírem-se no mérito das políticas públicas de regularização fundiária, sob pena de se afrontar o princípio da separação e independência dos poderes.

A Administração Pública deve realizar projetos de regularização fundiária de acordo com o contexto institucional e jurídico pautado pela seguinte legislação: Lei nº 10.257/2001; Lei nº 11.448/2007; CC/2002; CRFB/88 e Lei nº 13.465/2017. Até a edição desta última norma, a regularização fundiária deveria ser articulada com a regularização urbanística e ambiental, além de ser fruto de uma convergência de ideias (formação de um consenso) entre o Executivo e os destinatários da política pública.

Os projetos de regularização fundiária devem ser desenvolvidos com o objetivo de permitir a inclusão social e territorial de ocupantes de assentamentos informais, com ordenamento espacial e delimitação de território. Devem ser respeitadas normas urbanísticas que permitam preservar o ordenamento adotado e controlar o adensamento do espaço cedido à comunidade, sempre na tentativa de preservar ao máximo a

[246] Letícia Marques Osório cita alguns diplomas internacionais que consagram o direito à cidade e seus elementos formadores: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978; Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976; Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992; Carta Social Europeia, revisão de 1996; Agenda Habitat de 1996; bem como os comentários gerais nºs 04 e 07 do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (OSÓRIO, Letícia Marques. *Direito à moradia adequada na América Latina.* In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito à moradia e segurança da posse*: diretrizes, instrumentos e processo de gestão. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 31-32.)

ocupação original, realizando realocações apenas na hipótese de risco para o morador.

Um dos critérios mais relevantes observados na elaboração de projetos de regularização fundiária é a participação efetiva dos moradores, a quem essa política se destina, com ampla formação de um consenso entre todos os atores envolvidos. O Executivo, responsável pela formulação de políticas de desenvolvimento urbano, seguindo os termos da CRFB/88 e da legislação infraconstitucional, deve formular projetos de regularização de acordo com as necessidades apresentadas pelos próprios ocupantes. Dessa forma, os critérios técnicos deverão respeitar questões sociais, culturais, históricas e ambientais.

O projeto de regularização fundiária, como instrumento de política pública urbana, deve ser fruto de uma convergência de vontades e interesses específicos. Isso demonstra a participação efetiva do cidadão na formulação dessa política, consagrando o princípio democrático presente em grande parte da legislação urbanística. Nessa linha, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, incisos I, II, III, IV e XIV, disciplinando as diretrizes gerais da política urbana, determina que:

> Art. 2º - A *política urbana* tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – *gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; […] XIV –

> *regularização fundiária* e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais[247].

Seguindo as diretrizes apresentadas, especialmente no inciso II, que prevê a gestão democrática por meio da participação da população na formulação, execução e acompanhamento dos projetos de desenvolvimento urbano, reitera-se que a política pública urbana deve ser resultado de um consenso. A atuação estatal deve ser balizada, sempre dentro de critérios técnicos, pelas demandas das pessoas contempladas pela própria política pública a ser realizada.

Nessa linha, a título de exemplo, a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, disciplinava o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Ele determinava, em seu artigo 48, inciso III, que os destinatários da regularização fundiária deveriam participar de todas as etapas desse processo[248]. Tal inciso, que demonstrava a preocupação com a efetiva participação popular na formulação das políticas públicas, foi revogado pela Lei nº 13.465/2017. Essa mesma lei modificou quatro regimes jurídicos instituídos nas últimas décadas: (i) regularização fundiária rural; (ii) regularização fundiária urbana; (iii) regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal e (iv) regime sobre os imóveis da União, em especial sobre o regramento da alienação desses imóveis. Ela foi regulamentada pelo Decreto 9.310, de março de 2018.

---

[247] BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022. Grifos nossos.

[248] "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: […] III - participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização" (BRASIL. *Lei nº 11.977, de 7 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. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

O antigo marco legal de regularização fundiária, Lei nº 11.977/2009, é uma lei federal, portanto, só disciplinava a regularização fundiária em áreas da União. Já a Lei nº 13.465/2017 é nacional, disciplinando a regularização fundiária em bens públicos de todos os entes da federação.

A referida lei de 2017 desconstruiu o arcabouço jurídico existente acerca da regularização fundiária, especialmente a urbana. O regramento anterior estava consolidado nos seguintes pilares: (i) Lei 6766/79, que disciplina o parcelamento do solo em todo o território nacional; (ii) CRFB/88, que introduz o capítulo próprio da Política Urbana; (iii) Lei 10.251/2001 (Estatuto da Cidade), que regulamenta os artigos da Constituição sobre política pública urbana, e (iv) Lei 11.977/09, considerada, até então, o mais importante instrumento jurídico a tratar da matéria da regularização fundiária urbana.

A Lei nº 13.465/2017 revogou os seguintes dispositivos: parte da Lei nº 6.015/1973; parte da Lei nº 6.766/79 (parcelamento do solo urbano) e o Capítulo III da Lei nº 11.977/2009. Com essas revogações e o tratamento outorgado aos institutos da regularização, o novo marco legal passou a impor uma inversão da lógica da política urbana. A dinâmica consolidada no ordenamento jurídico nacional nesse campo, desde a CRFB/88, era pautada pelo respeito aos seguintes princípios: (i) moradia digna; (ii) função social da posse, da propriedade e da cidade; (iii) autonomia da posse frente à propriedade; (iv) adequado ordenamento territorial; (v) implantação de infraestrutura e garantia de áreas públicas; e (vi) participação da sociedade no desenvolvimento das políticas urbanas.

A Lei nº 13.465/2017 impõe uma inversão nessa lógica, a partir dos seguintes preceitos: (i) competitividade; (ii) eficiência energética; (iii) complexidade funcional (art. 9º § 1º); (iv) eficiência na ocupação e no uso do solo (art. 9º § 1º); e (v) privilégio da proteção à propriedade e não à posse, como será abordado em capítulo próprio.

A nova lei também deixa de disciplinar conceitos importantes para a regularização fundiária, como: (i) área urbana consolidada e (ii) as etapas da regularização fundiária. Além disso, deixa de regulamentar um mecanismo importante para a regularização fundiária, como o artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º do Código Civil.

A partir da problematização apresentada, conclui-se que a nova lei alterou, de maneira substancial, a política pública de regularização

fundiária, uma vez que, com a revogação do Capítulo 3 da Lei nº 11.977; dos artigos 288-A a 288-G, que tratam do registro da regularização fundiária na Lei 6.015/73; e com a inaplicabilidade de parte da Lei 6.766/79 (art. 57), desconstruiu a lógica consolidada no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, o privilégio em disciplinar a questão proprietária ignora o esforço teórico feito durante anos para garantir autonomia e o mesmo grau de importância aos institutos da posse e da propriedade, como ainda será abordado no presente capítulo.

Mesmo diante das alterações realizadas pela Lei nº 13.465/2017, especialmente com a revogação do artigo 48, inciso III da Lei nº 11.977/2009, a participação popular na formatação de políticas públicas de regularização fundiária ainda pode ser considerada mandatória, por força do artigo 2º, inciso II da Lei nº 10.257/2001. Ele legitima e institucionaliza a participação dos destinatários na formulação da política pública, dando, assim, substância e uma ambiência democrática à atuação do Poder Executivo.

A ordem jurídica contemporânea impõe uma perspectiva participativa em todas as esferas estatais, ou seja, em toda a atuação do poder público na solução dos conflitos concretos, especialmente na implementação de políticas públicas. O Estatuto da Cidade apresentou ao administrador público parâmetros que devem ser obedecidos nas práticas positivas do Estado. No que tange à participação popular, a gestão democrática das políticas urbanas é um desses parâmetros, em que a normatividade buscou aproximar o ente público da realidade concreta, intensificando a legitimidade de suas políticas.

Jürgen Habermas, em seu trabalho sobre direito e democracia, entre facticidade e validade, faz uma construção sobre a participação do cidadão no processo legislativo como uma forma de dar legitimidade à atuação concreta da norma, deixando claro que toda essa sistemática se apoia no princípio da soberania popular. Segundo o autor, tal construção apresenta um paradoxo, uma vez que a legitimidade surge a partir da legalidade, como demonstra o trecho:

> porque esses direitos dos cidadãos têm, de um lado, a mesma estrutura de todos os direitos, os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade de arbítrio. Mesmo sem levar em conta as diferenças nas modalidades de uso desses direitos, os direitos políticos também

> devem e podem ser interpretados como liberdades de ação subjetivas, as quais simplesmente fazem do comportamento legal um dever, portanto, liberam os motivos para um comportamento conforme as regras. De outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência[249].

Nesses termos, a atuação estatal será pautada a partir de regras que foram formuladas pela atuação dos titulares dos direitos políticos e devem balizar a sua própria atuação naquela comunidade, especialmente no que diz respeito à gestão democrática. As legislações urbanísticas infraconstitucionais, bem como o capítulo de política urbana da CRFB/88, são uma consequência do Fórum Nacional de Política Urbana, que realizou encontros em todo o país na década de 1980. A agenda do pensamento da política urbana nesse período foi caracterizada por uma ampla produção acadêmica e participação dos movimentos sociais, que influenciaram e pautaram a produção legislativa urbanística[250].

Os parâmetros da legislação foram fixados a partir de demandas formuladas pela própria população, demonstrando a conformação de um processo legislativo democrático. Dessa forma, a base legislativa da política pública urbana é pautada pela legitimidade, atendendo, assim, à realidade concreta e satisfazendo as expectativas dos destinatários dessa política.

A participação popular está positivada, tornando a norma um verdadeiro fruto de construção coletiva e democrática. A população participa da elaboração dos termos da lei e esta, por sua vez, garante a participação da própria população na formulação e implementação de políticas públicas, inclusive, na escolha da prioridade pública. O consenso outorga à decisão administrativa ampla legitimidade, blindando a atuação estatal de qualquer tipo de intervenção ou controle, sobretudo de outros poderes (Judiciário e Legislativo), salvo na hipótese de lesão a direito.

---

[249] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 114-115.
[250] MARICATO, Ermínia. *Impasses da política urbana no Brasil.* 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 117-120.

A legitimidade do direito positivo está no processo democrático imposto à produção normativa. As normas de direito urbanístico são fruto de um processo democrático de construção dos parâmetros da política urbana brasileira. Nesses termos, os destinatários da política pública devem ratificá-la, estabelecendo um consenso entre administradores e administrados[251].

A imposição de uma política pela Administração Pública que estivesse em desacordo com as demandas e a própria vontade dos cidadãos envolvidos, estaria em oposição à formação discursiva de consensos a partir de uma lógica procedimental. A coerção, por meio da força estatal, cria um ambiente em que as políticas públicas são despidas de legitimidade democrática, uma vez que, nesse caso, a escolha da prioridade pública foi realizada pelo Executivo sem a convergência de vontades necessária, ou, nos dizeres de Habermas, de uma vontade racional[252].

O já citado artigo 2º, inciso II do Estatuto da Cidade determina a participação popular na elaboração de projetos de desenvolvimento urbano; por sua vez, o inciso III impõe a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de

[251] De acordo com Habermas: "certamente a fonte de toda a legitimidade está no processo democrático da legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo. Todavia, o modo como o positivismo jurídico introduz esse princípio não preserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos – a proteção da liberdade individual" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 122); "o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições e um procedimento democrático, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes". (Ibid., p. 127.)

[252] Ainda segundo Habermas: "Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados, discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente" (Ibid., p. 138). Na mesma linha, definindo o conceito de discurso racional, Habermas afirma que "toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade [é] problemática, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também as negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente" (Ibid., p. 142).

urbanização, em atendimento ao interesse social, garantindo, assim, uma interlocução entre a sociedade e os próprios agentes do Estado.

No mesmo sentido, o artigo 40 do Estatuto da Cidade estabelece o plano diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. Seu § 4º determina que, no processo de elaboração do plano, os poderes municipais deverão promover audiências públicas com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade. Tal imposição demonstra a institucionalização, na legislação infraconstitucional, de veículos de diálogo que deverão lastrear a política pública urbana brasileira. O diálogo entre os diversos órgãos do poder público e dele próprio com o cidadão está previsto em lei[253].

As pretensões indicadas anteriormente são validadas a partir de argumentos comuns, ou seja, com uma força racionalmente motivadora, formando um consentimento apoiado em tomadas de posição recíprocas. Assim, a liberdade meramente subjetiva permite aos indivíduos sair do espaço público (espaço comunicativo) e tomar apenas uma posição de observação[254]. O princípio do discurso deve, então, assumir, pela via da institucionalização jurídica, o papel de um princípio da democracia, legitimando a escolha da prioridade pública.

A teoria do discurso, aplicada à política pública de desenvolvimento urbano, outorga legitimidade às normas de ação em geral, que podem ser separadas em cinco categorias: (i) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (ii) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro em uma associação voluntária de parceiros do

[253] "Art. 40 - O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.
§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – *a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade*; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos". (BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022. Grifo nosso.).
[254] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 156.

direito; (iii) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (IV) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam direito legítimo; e (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados anteriormente[255].

No que tange à quarta categoria (direito fundamental à participação) são os próprios cidadãos que poderão avaliar se o direito que estão criando é legítimo. Os cidadãos têm sua participação e a possibilidade direta de influenciar na vontade do legislador institucionalizada. Assim, constitui-se um processo legislativo democrático, em que o cidadão influencia na elaboração da norma, outorgando-lhe legitimidade.

É o que ocorre na elaboração do plano diretor, uma vez que as audiências públicas, previstas no Estatuto da Cidade, têm o objetivo de permitir a participação do cidadão na formulação dessa lei municipal, definindo a atuação do legislador na escolha das prioridades em políticas públicas urbanas. Com isso, todo cidadão pode participar dos processos relevantes de deliberação e decisão na formação do sistema normativo, sempre nos termos de uma liberdade comunicativa, em que a posição de cada um possa ser avaliada de maneira igual.

Dever-se-á, portanto, garantir a todos iguais direitos políticos fundamentais, para que o povo exerça sua soberania a partir de uma formação discursiva da soberania e da vontade. A institucionalização jurídica das técnicas discursivas é uma forma de legitimar a própria normatização jurídica.

Na linha do que foi exposto, é possível afirmar que a autonomia no âmbito privado é necessária para garantir uma autonomia no âmbito público, uma vez que apenas a autonomia privada pode garantir a liberdade de igual participação no processo político democrático (formação discursiva das decisões políticas). Assim, a teoria discursiva une o

[255] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 159-160.

ambiente privado ao público, garantindo e estabelecendo um diálogo entre o destinatário da política pública e o seu autor.

Com isso, a legislação urbanística estabelece um espaço público dialógico, institucionalizando procedimentos participativos que permitem ao cidadão atuar nas decisões políticas, outorgando legitimidade diante do consenso firmado. Nessa toada, após a formação do consenso, a atuação estatal deixa de ser discricionária e passa a estar vinculada aos termos da convergência de vontades preestabelecidas. O respeito ao consenso criado deve ocorrer não apenas por parte dos entes envolvidos, mas, também, de todos os atores estatais.

A participação popular na eleição da prioridade pública, no que tange à formulação de políticas urbanas, evita a apropriação de todo esse processo por parte do poder econômico, ou seja, pelas empresas privadas. É importante ressaltar que a política urbana (planejamento urbano e regularização fundiária) é competência do Estado, mas, como afirma Ermínia Maricato:

> planejamento é competência do Estado e este é a expressão das classes dominantes, daí a impossibilidade do planejamento democrático e igualitário. Essa assertiva, que pode ser baseada nas complexas e brilhantes análises de Henri Lefebvre, entre outros marxistas, é aplicada indistintamente, para Paris ou São Paulo[256].

De acordo com a autora, a efetivação do planeamento democrático, nos moldes elencados na presente seção, é um dos grandes obstáculos contemporâneos. Para tanto, diversas razões podem ser lembradas, entre elas[257]: (i) dificuldade de lidar com a máquina pública administrativa; (ii) aplicação arbitrária da lei, diante da influência do poder econômico e político; (iii) relação direta entre patrimônio e direito, com cidadania restrita, a partir de relações de privilégio; (iv) confusão entre as esferas pública e privada; e (v) distanciamento em relação à realidade local e à prática legislativa.

[256] MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 48.
[257] Ibid., p. 51.

O afastamento da exigência acerca da participação popular no desenvolvimento de políticas públicas urbanas, com a revogação de parte da Lei nº 11.977/2009, foi justificado como uma medida para desburocratizar o processo, intensificando a discricionariedade estatal. Ocorre que a participação desses ocupantes é o elemento central, que permite outorgar legitimidade à atuação do poder público. Como demonstrado, essa participação é imposta diretamente pela Lei nº 10.257/2001, independentemente de inserção expressa no novo marco legal de regularização fundiária.

A referida conformação democrática deve avaliar, por exemplo, qual instrumento deve ser aplicado à regularização; de que forma será outorgado (individual, coletiva, transmissível, intransmissível); qual destinação o ocupante lhe poderá conferir, entre outras determinações. Assim, a discricionariedade da administração pública na realização de políticas urbanas de regularização fundiária é preservada, mas sua legitimidade depende da participação popular, especificamente dos destinatários dessas políticas, no processo de tomada de decisão. É apenas a partir de uma lógica democrática que a política de regularização conseguirá adesão social e resultado efetivo.

A regularização fundiária desenvolvida nesses termos garantirá a fixação substancial das pessoas no território. A remoção arbitrária dos ocupantes de assentamentos urbanos consolidados atua para a formação de um ambiente urbano segregado, afastando dos locais de infraestrutura aqueles que estão em uma situação de informalidade. Desse modo, a opção pelo sistema mais adequado deve levar em conta a diminuição da intensidade desses deslocamentos.

Diante do exposto, para um enfrentamento da problemática apresentada no presente trabalho, especialmente com relação à democratização do acesso à terra nas cidades, é imperiosa a manutenção de uma política pública urbana com ampla participação popular, concretizando os ditames acerca da gestão democrática desses espaços. Com isso, é possível evitar que os instrumentos de regularização fundiária sejam apropriados pelos atores do mercado imobiliário e utilizados de forma seletiva, como mais um modo de reprodução do capital nas cidades. A próxima seção trará uma reflexão mais detalhada acerca da regularização fundiária como instrumento da própria política pública urbana.

2.2.2. A regularização fundiária plena como instrumento da política pública urbana

A legislação ordinária não faz referência aos fundamentos constitucionais da regularização fundiária, mas é possível indicá-los no artigo 24, incisos I e IV da CRFB/88[258]. Esse dispositivo outorga competência concorrente à União, aos estados e ao Distrito Federal para legislar sobre urbanismo e meio ambiente. Deve-se ressaltar que a competência da União está limitada a estabelecer normas gerais, cabendo aos estados (também aos municípios) e ao Distrito Federal a competência suplementar.

A União disciplinou as normas gerais acerca da regularização fundiária tanto na Lei nº 11.977/2009, já parcialmente revogada, quanto na Lei nº 13.465/2017, em pleno vigor. As normas gerais indicadas serão analisadas de forma detalhada posteriormente, com o intuito de construir um conceito de regularização fundiária, bem como apresentar as modificações recentes em seus objetivos e sua função. Cumpre ressaltar que, nas duas leis, a União acaba pormenorizando demais a estrutura da regularização fundiária, praticamente avançando na competência suplementar dos demais entes federados, beirando a inconstitucionalidade[259].

O jornal *Estado de Minas*, em 2019, publicou uma reportagem que demonstra o quanto a ausência de uma política efetiva de regularização fundiária interfere na vida das pessoas:

> Moradora de Virginópolis, de 10 mil habitantes, no Vale do Rio Doce, a técnica em enfermagem Suely Alves do Perpétuo Silva diz que realizou um verdadeiro sonho ao receber

[258] "Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; […] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

[259] Seguindo essa orientação, defende José Afonso da Silva: "Aqui só queremos observar que a União, sempre que se lhe dá competência para estabelecer normas gerais, acaba descendo a pormenores que extrapolam o conceito de normas gerais e, por isso, resvala para as fronteiras da inconstitucionalidade". (SILVA. José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 393.)

> a escritura do imóvel onde a família mora há mais de 10 anos. No Norte do estado, em Mirabela, o comerciante Elias Soares da Fonseca ainda aguarda ansiosamente para ter em mãos a documentação do seu estabelecimento na chamada "terra do santo", área que tem São Sebastião como "dono", desde que fazendeiros doaram uma gleba para o santo no fim século 19[260].

A partir do que foi exposto na seção anterior, é possível inferir que a regularização fundiária é um dos instrumentos da política pública urbana. Tal afirmação nos leva à necessária análise conceitual do que vem a ser esse instituto, tanto com relação a sua estrutura, quanto a sua função, ou seja, se realmente é possível afirmar a existência de um modelo específico de regularização. Sobre esse assunto, no capítulo 4, será apresentada, com mais detalhe, a hipótese de que o modelo de regularização fundiária urbana consolidado no Brasil foi alterado pela Lei nº 13.465/2017.

Nessa seara, a proposição será iniciada com a análise do conceito de regularização fundiária presente na doutrina especializada, bem como na legislação em vigor. A partir dessa investigação, observar-se-á a convergência ou não de elementos apresentados pela doutrina e sua coerência com o direito positivado. Somente após essa verificação será possível uma inferência mais específica acerca do possível modelo de regularização existente no Brasil.

Iniciando a tentativa por uma busca conceitual, vejamos o que afirmam José Renato Nalini e Wilson Levy acerca do tema: "Regularização fundiária é o processo que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, com a finalidade de integrar assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades[261]".

Os autores fazem a inserção da regularização urbanística como elemento integrante da regularização fundiária. Como será exposto, há uma diferença conceitual relevante para ambos os processos. Além disso, eles

---

[260] RIBEIRO, Luiz. *Metade dos imóveis urbanos no país não teme escritura*. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/07/28/interna_politica,1072944/metade-dos-imoveis-urbanos-no-pais-nao-tem-escritura.shtml>. Acesso em: 29. jul. 2019.

[261] NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Coord.). *Regularização fundiária*: de acordo com a Lei 12.651/2012 – Novo Código Florestal, com a redação dada pela Lei 12.727/2012. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 3.

associam como foco exclusivo desse processo os denominados "assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades". Não fazem qualquer inferência a situação proprietária ou possessória. Isso nos leva à conclusão de que, na visão dos autores, a regularização poderia se dar tanto por meio da posse quanto da propriedade.

A referência às questões urbanísticas e ambientais inseridas no conceito de regularização são explicadas pelos próprios autores no seguinte trecho:

> A irregularidade fundiária pode ser *dominial*, ou seja, o possuidor ocupa terra pública ou privada, mas não tem título sobre essa ocupação. Mas pode ser também *urbanística* e *ambiental*, se o parcelamento do solo está em desacordo com a legislação urbanística e ambiental e não foi devidamente licenciado[262].

Nessa linha, há uma diferenciação, inserida no conceito fundiário, de regularização dominial, urbanística e ambiental. Assim, é possível que uma determinada ocupação esteja regularizada do ponto de vista dominial, ou seja, devidamente titulada, mas irregular no que tange às questões urbanísticas ou ambientais. Com isso, o primeiro enfrentamento que deve ser feito é solucionar qualquer tipo de controvérsia acerca da imprescindibilidade ou não de identificar a regularização apenas como dominial, ou inserir questões urbanísticas e ambientais em sua definição.

A Lei nº 11.977/2009, parcialmente revogada pela Lei nº 13.465/2017, apresentava uma definição ampla de regularização fundiária em seu artigo 46:

> Art. 46 - 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

[262] NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Coord.). *Regularização fundiária*: de acordo com a Lei 12.651/2012 – Novo Código Florestal, com a redação dada pela Lei 12.727/2012. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6.

> sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[263].

A partir da definição apresentada pelo artigo, é possível constatar duas finalidades da regularização fundiária: (i) regularização do próprio assentamento irregular, a partir de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais – ou seja, demarcação da área ocupada, instalação de serviços públicos e promoção de infraestrutura básica para garantir condições dignas de moradia; e (ii) titulação dos ocupantes de tais assentamentos, após a formalização de toda a área.

A legislação indicada foi revogada pela Lei nº 13.465/2017, conversão da Medida Provisória nº 759/2016. A nova lei institui, em todo o território nacional, normas gerais acerca da regularização fundiária urbana, referenciada pela sigla REURB. O artigo 9º, *caput* da nova legislação segue a mesma linha do artigo 46 da Lei nº 11.977/2009, uma vez que apresenta um conceito multidisciplinar de regularização fundiária. Vejamos:

> Art. 9º - Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (REURB), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes[264].

Nos termos do artigo citado, a regularização fundiária continua abrangendo as medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais,

---

[263] BRASIL. *Lei nº 11.977, de 7 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. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

[264] BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; […] e dá outras providências. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

mantendo, com isso, uma visão interdisciplinar do tema[265]. Mesmo assim, é possível identificar profundas alterações no conceito de regularização fundiária: o artigo 46 da lei de 2009 possuía quatro pilares, alguns já mencionados: (i) medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais; (ii) objetivo na regularização de assentamentos irregulares; (iii) titulação dos ocupantes de assentamentos irregulares; e (iv) garantia do direito social à moradia, do pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O artigo 9º da Lei nº 13.465/2017, por sua vez, aponta os seguintes pilares: (i) medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais; (ii) objetivo na incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e (iii) a titulação de seus ocupantes. É importante ressaltar que a nova lei não faz qualquer referência ao direito social à moradia, ao pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, tampouco ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os pilares conceituais da regularização fundiária indicados na legislação serão analisados de forma detalhada, levando em conta as alterações impostas pela Lei nº 13.465/2017.

Nessa perspectiva multidisciplinar, a regularização fundiária tem o papel de evitar uma violação aos padrões de desenvolvimento urbano, evitando, com isso, que o crescimento urbano provoque uma distorção na estrutura socioespacial da cidade. Por essa razão, devem ser observadas medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta um histórico considerável de normas que tentam estabelecer os parâmetros para a regularização fundiária. São inúmeras as medidas jurídicas previstas nessa legislação, como a Lei nº 6.766/1979, que traz uma previsão normativa acerca do parcelamento do solo urbano; a própria Lei nº 11.977/2009 e a atual Lei nº 13.465/2017.

A referida 6.766/79, lei federal de parcelamento do solo urbano, buscou estabelecer um regramento uniforme acerca da ocupação desse espaço. No que tange à regularização urbanística, seu objetivo é a adequação do parcelamento do solo perante o município, os estados, o

[265] SILVA. José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 392. De acordo com o autor: "Por aí se vê que a regularização fundiária urbana exige atuação multidisciplinar. É um problema basicamente urbanístico, mas para sua efetivação se requer a presença de arquitetos-urbanistas, de ambientalistas, de sociólogos e de juristas".

Distrito Federal e a União, quando for o caso. Além disso, ela busca corrigir questões referentes à infraestrutura urbana em geral, como as vias de circulação e os espaços públicos.

Hely Lopes Meirelles afirma que o urbanismo é um: "Conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade"[266]. Dessa forma, a organização dos espaços urbanos é o viés central do que devemos entender como regularização urbanística, o que nos leva à conclusão de sua necessária anterioridade a qualquer processo de titulação.

Partindo do pressuposto conceitual apresentado, os pilares da regularização urbanística são as normas referentes ao: (i) parcelamento do solo; (ii) uso e ocupação dele; bem como (iii) normas edilícias. O pleno desenvolvimento das cidades depende de uma regulação acerca desses pilares, evitando que inúmeros problemas sejam desencadeados, por exemplo: colapso do sistema de transportes, assoreamento dos rios, aumento de processos erosivos, precariedade do saneamento básico, ausência de equipamentos urbanos e comunitários, crescimento desordenado, entre outros.

A regularização fundiária deve levar em conta os aspectos urbanísticos, assim como os ambientais. Dessa forma, o termo "sustentável" deve acompanhar a dinâmica da regularização, consagrando a expressão "regularização fundiária sustentável". Nesse sentido, é imprescindível a remição ao Capítulo 7 da Agenda 21 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD). Tal conferência foi realizada em 1992, no Rio de Janeiro, e também é conhecida como ECO-92. No referido capítulo, estavam preconizadas as seguintes providências: (i) oferecer a todos habitação adequada; (ii) aperfeiçoar o manejo de assentamentos humanos; (iii) promover o planejamento e o manejo sustentável do uso da terra; (iv) promover a existência integrada da infraestrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos; (v) promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos; (vi) promover o planejamento e o manejo dos assentamentos humanos localizados em áreas sujeitas a desastres; (vii) promover atividades

[266] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 585.

sustentáveis na indústria da construção; e (viii) promover o desenvolvimento dos recursos humanos e da capacitação institucional e técnica para o avanço dos assentamentos humanos[267].

Na mesma linha, o artigo 9º da Resolução CONAMA 369/06, ao disciplinar a regularização fundiária sustentável de área urbana, condiciona-a aos seguintes requisitos:

> Art. 9º - A intervenção ou supressão de vegetação em APP [(Áreas de Vegetação Permanente)] para a regularização fundiária sustentável de área urbana poderá ser autorizada pelo órgão ambiental competente, observado o disposto na Seção I desta Resolução, além dos seguintes requisitos e condições: I - ocupações de baixa renda predominantemente residenciais; II - ocupações localizadas em área urbana declarada como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) no Plano Diretor ou outra legislação municipal; III - ocupação inserida em área urbana que atenda aos seguintes critérios: a) possuir no mínimo três dos seguintes itens de infraestrutura urbana implantada: malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água, rede de distribuição de energia; b) apresentar densidade demográfica superior a cinquenta habitantes por hectare; IV - localização exclusivamente nas seguintes faixas de APP: a) nas margens de cursos de água, e entorno de lagos, lagoas e reservatórios artificiais, conforme incisos I e III, alínea "a", do art. 3º da Resolução CONAMA nº 303, de 2002, e no inciso I do art. 3º da Resolução CONAMA nº 302, de 2002, devendo ser respeitadas faixas mínimas de 15 m para cursos de água de até 50 m de largura e faixas mínimas de 50 m para os demais; b) em topo de morro e montanhas conforme inciso V, do art. 3º, da Resolução CONAMA nº 303, de 2002, desde que respeitadas as áreas de recarga de aquíferos, devidamente identificadas como tal por ato do poder público; c) em restingas, conforme alínea "a" do IX, do art. 3º da

[267] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 21*. In: CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global.html#:~:text=A%20Agenda%2021%20pode%20ser,justi%C3%A7a%20social%20e%20efici%C3%AAncia%20econ%C3%B4mica>. Acesso em: 15 fev. 2022.

Resolução CONAMA nº 303, de 2002, respeitada uma faixa de 150 m a partir da linha de preamar máxima; V - ocupações consolidadas, até 10 de julho de 2001, conforme definido na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001; VI - apresentação pelo poder público municipal de Plano de Regularização Fundiária Sustentável que contemple, entre outros: a) levantamento da sub-bacia em que estiver inserida a APP, identificando passivos e fragilidades ambientais, restrições e potencialidades, unidades de conservação, áreas de proteção de mananciais, sejam águas superficiais ou subterrâneas; b) caracterização físico-ambiental, social, cultural, econômica e avaliação dos recursos e riscos ambientais, bem como da ocupação consolidada existente na área; c) especificação dos sistemas de infraestrutura urbana, saneamento básico, coleta e destinação de resíduos sólidos, outros serviços e equipamentos públicos, áreas verdes com espaços livres e vegetados com espécies nativas, que favoreçam a infiltração de água de chuva e contribuam para a recarga dos aquíferos; d) indicação das faixas ou áreas que, em função dos condicionantes físicos ambientais, devam resguardar as características típicas da APP, respeitadas as faixas mínimas definidas nas alíneas "a" e "c" do inciso IV deste artigo; e) identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco; f) medidas necessárias para a preservação, a conservação e a recuperação da APP não passível de regularização nos termos desta Resolução; g) comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores; h) garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos de água; e i) realização de audiência pública[268].

[268] CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. *Resolução nº 369, de 28 de março de 2006*. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (APP). Brasília, DF: CONAMA, 2006. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/legislparcel_18.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

Como se vê, a resolução estabelece, como pressuposto para a regularização fundiária, a presença de elementos de infraestrutura urbana, como malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água e rede de distribuição de energia. Ainda, faz referência expressa às questões relacionadas a densidade demográfica, localização e áreas já ocupadas de maneira consolidada. Deve-se destacar a imprescindibilidade de apresentação, pelo poder público municipal, do denominado "Plano de Regularização Fundiária Sustentável", com indicação dos pilares de satisfação de todas as demandas ambientais.

Nessa linha, o já revogado artigo 51 da Lei nº 11.977/2009 indicava os elementos a serem contemplados em qualquer projeto de regularização fundiária. Vejamos o dispositivo legal:

> Art. 51 - O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos: (Revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016) (Revogado pela Lei nº 13.465, de 2017)
> I - as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas; (Revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016) (Revogado pela Lei nº 13.465, de 2017)
> II - as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público; (Revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016) (Revogado pela Lei nº 13.465, de 2017)
> III - as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei; (Revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016)
> IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011) (Revogado pela Medida Provisória nº 759, de 2016) (Revogado pela Lei nº 13.465, de 2017)
> V - as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica[269].

[269] BRASIL. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas;

A legislação transcrita demonstra uma forte presença, na lei de 2009, de uma perspectiva ampla de regularização, com diversas condicionantes, até se chegar à titulação propriamente dita.

A questão social também está presente nessa visão multidisciplinar da regularização, especialmente com a finalidade de integrar os assentamentos e loteamentos à cidade regular, oferecer moradia digna, buscar a redução da marginalização periférica, o acesso a bens e serviços e equipamentos públicos de lazer, além de educação e saúde.

No que se refere à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano, a Lei nº 11.977/2009 fazia referência, como objetivo da regularização fundiária, à regularização dos denominados "assentamentos irregulares". Essa expressão foi alterada pela Lei nº 13.465/2017 que passou a utilizar a denominação "núcleos urbanos informais". O conceito de núcleo urbano, núcleo urbano informal e núcleo urbano informal consolidado está disciplinado no artigo 11 da mesma lei:

> Art. 11 - Para fins desta Lei, consideram-se:
> I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;
> II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;
> III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município[270] […].

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. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

[270] BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a

Em uma análise prática, a nova expressão não causa qualquer tipo de alteração estrutural, sendo certo que ainda abarca os grupos de ocupantes urbanos que não estão inseridos dentro da lógica do direito formal.

No que tange ao terceiro fundamento da regularização fundiária presente no artigo 9º da Lei 13.465/2017, "titulação dos ocupantes", é preciso debruçar-se sobre isso com cautela, para que seja possível identificar o que seria um título hábil a registro. Alguns questionamentos se fazem necessários para uma maior compreensão do tema, como: (i) qual seria esse título? (ii) tem que ser registrado? (iii) qual o direito que tal título tem que garantir? Tais perguntas vão ajudar na própria definição do quem vem a ser regularização fundiária, e demonstrar se sua insuficiência prática decorre da própria perspectiva conceitual que lhe é outorgada[271].

Nos termos já expostos anteriormente, a dinâmica brasileira acerca da titulação é pautada na exacerbação do direito de propriedade, bem como na associação da regularização fundiária com o direito à moradia. É inequívoco o fato de que moradia e regularização estão associadas, mas não basta compreender apenas que uma questão está necessariamente inserida na outra. Isso nos leva a uma diferenciação do que venha a ser política habitacional e regularização fundiária.

Na literatura a respeito do tema, é comum a associação da regularização fundiária apenas com a questão da titulação e, por sua vez, a relação da titulação com o direito de propriedade. Nessa linha, vejamos o que diz Ivan Carneiro Castanheiro: "Na visão tradicional, a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas visando regularização civil do

---

regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; […] e dá outras providências. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

[271] A título de exemplo acerca de uma visão que associa a regularização fundiária com uma perspectiva do direito de propriedade, vejamos a posição de Daniela Rosário Rodrigues: "[…] em virtude da função econômica atribuída constitucionalmente ao direito de propriedade, é essencial que o seu titular tenha em suas mãos um título hábil a registro. Enquanto não houver o registro do título aquisitivo, o aparente titular não é titular jurídico, não é titular de direito, razão pela qual o seu patrimônio estará fora da circulação de riquezas. Portanto, é certo afirmar que o direito de propriedade também será tido por irregular e, por conseguinte, não garantirá ao seu aparente titular o pleno exercício dos poderes a ele inerentes, na forma do disposto no artigo 1.228, CC". (RODRIGUES, Daniela Rosário. *O direito à propriedade titulada por meio da regularização fundiária.* In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Org.). *Regularização fundiária*: de acordo com a Lei 12.651/2012 – Novo Código Florestal, com a redação dada pela Lei 12.727/2012. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 35.)

imóvel, estando relacionada com o direito de propriedade, materializado pelo registro na matrícula no Ofício de Registro de Imóveis"[272].

Dessa forma, a regularização fundiária, necessariamente, envolve a titulação, que nada mais é do que a outorga de um documento que formaliza o direito do ocupante sobre aquela determinada área ocupada. Esse título pode conceder tanto um direito possessório, quanto um direito de propriedade. Por isso, não é coerente associar a titulação única e exclusivamente à questão proprietária.

De acordo com o contexto legislativo indicado, é fundamental estabelecer como pressuposto uma perspectiva ampla da regularização fundiária, resguardando, como seu principal objetivo, a garantia do próprio direito à cidade, e não apenas do direito à moradia.

Nos termos apresentados no primeiro capítulo, a maneira como a urbanização brasileira ocorreu potencializou a formação de inúmeros aglomerados urbanos informais. O grau de estabilização desses assentamentos no território impõe uma reflexão acerca de qual seria a estrutura mais adequada para viabilizar sua formalização. Por isso, a legislação urbanística não pode ser um obstáculo para a própria regularização fundiária. Nesse sentido, Arícia Fernandes Correia afirma que:

> Justamente porque é impossível regularizar fundiariamente as favelas e loteamentos irregulares e clandestinos de moradores de baixa renda com base em regras urbanísticas que jamais foram cumpridas, que Carlos Ary Sundfeld, à época comentando o então novato Estatuto da Cidade, selou um diagnóstico preciso acerca da nova "ordem urbanística popular", no sentido de identificar que ela inverte a lógica pretérita da urbanização e regularização: no lugar de a cidade informal ter que se adaptar à legislação urbanística, é esta que passa a ter que se adaptar às novas conformações espaciais da cidade, mediante absorção, sempre que possível, dos

[272] CASTANHEIRO. Ivan Carneiro. *Regularização fundiária urbana*: fundamentos, aspectos práticos e propostas. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Org.). *Regularização fundiária*: de acordo com a Lei 12.651/2012 – Novo Código Florestal, com a redação dada pela Lei 12.727/2012. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 109.

> parâmetros urbanísticos dos assentamentos precários e loteamentos informais à cidade formal[273].

Levando em conta a crítica apresentada, que se baseia em uma visão constitucionalizada da regularização fundiária – especialmente como uma forma de viabilizar a promoção dos atributos do ser humano – e na estrutura constante no Estatuto da Cidade, é possível concluir que a regularização urbanística, sem impedir a fundiária, deve precedê-la. Em outras palavras, a regularização urbanística deve garantir a infraestrutura urbana mínima no local em que se pretende fazer regularização fundiária. Para viabilizar essa lógica, as Zonas de Especial Interesse Social (ZEIS) têm um papel importante, pois, com a existência delas, assegura-se que haja uma legislação de uso e ocupação do solo específica para aquela determinada área, em que serão adotados padrões mais flexíveis de uma "urbanização possível".

A título de exemplo, com o intuito de demonstrar a diferença estrutural entre regularização urbanística e fundiária, e ratificando o fato de que a primeira deve preceder a segunda, vejamos os artigos 26 e 27 do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 270, de 16 de janeiro de 2024:

> Art. 26. Em áreas de aplicação da Reurb-S ou de outros instrumentos legais a regularização urbanística, sempre que necessário, compreenderá:
> I - a elaboração de norma específica para o parcelamento e o uso e ocupação do solo prevendo padrões adequados à ocupação da área objeto de regularização;
> II - a elaboração de projetos de alinhamento para o estabelecimento de limites entre as áreas públicas e privadas;
> III - o reconhecimento e denominação dos logradouros;
> IV - a implantação de sistema de monitoramento das áreas regularizadas e em processo de regularização;
> V - a regularização edilícia dos imóveis, com a concessão do habite-se e a oficialização do endereço;

[273] CASTANHEIRO. Ivan Carneiro. *Regularização fundiária urbana*: fundamentos, aspectos práticos e propostas. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Org.). *Regularização fundiária*: de acordo com a Lei 12.651/2012 – Novo Código Florestal, com a redação dada pela Lei 12.727/2012. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 29.

> VI - a regularização fiscal dos imóveis e inclusão destes no cadastro imobiliário municipal; e
> VII - a elaboração e aprovação de projeto de parcelamento e/ou remembramento.
>
> Art. 27. Em áreas de aplicação da Reurb-S, ou de outros instrumentos legais, a regularização fundiária compreenderá:
> I - a elaboração do cadastro socioeconômico e de lotes e edificações para regularização fundiária e lançamento no cadastro imobiliário do Município;
> II - a elaboração e aprovação de projeto de parcelamento e/ou remembramento para possibilitar o registro dos lotes, quando a solução de regularização fundiária assim o exigir;
> III - a adoção dos instrumentos jurídicos e sociais que melhor se apliquem à estrutura fundiária da área, segundo a pesquisa realizada em registros e cadastros existentes;
> IV - a adoção dos instrumentos de regularização fundiária estabelecidos pelo Estatuto da Cidade, pela Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001 e pelos instrumentos da Lei Federal nº 13.465/2017; e
> V - a condução do processo de regularização fundiária pelo Município, colaborando, quando necessário, com a Defensoria Pública para prestação de serviços de assistência jurídica e extrajudicial às comunidades de baixa renda, relativamente aos procedimentos de regularização fundiária por ela conduzidos, podendo, para o mesmo fim, haver colaboração com instituições sem fins lucrativos[274].

Dessa forma, a regularização fundiária que se pretende abordar no presente trabalho, como um dos pilares da política pública urbana, é a regularização fundiária plena. Acerca de sua definição, vejamos o que diz Arícia Fernandes Correia:

[274] RIO DE JANEIRO. *Lei Complementar nº 270, de 16 de janeiro de 2024*. Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui a revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2011. Disponível em: https://www2.rio.rj.gov.br/smu/buscafacil/Arquivos/PDF/LC270M.PDF. Acesso em: 29 abr. 2024.

> É o processo através do qual, após a devida urbanização da área, mediante obras de infraestrutura urbana (saneamento, drenagem, arruamento), (i) se enquadra o imóvel em padrões urbanísticos que garantam a regularidade urbanística da área (planejamento urbano local, legislação própria de uso e ocupação do solo, nomeação de logradouros etc.); (ii) se titula o proprietário da terra ou se garante a sua posse (pelos mais variados títulos); (iii) se articula a oferta de melhorias habitacionais (que diminuam o déficit habitacional cuja habitabilidade precária é um dos elementos de definição) e socioambientais (serviços públicos locais à população da comunidade, como saúde, educação, trabalho e renda) que garantam a sua sustentabilidade; (iv) se promove o contínuo diálogo urbano (a efetiva participação cidadã), de forma a torná-la participativa, de modo que a própria comunidade beneficiária se aproprie de seu conceito, valorize a regularidade e passe ela mesma a cuidar do espaço público não mais como "terra de ninguém", mas de todos, e, enfim, (v) se integra a moradia à cidade, de forma que se tenha por segura a posse ou "titulado" o domínio de moradia adequada e digna, que é aquela que proporciona não apenas aquele direito à cidade "*de puertas para adentro*" (um teto, a inviolabilidade do domicílio, condições de habitabilidade minimamente dignas), mas também "*de puertas para afuera*" (metáfora de Claudia Acosta. *Vivenda digna em Colombia: texto, contexto y debate ante la Corte Constitucional.* In. FERNANDES, Edésio e AFONSIN, Betânia. *Direito à moradia adequada.* Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 70). A cidade, à qual, para ser efetivamente digna, a moradia deve ser integrada[275].

Na mesma linha, complementa Betânia Alfonsin:

> regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente

[275] CORREIA, Arícia Fernandes. *Direito da regularização fundiária plena.* Juiz de Fora: Editar, 2017. p. 30.

> urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária[276].

Esse modelo de regularização fundiária decorre, como já exposto, do próprio texto constitucional, que congrega uma série de demandas urbanas, apropriadas por essa perspectiva *lato* de regularização urbanística e fundiária. Ademais, especificamente no que tange à perspectiva da titulação, o direito abarcado pode decorrer de uma situação jurídica possessória ou proprietária. O viés da regularização fundiária também deve ser ampliado nesse sentido.

Para comprovar que a titulação, como um dos elementos da regularização fundiária, também pode ser pautada nos direitos possessórios, o próximo subcapítulo será destinado a demonstrar o quanto o legislador se preocupou em estabelecer um sistema de regularização fundado na situação jurídica possessória. Essa escolha perpassa pelo reconhecimento de que o processo de construção territorial brasileiro ergueu barreiras que impedem o pleno acesso à terra, levando um grupo considerável de pessoas a se utilizar da posse para a constituição de uma relação concreta com o bem ocupado.

A regularização fundiária, quando entendida como um dos pilares da política pública urbana, demonstra que o legislador reconhece a situação de informalidade dos diversos assentamentos urbanos no Brasil. Além disso, o histórico apresentado demonstra que tal preocupação já tem espaço na agenda política nacional há décadas, confirmando a robustez da produção legislativa acerca do tema e sua relação direta com o processo de urbanização brasileiro.

Os dados sobre o déficit de moradias no Brasil confirmam a importância da inserção dos assentamentos informais na lógica da regularização fundiária. A precariedade da relação jurídica do ocupante com o bem ocupado (público ou privado) é um fator que intensifica o deslocamento desse morador no território. Dessa forma, a regularização fundiária plena, como pilar da política pública urbana, fortalece essa relação, concedendo-lhe uma série de garantias e preservando seu direito de permanecer no local. A Lei nº 13.465/2017, como será abordado em

[276] ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia*: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE – Observatório de Políticas Urbanas, 1997.

capítulo próprio, e se tem demonstrado nesta pesquisa, alterou o sistema de regularização fundiária no Brasil, em sua essência.

2.3. A consolidação de um regime jurídico de segurança da posse como forma de garantir o acesso à terra urbana

2.3.1. A autonomia da posse frente à propriedade no Código Civil de 2002: a posse funcionalizada como forma de cumprimento da função social da propriedade

A propriedade, como amplamente abordado no primeiro capítulo, está positivada no ordenamento jurídico brasileiro como direito real pleno, absoluto e perpétuo. Esse instituto deve ser observado não apenas em sua perspectiva estrutural, mas também em sua acepção funcional. É o que se pretende abordar neste subcapítulo, especialmente no que tange aos embates entre a situação jurídica proprietária e a possessória. Com o objetivo de demonstrar a autonomia da posse frente à propriedade e estabelecer parâmetros para solucionar os conflitos existentes entre as situações proprietárias e possessórias, analisar-se-á o tratamento dado à posse nas teorias de Frederick Karl Von Savigny, Rudolf Von Ihering e Raymond Saleilles, bem como a evolução desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A vinculação do instituto da posse ao estatuto proprietário inviabiliza o cumprimento de sua função social, priorizando situações jurídicas patrimoniais em face de situações existenciais. Para superar essa perspectiva, sugere-se, na análise desenvolvida nesta parte do trabalho, uma releitura da teoria possessória positivada no Código Civil, buscando maior adesão aos pilares constitucionais na resolução dos conflitos concretos entre a situação jurídica possessória e a proprietária.

Nos termos expostos no capítulo anterior, os conflitos urbanos no Brasil ganham protagonismo no campo jurídico quando alcançam nível constitucional. Embora essa problemática tenha como causas históricas os processos de industrialização e desindustrialização, acompanhados de um êxodo rural desordenado e de uma urbanização pautada na reprodução do capital rural, ela nunca foi enfrentada como um tema estrutural na pauta política do país. A partir de 1988, com a promulgação da Constituição e

posterior produção legislativa infraconstitucional, a questão urbana é levada ao centro das discussões.

A situação de informalidade dos diversos assentamentos urbanos tem conexão direta com a natureza jurídica da relação desses ocupantes com o bem ocupado. A proteção que o ordenamento jurídico lhes outorga está no centro da problemática, tornando relevante, para a compreensão geral do tema, a análise dos institutos da detenção, posse e propriedade. Para um recorte mais detalhado da controvérsia apresentada, dever-se-á compreender como esses institutos estão positivados no ordenamento jurídico contemporâneo brasileiro e os reflexos que a axiologia constitucional trouxe para cada um deles.

A análise do processo de formação da legislação brasileira relacionada à tutela dos institutos da posse e da propriedade, realizada de forma detalhada no capítulo anterior, permitiu identificar a construção de um aparato jurídico de proteção que inviabiliza o acesso de terceiros não proprietários à terra urbana e rural. Dessa forma, vislumbra-se uma verdadeira relação de causalidade entre o tratamento jurídico relacionado à ocupação dos bens públicos ou particulares e a situação de informalidade das ocupações.

Para comprovação dessa causalidade, será apresentada a evolução do tratamento jurídico dado à propriedade, a partir da vigência da Constituição e do Código Civil de 2002. É quando esse instituto deixa de ser considerado apenas um direito real absoluto e passa a situação jurídica complexa, em que são outorgados a seu titular inúmeros deveres, levando em conta a situação não proprietária. Dentre outros instrumentos, a função social é o elemento necessário para compatibilizar os diversos centros de interesses antagônicos, solucionando a dialética representada pela situação proprietária em contraponto à não proprietária.

Continuando com a percepção dos institutos a partir de seu aspecto funcional, deve ser observada a relevância e o próprio papel da posse no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da busca de soluções coerentes para o conflito apresentado. Assim, embora, inicialmente, a posse tenha sido positivada como mero sucedâneo da propriedade, especialmente nas teorias de Savigny e Ihering, essa lógica é insuficiente para atender às demandas concretas da contemporaneidade. Dessa forma, a posse deve ser estudada como instituto autônomo ao direito de propriedade, consagrando

sua imanente densidade social – inclusive, é por meio dela que a propriedade alcança sua funcionalidade plena.

A evolução da posse e da propriedade acompanhou a própria evolução das demandas sociais, adequando-se à realidade complexa dos novos conflitos de interesses. Mesmo com o amadurecimento desses institutos, a partir da concretização, na doutrina e na legislação, da teoria funcionalista, percebe-se uma insuficiência na resolução das controvérsias que envolvem a situação proprietária e a situação não proprietária, pautada exclusivamente na posse.

A natureza jurídica da relação do ocupante, sem justo título, com o bem ocupado, é determinante para a verificação da forma de tutela que poderá ser outorgada. Assim, por mais que a teoria funcionalista da posse e da propriedade apresente fundamentos teóricos robustos e bem sedimentados, sua incidência prática é restrita a situações bem específicas. Essa aplicação casuística afasta da tutela funcionalista o conflito estabelecido entre o proprietário de um determinado bem e o particular que, sem autorização, ocupa esse bem e lhe confere uma finalidade social.

Desse modo, a simples construção funcionalista demonstra-se insuficiente para solucionar essa controvérsia social, razão pela qual se faz necessária uma releitura do próprio conceito de posse no direito brasileiro, buscando sempre sua adequação aos valores consagrados na Constituição.

Para demonstrar a insuficiência da teoria funcionalista na resolução do conflito entre proprietário e possuidor não proprietário, analisar-se-á, inicialmente, a evolução do direito de propriedade, a partir de uma perspectiva absoluta para uma abordagem funcionalista. Posteriormente, o objeto de análise será a posse, com prioridade na confirmação de sua autonomia frente à propriedade, e as razões para sua tutela. Será apresentada uma reflexão acerca das Teorias Subjetiva e Objetiva, bem como a sua insuficiência no abrandamento da dialética estabelecida entre a situação proprietária e os terceiros não proprietários.

Em uma tentativa de demonstrar as teses expostas, será, ainda, apresentada a reflexão de que a insuficiência das teorias funcionalistas leva a uma necessária releitura do próprio conceito de posse e da Teoria Objetiva, consagrada no Código Civil de 2002, como uma forma de buscar maior convergência com os valores constitucionais.

2.3.1.1 Do absolutismo da situação proprietária a seu aspecto funcional

A propriedade é um direito de inquestionável densidade social. Sua importância está no fato de ser um direito que, inevitavelmente, reduz a liberdade dos não proprietários, que são necessariamente excluídos do uso de seu objeto. San Tiago Dantas, inspirado na orientação de Windscheid, afirma que a propriedade "é o direito em que a vontade do titular é decisiva com relação à coisa, sobre todos os seus aspectos"[277]. Tal definição demonstra o poder absoluto que o proprietário tem sobre a coisa, podendo exercer livremente os poderes dominiais, o que configura uma plenitude acerca da destinação que lhe será dada.

O caráter absoluto retratado demonstra a prevalência do direito proprietário em face daquele conferido aos terceiros não proprietários, desconsiderados na análise dessa situação jurídica real. Nesse contexto, a vontade do titular tem grande importância na destinação e forma de utilização da coisa, influenciando diretamente em seus aspectos interno e externo.

O aspecto interno do direito de propriedade (dominação da coisa pela vontade do titular) tem relação com a liberdade e a amplitude que o titular desse direito tem na utilização da coisa, caracterizado pelos poderes de usar, fruir ou gozar e dispor. Já o aspecto externo é definido pela relação entre o proprietário e os terceiros não proprietários, manifestando-se, inclusive, no direito que tem o titular da propriedade de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha (direito de exclusão)[278]. Os dois

[277] De acordo com o jurista: "Essa definição exprime bem a substância da vontade do titular com relação à coisa de que ele é proprietário. Pode ele decidir tudo a respeito dela; pode, por conseguinte, usá-la, pode aproveitar todas as suas utilidades, pode, até mesmo, destruí-la e pode dar um fim ao seu direito, transferindo-o ao patrimônio de outrem. Por isso, a propriedade é o direito em que a vontade do titular é decisiva para a coisa, sobre todos os seus aspectos". (DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III*: direito das coisas. Revisão do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 93.)

[278] De acordo com Lira: "No seu aspecto interno – que é o econômico, a Senhoria – a propriedade se compõe de direitos elementares, faculdades jurídicas, que são: a) o direito de usar (*ius utendi*), faculdade que tem o titular de utilizar-se da coisa de acordo com a sua finalidade; b) o direito de fruir (*ius fruendi*), faculdade que tem o titular de extrair da coisa frugífera os frutos que ela é capaz de gerar; c) o direito de dispor (*ius disponendi*), que é a faculdade de alienar a coisa, transformá-la em sua substância, descaracterizando-a, ou até mesmo de destruí-la, com bem da vida. No seu aspecto externo – o jurídico – a propriedade, como ensinava Bernardo Windscheid, nada mais é do que o direito de exclusão que tem o titular de afastar todos e qualquer um do campo em que se exercita a sua senhoria, manifestando-se inclusive no direito de reaver a coisa

aspectos estão presentes no artigo 1.228, *caput* do Código Civil[279] e definem a estrutura do direito de propriedade[280].

O aspecto interno desse direito apresenta atos de natureza diversa e tem o objetivo de permitir a utilização da coisa por seu titular. Inicialmente, tem-se o ato chamado de uso (*ius utendi*), que permite ao proprietário outorgar uma destinação à coisa. Posteriormente, é apresentado o ato denominado de gozo ou fruição (*ius fruendi*), que está relacionado com a possibilidade de o proprietário retirar da coisa os frutos naturais e civis, bem como todos os seus produtos. Destarte, está presente o ato de disposição (*ius abutendi*), pelo qual o titular pode dar fim a seu direito de propriedade, seja pela destruição da coisa, seja pela transferência desse direito a outrem por meio da alienação. Esse último compreende os atos de reivindicação (*rei vindicatio*), que permitem ao titular reclamar a posse de quem, injustamente, a detenha[281].

O caráter absoluto do direito de propriedade, pautado em sua estrutura rígida (aspectos interno e externo), reinou durante séculos, garantindo uma supremacia da situação proprietária, a partir da lógica do titular desse direito. Aliás, é o exame do aspecto externo que leva à compreensão da classificação da propriedade entre os direitos absolutos,

---

de quem injustamente a possua ou detenha". (LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 155-156.)

[279] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022. "Art. 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

[280] Afirma Dantas acerca do conceito de propriedade pautado em seus aspectos interno e externo: "Talvez, uma boa definição de propriedade […] se encontre na que oferece A. Ruiz. Diz ele que a propriedade é a senhoria do homem sobre a coisa, garantida pelo direito objetivo, com a exclusão de toda ingerência alheia. Nessa definição, vê-se o aspecto interno – senhoria do homem sobre a coisa – e o aspecto externo – a exclusão de toda ingerência alheia –, salientando logo o definidor que este último aspecto é o que deflui diretamente da norma jurídica, por isso que a norma jurídica não manda que ninguém use a coisa; o proprietário faz se quiser. O que a norma jurídica estabelece é a exclusão da ingerência alheia, dando aos não proprietários o dever de se absterem, e ao proprietário o direito de exigir essa abstenção. Eis porque a definição de A. Ruiz corresponde muito bem ao conceito que se tem sobre o domínio". (DANTAS, op. cit., p. 95.)

[281] DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de Direito Civil III*: direito das coisas. Revisão do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 95. Dantas compreende os atos de reivindicação como parte integrante do ato de disposição. Alguns autores preferem considerar esses atos isoladamente, como Caio Mario da Silva Pereira. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito reais. Edição revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Manteiro Filho. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 4. p. 77-79.

uma vez que o proprietário pode exigir a exclusão da ingerência alheia, outorgando aos não proprietários o dever de abstenção.

As primeiras ideias acerca da necessidade de um giro na perspectiva da propriedade absoluta para a noção de uma propriedade-função são atribuídas a Leon Duguit. O autor, nas primeiras décadas do século XX, incorporou à propriedade um conceito jurídico de função social, acompanhando a sistemática de transformação das necessidades econômicas individuais para necessidades econômicas sociais[282]. Nesse pensamento, a propriedade, a partir da sistemática funcionalista, deixa de ser um direito subjetivo absoluto, destinado apenas à satisfação dos interesses de seu titular, para ser uma situação jurídica funcionalizada com base em centros de interesses diversos, buscando a satisfação de demandas de toda a coletividade.

O Código Civil disciplinou, no já referido artigo 1.228, *caput*, a estrutura interna e externa do direito de propriedade (conteúdo estrutural ou estático), enquanto os parágrafos desse dispositivo disciplinaram o aspecto dinâmico desse direito, correspondente a sua função social[283]. Isso

[282] De acordo com Monteiro Filho: "Atribui-se a Leon Duguit, como se sabe, nas primeiras décadas do século XX, o desenvolvimento da tarefa de incorporar ao direito de propriedade um conceito jurídico de função social. Duguit acreditava que a propriedade, tal como os direitos em geral, devia se adequar à evolução da sociedade e evoluir no ritmo das necessidades econômicas. A partir do momento em que tais necessidades econômicas se transformassem de individuais em sociais, a propriedade individual se transformaria em função social. A imagem de um direito subjetivo absoluto, egocêntrico, é substituída pela figura da 'propriedade – função' – uma situação funcionalizada a razões de ser específicas, que atendessem aos interesses não só individuais, mas, sobretudo de toda a coletividade". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 330.)

[283] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022. "§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

significa que a propriedade deixa de ser analisada apenas a partir de seu conteúdo estrutural, sendo imprescindível a análise de seu perfil funcional. Desloca-se o foco do proprietário para os terceiros não proprietários, atendendo às exigências de outros centros de interesses, que passam a compor o núcleo do direito de propriedade, por serem também merecedores de tutela jurídica.

Dessa forma, a propriedade se torna uma situação jurídica complexa, em que a função social deve ser um dos elementos que compatibiliza a relação entre o proprietário e os terceiros não proprietários, bem como a relação do proprietário com outros interesses, como os ambientais, culturais, urbanos, entre outros.

A partir de uma dimensão funcionalista da propriedade, sua tutela deve estar vinculada à proteção das situações jurídicas existenciais, com prioridade axiológica no tripé constitucional dignidade humana, solidariedade social e igualdade material. Para tanto, é imprescindível que o conceito de função social seja observado em concomitância com o caso concreto, levando em conta todas as situações jurídicas que interagem de forma direta e indireta (proprietário *versus* terceiros não proprietários)[284].

A teoria funcionalista faz com que a propriedade deixe de ser observada apenas como direito subjetivo absoluto, pleno, exclusivo e perpétuo, tornando-se uma situação jurídica subjetiva complexa. Nessa toada, a função social não deve ser uma antítese do direito subjetivo de propriedade, mas um "elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, inserindo-se em seu profilo interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*"[285].

A partir da dinâmica exposta, o direito subjetivo de propriedade, de caráter individualista e patrimonialista, deve ser compatibilizado com os interesses não proprietários, consagrando a propriedade como uma

[284] Segundo Mattietto: "A propriedade coexiste com fins não proprietários e mesmo não patrimoniais, mormente os voltados à satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, art. 1º, III)". (MATTIETTO, Leonardo. *Função social e diversificação do direito de propriedade*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, RJ, ano 4, n. 6, jun. 2005. p. 156.)

[285] Tepedino e Schreiber utilizam a expressão "*massimo sociale*", consagrada na doutrina de Stefano Rodotà, para definir a intensidade da presença da função social no direito de propriedade. Eles afirmam que propriedade é "uma relação jurídica complexa funcionalizada a interesses não patrimoniais". (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões agrárias*: julgados e pareceres. São Paulo: Método, 2002. p. 121.)

situação jurídica complexa. Tal entendimento estabelece uma relação dialética entre proprietário e terceiro não proprietário (possuidor ou não possuidor), sendo imprescindível compatibilizar esses centros antagônicos de interesses[286], remodelando os poderes do titular da propriedade[287]. Assim, os terceiros não proprietários são os destinatários do art. 5º, inciso XXIII da CRFB/88[288], consagrando a precedência da tutela da pessoa à do patrimônio[289].

A tese que define a propriedade como situação jurídica complexa esclarece que:

> a função social não se limita, assim, a um mero conjunto de restrições externas ao domínio, mesmo porque restrições desta natureza sempre existiram. A funcionalização da propriedade é a introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade[290].

---

[286] De acordo com Tepedino: "Desse modo, (não já o conteúdo mínimo, mas) o preciso conteúdo da situação jurídica de propriedade, inserida na relação concreta, deriva da compatibilidade da (situação jurídica de) propriedade com situações não proprietárias. Assim, considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) se transforma em instrumento para a realização do projeto constitucional (acesso a garantias fundamentais)". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 14. p. 249.)

[287] De acordo com Monteiro Filho: "O ponto de vista funcional põe em jogo o controle de legitimidade da propriedade, a justificativa finalística dos poderes do titular, em razão das exigências suscitadas por outros centros de interesses antagônicos – tais como vizinhos, entes públicos, enfim, terceiros proprietários ou não proprietários. Desta compatibilidade entre interesses proprietários e extraproprietários resulta o conceito de função social, que atua sobre a senhoria da propriedade e remodela, em sua essência, os poderes do titular. Assim sendo, diversos interesses dignos de tutela passam a compor o núcleo do direito de propriedade, permeando seu aspecto interno. São exemplos disso os interesses ambientais, trabalhistas, culturais, dentre outros, que se tornam relevantes e oponíveis ao proprietário". (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 331-332.)

[288] "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

[289] MONTEIRO FILHO, op. cit., p. 332.

[290] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade.* In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões agrárias*: julgados e pareceres. São Paulo: Método, 2002. p. 122.

A dinâmica apresentada obriga uma compatibilização na relação dialética estabelecida entre proprietário e terceiros não proprietários. O embate entre esses centros de interesses antagônicos exige uma análise *in concreto* da propriedade, a partir dos diversos estatutos proprietários que se revelam na sociedade[291]. Assim, devem-se levar em conta diversas perspectivas desse direito: (i) qualitativa (propriedade urbana *versus* rural, individual *versus* coletiva, bens de consumo *versus* bens de produção); (ii) subjetiva (propriedade pública *versus* privada); e (iii) quantitativa (propriedade de até 250 m^2 *versus* propriedade maior do que 250 m^2)[292].

Dessa forma, é possível sustentar a presença de uma dupla perspectiva proprietária: direito de propriedade (garantia) *versus* direito à propriedade (acesso). Essa ideia decorre do reconhecimento de que o direito subjetivo de propriedade tem destinatários no conjunto da sociedade também merecedores de proteção[293].

Definir a tutela do direito de propriedade a partir de outros centros de interesse presentes na sociedade (não proprietários) é uma forma de atender aos valores constitucionais que conferem precedência da pessoa sobre o patrimônio. Essa dinâmica garante uma transformação no tratamento da situação proprietária, ratificando uma evolução no conteúdo desse direito, que deve ser observada, especialmente, na perspectiva do acesso à terra[294]. Com isso, mesmo diante da concentração fundiária que se estabeleceu no país e das inúmeras leis editadas de proteção da propriedade, como apresentado no subcapítulo anterior, a perspectiva funcional da propriedade permite balançar, mas não pôr abaixo, a cerca jurídica formada no decorrer do século XIX e início do XX.

---

[291] PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá Nel Nuovo Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1964.

[292] De acordo com Monteiro Filho:"hoje se pode afirmar que a perspectiva funcionalizada decorre mesmo da força dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana (Constituição, artigos 1º, III e 3º, I e III), situando-se o núcleo do conceito de função (social) da propriedade no condicionamento da tutela do direito de propriedade à realização dos valores constitucionais, e ao atendimento de interesses não proprietários considerados socialmente relevantes*"*. (MONTEIRO FILHO, P*roblemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 334.)

[293] FACHIN, Luís Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 288.

[294] Diz Monteiro Filho: "Essa precedência é justamente o que identifica o marco axiológico do ordenamento jurídico na dignidade humana e na solidariedade, bem como a constatação da prevalência, nas situações de conflito, dos valores não patrimoniais sobre os patrimoniais, do interesse da coletividade sobre o individual, por opção (democrática) do Poder Constituinte". (MONTEIRO FILHO, op. cit., p. 336.)

2.3.1.2 Autonomia da posse frente à propriedade e razões para a tutela possessória: a posse como função

A construção jurídica dos institutos da posse e da propriedade durante o século XIX, após as revoluções burguesas, privilegiou a situação proprietária em face da situação possessória, tratando a última como uma decorrência da primeira, que lhe dava, inclusive, fundamento e legitimidade. Essa concepção permitiu uma outorga irrestrita à propriedade da terra, garantindo uma concentração de terras nas mãos de uma pequena parcela da população.

No momento de transição, no Ocidente, do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista, a posse, caracterizada como relação de fato entre o homem e a terra, não foi suficiente para garantir e perpetuar, a distância, essa relação de subordinação. Em razão da mudança da sistemática produtiva e da necessidade de manutenção da titularidade da terra, são exaltadas as relações jurídicas abstratas (propriedade) em desfavor das relações de fato (posse). Os poderes típicos das relações possessórias (uso, fruição e disponibilidade) foram atribuídos ao conceito jurídico e abstrato de propriedade. Através dessa construção, a situação possessória foi reduzida a mera exteriorização da propriedade, afastando seu verdadeiro papel de legitimar e viabilizar a relação do ser humano com seu exterior[295].

A produção normativa ocidental do século XIX buscou consolidar um sistema de proteção da posse com a finalidade única de proteção à propriedade, razão pela qual a própria conceituação do instituto está relacionada à situação proprietária. As Teorias Subjetiva e Objetiva da posse, ao mesmo tempo que consolidam a autonomia dela frente à propriedade, estabelecem uma organização metodológica de prevalência da situação proprietária frente à possessória.

Em 1803, Frederick Karl Von Savigny apresentou seu tratado da posse, o *Das Recht des Besitzes*. Pontes de Miranda expõe as influências e principais intenções de Savigny na tutela possessória:

[295] BALDEZ, Miguel Lanzellotti. *A questão agrária*: a cerca jurídica da terra como negação da justiça. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 3, 1º semestre 1997. p. 15.

> Na concepção de F. Von Savigny, a definição de posse e da aquisição *corpore et animo* afastou-se da teoria romana, que ele pretendia expor. Ninguém, imergindo no passado, se livra de seu tempo; alguns, porém, levam a esse consigo. Percebe-se a influência kantiana. Há de haver o *corpus*, a atuação empírica, a *apprehensio*, e o *animus*, a vontade de ter a coisa como sua, o *animus domini*. Ora, os antigos, por sua própria filosofia, nunca falaram, nem podiam falar, de animus domini. A *Metaphysik der Sitten*, que Savigny leu e meditou, foi responsável por isso. Apagar-se-ia, assim, a separação entre a posse, noção metafisica, e o status jurídico, tão cara aos juristas romanos. Os próprios limites entre a posse e a propriedade esmaeceram, com os professores de direito natural, e com Savigny, a vontade de tratar o objeto como seu era puro pensamento de Kant[296].

Savigny, por meio de uma observação do Direito Romano, entende a posse como uma condição de existência para dois efeitos legais possíveis: a usucapião e os interditos possessórios. Assim como Kant, ele apoia a natureza dúplice da posse, sendo essa, portanto, fato e direito. Nesse sentido, Moreira Alves afirma que:

> a posse por sua própria essência é um fato; por suas consequências assemelha-se a um direito. O *ius possessionis*, que é o direito que resulta da posse, consiste apenas na faculdade de invocar interditos possessórios, quando a violação da posse assume forma determinada[297].

O Direito Romano relaciona três expressões voltadas à posse: a *possessio,* a *civilis possessio* e a *naturalis possessio.* Savigny entende que apenas a *possessio* é posse no sentido jurídico, pois engloba todas as demais, garantindo a seu titular o direito aos interditos possessórios, e, acrescida de outros elementos, produz a usucapião. Assim, é possível destacar dois elementos essenciais para a noção de posse jurídica: um fato

[296] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. t. X. p. 47-48.
[297] ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 210.

exterior (*corpus*) e uma vontade determinada que o acompanha (*animus*), fato interior[298].

A situação possessória está diretamente ligada a dois fatores: a relação que se tem com a coisa e a relação que se desejaria ter com a coisa[299]. Savigny retrata esses dois elementos no *corpus* e no *animus,* respectivamente. O primeiro seria o elemento material da posse, correspondente ao vínculo estabelecido entre pessoa e coisa, que garante a existência da possibilidade real e imediata de a pessoa dispor fisicamente da coisa, defendendo-a de possíveis agressões de terceiros. O segundo caracteriza-se pela intenção de ter a coisa como se fosse seu proprietário, tê-la como sua; este é o elemento subjetivo dessa teoria.

Na concepção de Savigny, necessariamente, para que haja a posse, deve haver o *corpus* e o *animus domini.* Se a vontade interior, o elemento psíquico, faltar, existirá apenas detenção. Portanto, o locatário, o usufrutuário e o depositário são meros detentores, sendo essa uma das principais críticas à Teoria Subjetiva.

De acordo com Hernandez Gil, a maior contribuição feita por Savigny foi reduzir a posse a um mínimo básico dotado de autonomia em relação à propriedade[300]. Quando o jurista define um significado autônomo à posse, ele não elimina a possibilidade de esse instituto apresentar-se como emanação do direito de propriedade (*ius possidendi*), mas afirma a existência de um direito exclusivamente derivado da situação possessória (*ius possessionis*). Somente este último integra a teoria possessória propriamente dita. A posse ocuparia, nesse caso, uma posição equidistante entre a propriedade e a detenção. Os efeitos imputados à propriedade e incompatíveis com o caráter extrajurídico da detenção fazem da posse um instituto jurídico independente[301].

Por sua vez, Rudolf Von Ihering formulou a Teoria Objetiva da posse, instituindo um contraponto à Subjetiva. Suas críticas ao pensamento

---

[298] Ibid., p. 212.

[299] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito reais. Edição revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Manteiro Filho. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 4. p. 18.

[300] GIL, Antonio Hernandez. *La funcion social de la posesión*: ensayo de teorizacion sociológico-jurídica. Madrid: Alianza, 1969. p. 16, op. cit. apud ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 221.

[301] Ibid., p. 16 apud ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 222.

de Savigny começaram em 1868, nas *Contribuições à teoria da posse* (*Beitrage zur Lehre vom Besitz*).

Para esse jurista, a posse também deve ser observada em seus elementos. O *corpus* é definido como a relação exterior que há entre o proprietário e a coisa (aparência da propriedade), sem necessidade de que haja o poder físico sobre ela, assim como defendia Savigny[302]. Assim, pode haver posse sem que haja contato direto com a coisa, o importante é a relação de fato entre a pessoa e a coisa, de acordo com a destinação econômica que exerce. O bem deve estar cumprindo com sua destinação econômica, sendo irrelevante o contato físico.

O *animus*, base para a Teoria Subjetiva, na concepção de Ihering, está implícito no elemento *corpus*, e consiste na intenção de realizar a apropriação econômica da coisa (ou seja, a intenção de ter o *corpus*). A Teoria Objetiva dispensa o elemento psíquico, sendo necessária apenas uma aparência de propriedade, isto é, o exercício de pelo menos um dos poderes da propriedade (*affectio tenendi*)[303].

A caracterização da posse é realizada pela visibilidade do domínio, que define um estado de fato, correspondente a um estado de direito, identificando como relação possessória, por exemplo, o estado de fato do locatário. Assim, a Teoria Objetiva é dotada de grande potencial prático, uma vez que exclui a necessidade de comprovação do elemento *animus domini*. O indivíduo agindo em relação à coisa como se proprietário fosse, independentemente da constatação da intenção de ser ou não dono dela, segundo Ihering, já se caracteriza como possuidor, podendo fazer uso dos interditos possessórios. Para que lhe seja retirada essa qualificação, basta a incidência de um obstáculo legal, o que o tornaria mero detentor.

É especificamente no que diz respeito à detenção que é identificada uma diferença substancial nas teorias de Savigny e Ihering. Na primeira, o *corpus* aliado ao *affectio tenendi* gera detenção, que somente se converte em posse quando se lhes adiciona o *animus domini*. Já na segunda, o *corpus*, acompanhado do *affectio tenendi*, gera posse, que se desfigura em detenção apenas na hipótese de um impedimento legal[304].

---

[302] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito reais. Edição revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Manteiro Filho. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 4. p. 20.
[303] ALVES, op. cit., p. 228.
[304] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 4. p. 21.

Ihering define posse como uma exteriorização da propriedade[305]. Maurício Mota e Marcos Alcino Torres, analisando a Teoria Objetiva, destacam que o jurista a compreende sob dois pontos de vista: (i) como condição de nascimento de um direito (propriedade) e (ii) como fundamento para a proteção interdital (interditos possessórios), que, na verdade, é um complemento indispensável à proteção da propriedade. Tais pontos demonstram o vínculo da posse à propriedade[306].

Além disso, os autores identificam as três principais posições defendidas por Ihering: (i) a posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade; (ii) o direito de possuir é um elemento indispensável da propriedade, pois que garante a utilização econômica dela; e (iii) a posse atua como uma proteção avançada da propriedade, posição defensiva do proprietário, que lhe permite repelir ataques a sua esfera jurídica[307].

Diante das posições que compõem a Teoria Objetiva, conclui-se que a posse é um elemento indispensável da propriedade, pois é por meio da proteção assegurada pelos interditos que se garante a utilização econômica da propriedade. A possibilidade de essa teoria ser aplicada a diversas situações concretas foi consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a base dos preceitos possessórios dos Códigos Civis de 1916 e 2002.

Nas duas teorias possessórias apresentadas, a posse tem autonomia frente à propriedade, embora sempre esteja legitimada na situação proprietária. As teorias funcionalistas também outorgam autonomia à posse frente à propriedade, mas com justificativas diversas daquelas expostas por Savigny e Ihering. A tutela autônoma da posse é justificada em razão da densidade social desse instituto[308]. Em razão da dupla perspectiva proprietária (direito de propriedade – garantia *versus* direito à

---

[305] Moreira Alves, citando o próprio Ihering, afirma que "A designação da posse como a exteriorização ou a visibilidade da propriedade encerra toda a teoria da posse". (ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*: evolução histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 223-224.)

[306] MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. *Transformação do direito de propriedade privada*: a função social da posse no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 6.

[307] Ibid., p. 6-7.

[308] Ver: GIL, Antonio Hernandez. *La funcion social de la posesión*: ensayo de teorizacion sociológico-jurídica. Madrid: Alianza, 1969. p. 20. O autor "situa a posse como o direito que mais se aproxima da realidade social, pois o uso e o trabalho sobre a coisa servem às necessidades humanas básicas, justificando o poder geral de abstenção perante a situação do possuidor e a garantia do desfrute de bens essenciais".

propriedade – acesso), no que tange ao direito de acesso à propriedade, a posse funcionalizada, além de autonomia, pode ter prevalência em relação à propriedade[309].

A função social da posse tem uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, pois aquela é um instrumento que busca sancionar a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, além de promover o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial.

O proprietário tem um direito subjetivo oponível *erga omnes* de exigir que se abstenham de esbulhar sua propriedade (art. 5º, XXII da CRFB/88), dever geral de abstenção que esse titular pode opor perante o sujeito passivo universal. Já a coletividade titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra suas obrigações (art. 5º, XXIII da CRFB/88). Tal dinâmica revela uma tensão entre o direito fundamental individual de propriedade e a situação jurídica metaindividual. A função social da posse faz com que o possuidor não proprietário deixe a posição de mero sujeito passivo universal, exigindo a utilização do bem para proteção do mínimo existencial do ser humano.

Percebe-se o referido conflito em algumas disposições do próprio Código Civil, que dimensionam a tensão entre o direito de propriedade e a posse no cumprimento de sua função social, em que esta última é privilegiada. São elas: (i) artigo 1.228, § 4º, que instituiu a desapropriação judicial indireta em favor de uma coletividade que dê funcionalidade à coisa[310]; (ii) artigos 1.238, § único[311] e 1.242, parágrafo único[312], que estabelecem a redução de prazo da usucapião pelo exercício de posse social; (iii) artigo 1.210, § 2º, que aboliu a exceção de domínio[313]; e (iv) artigos 1.255, parágrafo único[314], 1.258[315] e 1.259[316], que admitem a aquisição compulsória da propriedade pelo possuidor que ocupou bem alheio com exercício da função social.

---

[309] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 337. De acordo com o autor: "Por isso mesmo a posse cumpridora de sua função social goza de autonomia em relação à garantia do direito de propriedade, podendo prevalecer mesmo contra o domínio. E a prioridade axiológica dos valores existenciais em jogo (moradia, trabalho) aponta para a prioridade finalística da acessibilidade ao estatuto dominial por via (i) da usucapião especialíssima independe da razão de divisão entre as cotas e da causa do desaparecimento do parceiro e (ii) da usucapião independente da restrição de metragem, oriunda da legislação municipal, temas mais bem desenvolvidos a seguir".

Confirmando o papel do legislador infraconstitucional na conformação do direito de propriedade, Miguel Nogueira de Brito afirma que a densidade social do instituto da propriedade está no fato de se tratar de um direito fundamental que, inevitavelmente, reduz a liberdade dos não proprietários. Em outras palavras, esse direito traz sempre uma não liberdade para os excluídos do uso do objeto. Assim, ressaltar a função social da posse é justamente dar voz aos não proprietários, que têm sua liberdade limitada, em razão do absolutismo da situação proprietária. De acordo com o autor português, a funcionalidade do instituto da propriedade deve ser garantida por uma atuação do legislador ordinário, que é responsável por determinar o conteúdo e os limites da propriedade. A conformação entre utilização individual e interesse coletivo deve ser realizada, de início, também pelo Legislativo[317].

[310] "§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante". (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

[311] "Art. 1.238 - Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo". (Ibid.)

[312] "Art. 1.242 - Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico". (Ibid.)

[313] "§ 2º - Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". (Ibid.)

[314] "Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo". (Ibid.)

[315] "Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente". (Ibid.)

[316] "Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro". (Ibid.)

Para a resolução desse conflito, deve ser priorizada a interpretação da posse como um fato social indissociável de uma função social e autônoma do direito de propriedade. A partir dessa análise, a garantia e a conservação de bens (estatuto patrimonial) não podem prevalecer frente à necessidade que as demandas contemporâneas impõem de acesso a esses mesmos bens (estatuto existencial).

A tradução do conflito apresentado anteriormente pode ser feita a partir do embate entre um direito fundamental de primeira dimensão (direito à propriedade privada) e outro, de segunda geração (direito à moradia). Se houvesse hierarquia, o direito fundamental à moradia teria eficácia normativa imediata, tutelando diretamente situações jurídicas individuais.

Assim, no embate entre posse e propriedade, quando a legislação não solucionar o conflito, cabe ao Judiciário fazê-lo, avaliando, no bojo das ações possessórias e petitórias, se os protagonistas cumprem as funções sociais desses institutos, levando em conta sempre o direito de acesso aos bens. Na dialética realizada pelo magistrado, é necessário dar funcionalidade à coisa, sempre evitando que os poderes do proprietário sejam submetidos exclusivamente aos interesses individuais de seu titular.

O possuidor está inserido em múltiplos contextos concretos, não sendo apenas o abstrato titular de *animus domini*, como acreditava Savigny, ou o proprietário que demanda rápida tutela, nas palavras de Ihering. A posse caracteriza-se por uma apropriação econômica e social consciente sobre um bem, voltada a uma finalidade individual que representa, em última instância, a própria finalidade coletiva (garantindo, por exemplo, o direito fundamental à moradia). Na maioria dos casos, a posse não é mensurável por critérios econômicos, pois tutela o direito à cidadania, diferentemente da propriedade, que, em geral, acautela o bem como mercadoria com valor de troca.

[317] "Do necessário cruzamento de argumentos que tendem a caracterizar a propriedade como direito geral e como direito especial, por um lado, e do não menos necessário reconhecimento do princípio social como parte da justificação da propriedade privada, resulta a especificidade da propriedade no contexto das demais liberdades. Não se trata apenas de a propriedade ser uma criação do direito, característica que partilha com outros direitos fundamentais, mas de ser uma criação do direito que envolve forçosamente a diminuição das liberdades naturais dos não proprietários. Com efeito, o legislador, no âmbito da determinação do conteúdo e limites da propriedade, não pode apenas visar a definição ou conformação de situações jurídicas futuras; ele pode também modificar normas em vigor e desse modo afectar situações jurídicas constituídas com base no direito anterior, transformando o seu conteúdo". (BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 842-843).

O Judiciário deverá incorporar os direitos fundamentais às suas decisões, como uma forma de legitimá-las. Em qualquer litígio envolvendo o embate entre questões possessórias ou proprietárias, o magistrado deverá analisar se há ou não a funcionalização desses institutos. A função social se apresenta como o núcleo da propriedade privada, limite e fundamento à extensão da autonomia privada do proprietário, na hipótese em que suas pretensões reivindicatórias e possessórias percam a legitimidade constitucional pelo não exercício dos poderes dominiais por seu titular, concomitante ao surgimento da função social da posse em outras pessoas.

Marcos Alcino de Azevedo Torres também defende a prevalência da posse funcionalizada e sua autonomia, em face da propriedade sem função. Para o autor, não há conflito entre a posse com função social e a propriedade com função social, pois a função social da propriedade é exercida por meio da posse (do próprio proprietário ou de um terceiro, autorizado ou não). Em contrapartida, a posse com função social tem que ser protegida em face da propriedade sem função social, pois esta última perde a proteção do sistema jurídico, uma vez que a função social é elemento estrutural do direito de propriedade[318].

A posse é o instrumento de consagração dos preceitos constitucionais de moradia, erradicação da pobreza e dignidade humana. Dessa forma, é por meio dela (seja da posse do proprietário ou de terceiro não proprietário) que ocorre a apropriação econômica da coisa e a consequente promoção dos atributos do ser humano[319]. Conclui-se que a posse, promovendo valores existenciais consagrados pela CRFB/88, garante que a propriedade cumpra sua função social[320].

[318] Para Marcos Alcino de Azevedo Torres: "A posse com função social tem que ser protegida em face da propriedade sem função social, pois esta última perde a proteção do sistema jurídico, uma vez que a função social é elemento estrutural do direito de propriedade, a partir dos fenômenos de constitucionalização do direito civil e despatrimonialização do direito privado". (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse*: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 369.)

2.3.1.3 A natureza jurídica da ocupação dos particulares em bens públicos: o descompasso das decisões judiciais frente ao regime jurídico da posse funcionalizada – posse versus detenção

A postura do Poder Judiciário no tratamento dado à problemática fundiária brasileira pode ser pautada, a título de exemplo, a partir de uma análise das decisões sobre a natureza jurídica da ocupação do particular em bem público. Tais decisões demonstram um descompasso entre as teorias funcionalistas da posse e da propriedade, consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, e o tratamento concreto que a jurisdição outorga a esses fatos sociais.

Elas consagram a aplicação do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil[321]. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, afirma de forma categórica a impossibilidade de ocorrência da situação possessória em bem público, nas ocupações que não têm a anuência do poder público[322]. Essa orientação exige a presença de um justo título para que a ocupação do particular em bem público tenha natureza de posse. Os atos de mera permissão e tolerância não induzem posse, portanto, serão "sempre precários"[323].

---

[319] Para Farias e Rosenvald: "a posse deve ser tutelada como um direito especial em atenção à previsão constitucional do direito social à moradia e ao acesso aos bens vitais mínimos de proteção à dignidade humana […] A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial de proteção à moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar". (FARIAS, Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 5. p. 47.)

[320] Na visão de Luiz Edson Facchin: "É a posse no cumprimento de sua função social que estabelece uma funcionalidade ao direito de propriedade, consagrando assim o direito fundamental à moradia". (FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.)

[321] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022. "Art. 1.208 - Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade".

[322] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 793.560-ES*. Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 14 out. 2014: "Trata-se de agravo em recurso especial interposto por Jonacir José Ronchetti e outros contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não admitiu o apelo nobre, manejado com base no art. 105, III, a e c, da CF, sob o fundamento da incidência da Súmula nº 281 do STF. […] O Tribunal deu provimento ao recurso assim ementado: "Agravo de instrumento. Direito Civil. Ação reivindicatória. Requisitos. Ocupação indevida de bem público. Recurso provido". 1) Pode

utilizar da ação reivindicatória quem está privado da coisa que lhe pertence e quer retomá-lo de quem a possui ou detém injustamente, bastando a comprovação da titularidade do domínio da área reivindicada, a individuação da coisa e a demonstração da posse injusta do requerido, a qual, nessa hipótese, resta configurada pela simples ausência de justo título. 2) Os imóveis públicos - bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais - são, por força do art. 100 do Código Civil, inalienáveis, considerados bens fora do comércio, sendo insuscetíveis de posse por parte de ocupante particular, mesmo estando este de boa-fé precedentes no STJ e TJES. 3) Restando caracterizada a mera detenção pela ocupação desconsentida de bem público, fora das hipóteses de autorização, permissão ou concessão por parte da Administração Pública não há que se falar em direito de retenção ou de indenização pela realização de benfeitorias de boa-fé. Recurso provido (e-STJ, fl. 219). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 5 nov. 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895647456/agravo-em-recurso-especial-aresp-793560-es-2015-0249136-7/decisao-monocratica-895647532>. Acesso em: 20 fev. 2022.

[323] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 841.905-DF*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17 maio 2011: A jurisprudência do STJ diz não ser possível a posse de bem público, pois sua ocupação irregular (ausente de aquiescência do titular do domínio) representa mera detenção de natureza precária. Consoante precedente da Corte Especial são bens públicos os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap), empresa pública em que figura a União como coproprietária (Lei nº 5.861/1972) e que tem a gestão das terras públicas no DF, possuindo personalidade jurídica distinta desse ente federado. Sendo assim, na ação reivindicatória ajuizada por ela, não há falar em direito de retenção de benfeitorias (art. 516 do CC/1916 e art. 1.219 do CC/2002), que pressupõe a existência de posse. Por fim, ressalte-se que a Turma, conforme o art. 9º, § 2º, I, do RISTJ, é competente para julgar o especial. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21123834/recurso-especial-resp-841905-df-2006-0079897-0-stj/inteiro-teor-21123835?ref=amp>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.282.207-DF*. Rel. Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva**,** Quarta Turma, julgado em 7 abr. 2011. "Trata-se de recurso especial interposto por Tayronio Santana Ribeiro, com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea "a", da CF, contra acórdão proferido pelo TJ do DF e Territórios assim ementado: "Oposição. Terracap. Bem público. Indenização por benfeitorias em sentido amplo. Impossibilidade no caso concreto". A ocupação de bem público por terceiro é sempre precária, caracterizando mera detenção, sendo certo que os atos de permissão ou tolerância não induzem posse. É cediço que a jurisprudência dessa Corte de Justiça, considerando as peculiaridades da Capital da República, vem decidindo pelo direito à indenização das acessões erigidas em imóvel público, ocupado irregularmente, por longos anos, ante a omissão de Poder Público e com o fito de coibir o enriquecimento sem causa. Verificado no caso concreto que não se fazem presentes tais peculiaridades, incabível o deferimento da indenização pretendida. […] A posse, pelo Estado, sobre bens públicos, notadamente quando se trata de bens dominicais, dá-se independentemente da demonstração do poder de fato sobre a coisa. Interpretação contrária seria incompatível com a necessidade de conferir proteção possessória à ampla parcela do território nacional de que é titular o Poder Público. Se a posse, pelo Poder Público, decorre de sua titularidade sobre os bens, a oposição manifestada pela Terracap no processo não tem, como fundamento, seu domínio sobre a área pública, mas a posse dele decorrente, de modo que é incabível opor, à espécie, o óbice do art. 923 do CPC. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896845050/recurso-especial-resp-1282207-df-2011-0226071-4>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.337.743-DF*. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 14 de outubro de 2015: "Trata-se de recurso especial interposto por Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado: "Civil e administrativo. Ação

A orientação do STJ segue o entendimento de que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, mas, sim, mera detenção (Súmula 619, STJ), negando a tais ocupações a incidência dos efeitos jurídicos da posse[324]. Com isso, o Judiciário nega a possibilidade de

reivindicatória. Imóvel pertencente à Terracap. Propriedade. Incontrovérsia. Imissão de posse. Deferimento. Acessões. Indenização. Cabimento. Inserções equiparáveis a benfeitorias. Ocupação autorizada informalmente e tolerada pela proprietária e pelo poder público. Indenização. Necessidade. Interesse de agir. Presença. Imóvel. Gratuidade de justiça. Honorários de sucumbência. Alcance do benefício. Compreensão. Exigibilidade. Suspensão. […] 4. O fato de o particular deter imóvel de natureza pública há expressivo lapso temporal com a anuência e tolerância do poder público, não chegando, contudo, a ser contemplado com autorização formal para ocupá-lo, não lhe irradia a qualificação de possuidor nem a circunstância de sido aprovada autorização para que fosse agraciado com concessão de direito real de uso enseja que o autorizado seja transmudado em autorização efetiva ante a inexistência da formalização do instrumento administrativo indispensável ao aperfeiçoamento do ato de concessão, determinando que, apurado que o ente público é o efetivo detentor do domínio, seja imitido na posse da coisa. 5. Conquanto a ocupação de imóvel pertencente à Terracap sem a formalização de contrato destinado a regulá-la não irradie, ante a natureza pública que ostenta, a qualidade de possuidor ao ocupante, a circunstância de ter sido tolerada e incentivada pelo poder público, que chegara a incentivar e consentir que nele fossem desenvolvidas atividades produtivas, enseja que lhe seja conferido tratamento análogo à posse e as acessões nele inseridas com a autorização ou leniência da administração reputadas benfeitorias úteis ante a elisão da má-fé do detentor e o proveito que os investimentos irradiará ao ente público. […] É o relatório. Decido. O recurso comporta provimento, pois o aresto recorrido divergiu da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça de que a ocupação de bem público não gera direitos possessórios, e sim, mera detenção de natureza precária, o que afasta o pagamento de indenização pelas benfeitorias e o reconhecimento do direito de retenção, nos termos do art. 1.219 do CC, ainda que a recorrida desconhecesse o vício que inquinava seu direito". Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895569817/recurso-especial-resp-1337743-df-2012-0166105-7>. Acesso em: 20 fev. 2022.

[324] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Processo CNJ nº 0027480-76.2003.4.02.5101*. Parte Autora: Ministério Público Federal; Parte Ré: Gerson Roque Anacleto Ferreira; 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro; Objeto: Ação Civil Pública; Acórdão STJ: Recurso Especial nº 806.534-RJ (2005/0215067-2); Relator: Ministro Francisco Falcão; Recorrente: Gerson Roque Anacleto Ferreira; Recorrido: União. Decisão. Vistos etc. Trata-se de recurso especial interposto por Gerson Roque Anacleto Ferreira, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão assim ementado: "Civil, processual civil e administrativo. DL 9.760/46. Reintegração de posse. Ibama. Legitimidade ativa para a causa. Filho de ex-servidor falecido, locatário de próprio nacional. Ausência de fundamento jurídico para continuar ocupando o imóvel (art. 1º da Lei nº 5285/67 c/c art. 86, II, do DL nº 9.760/46). Ressarcimento de benfeitorias. Art. 90 do decreto-lei acima referido. I - Ausência de nulidade por inobservância do prazo previsto no art. 89, § 3.º, 'a', DL 9760/46, vez que, embora a Administração tenha, equivocadamente, estabelecido o prazo de 30 dias para que o réu desocupasse o imóvel, ele não fora desalojado do mesmo findo o referido prazo, sendo respeitado, assim, o supracitado diploma legal. II - Configuração da pertinência subjetiva da autora para a demanda, vez que a mesma, à época da propositura da ação, detinha a administração do Jardim Botânico do Rio de Janeiro (art. 5º, VIII, do DL 289/67 c/c art. 4º da MP 34/89). III - Segundo o imperativo legal contido no art. 1º da Lei nº 5.285/67, não pode o filho de ex-funcionário público federal falecido, continuar ocupando Próprio da União, por mais de 90 (art. 1º da Lei nº 5.285/67). Ademais, não sendo o réu servidor público, está o mesmo excluído, pelo rol do art. 86, II, do DL 9.760/46, de pleitear ocupação de próprio da União em caráter voluntário. IV - Descabe o ressarcimento das

alteração da natureza das situações concretas de ocupação do solo urbano, bem como o caráter dinâmico da posse e a funcionalidade que deve ser outorgada aos bens públicos.

As decisões citadas permitem uma reflexão acerca da forma como a tutela dos institutos da posse e da propriedade é realizada pelo Judiciário no caso concreto. O Código Civil adotou a teoria de Ihering, segundo a qual a posse é considerada a extensão do domínio, enquanto as hipóteses de detenção devem ser definidas pela lei. Seu referido artigo 1.208, 1ª parte, fundamenta as decisões da Corte sobre ocupações de particulares em bens públicos, negando o direito à indenização, que está previsto no artigo 1.219[325].

Assim, as decisões judiciais desconsideram a teoria funcionalista da posse, afastando a interpretação judicial da realidade concreta. Essa postura confirma o fato de que o ordenamento privilegia a posse do

benfeitorias supostamente feitas no imóvel em questão, vez que não houve comunicação da realização das mesmas à União, restando desatendida a norma contida no art. 90 do citado DL 9.760/46" (fl. 298). A recorrente aponta contrariedade ao art. 1.255 do Código Civil. Argumenta ter exercido sobre o imóvel da recorrida posse justa, de boa-fé, consentida e autorizada, razão pela qual lhe é devida indenização pelas benfeitorias realizadas. Seu pai, agora falecido, era servidor público e, em tal condição, ocupava o imóvel da recorrida, tendo recebido desta autorização para a construção de sua casa. Procura, ainda, demonstrar dissídio jurisprudencial sobre a matéria. Cita como paradigmas julgados deste Superior Tribunal de Justiça, bem como de Tribunais locais. É o relatório. Decido. A despeito dos argumentos da recorrente, tenho que o recurso especial não comporta provimento. A fim de dar provimento à remessa necessária e reformar a sentença, que julgava procedente em parte o pedido para deferir a indenização pelas benfeitorias, o Tribunal a quo asseverou o seguinte: "Outrossim, cumpre afastar a possibilidade de ressarcimento das benfeitorias supostamente feitas no imóvel em questão, vez que não houve comunicação da realização das mesmas à União, restando desatendida a norma contida no art. 90 do citado DL 9760/46" (fl. 296). O recorrente, todavia, parte do pressuposto de que seu pai recebera autorização para a construção de sua casa, em virtude da qual faz jus à indenização pleiteada (fl. 321). Assim sendo, o acolhimento da pretensão recursal dependeria do reexame de prova, com a qual se constataria existente a referida autorização. Isso, por si só, torna inviável o recurso especial, por aplicação da Súmula n.º 7 desta Corte. Ante o exposto, com esteio no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil c/c o artigo 34, XVIII, do RISTJ e artigo 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 2 março 2006. Ministro Francisco Falcão, Relator.

[325] "Art. 1.219 - O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis". (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

proprietário, o que, muitas vezes, compromete a dialética que aquela teoria estabelece entre proprietário e possuidor não proprietário[326].

A interpretação feita pelo Poder Judiciário de que a ocupação do particular em bem público tem natureza de detenção traz inúmeras consequências concretas: (i) negativa aos ocupantes de área pública de indenização pelas benfeitorias realizadas no bem; (ii) impossibilidade de exercício do direito de retenção; (iii) impossibilidade de utilização dos interditos[327]; (iv) desconsideração da possibilidade de a detenção ser convertida em posse (Art. 1.198, § único do CC). Essa construção faz com que o Judiciário seja mais um pilar da cerca jurídica da terra, ampliando a estrutura de proteção da propriedade – nesse caso, a pública – e restringindo ainda mais o acesso à terra daqueles que não são titulares do direito formal de propriedade.

Dessa forma, as teorias funcionalistas da posse e da propriedade são insuficientes para deslocar uma interpretação judicial restritiva para outra, que seja conduzida pelos valores expressos na CRFB/88. A partir disso, é possível concluir que a Teoria Objetiva, positivada no Código Civil, é aplicada em plena dissonância em relação à axiologia constitucional. Tal constatação impõe uma releitura da própria Teoria Objetiva, a partir de elementos da teoria econômica da posse. A ideia é buscar uma interpretação em que o Judiciário, após análise do fato, tenha condições para considerar a ocupação do particular em bem público como posse, garantindo: (i) aplicação da teoria funcionalista da posse e da propriedade e (ii) adoção da função social como parâmetro para dirimir conflitos entre o proprietário e o terceiro possuidor não proprietário.

---

[326] De acordo com Barbara Almeida Araújo: "a posse justifica-se, não pelo exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio, mas pelo próprio domínio em si. Os vícios da posse, portanto, tais como apresentados pelo CC/16, e essa sistemática não foi alterada no novo diploma de 2002, ainda refletem a estrutura possessória tal como a prevista por Ihering, de proteção ao provável proprietário". A proteção oferecida pelo ordenamento contemporâneo ao possuidor é também uma proteção oferecida ao possuidor proprietário, já que o possuidor não proprietário dificilmente estará "limpo" dos vícios objetivos e subjetivos da posse, preservando a sistemática de Ihering. Pautar os vícios possessórios a partir da postura do titular do domínio impede a aplicação da teoria funcionalista e descaracteriza a autonomia da posse frente à propriedade. (ARAÚJO, Barbara Almeida. *A posse dos bens públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 129-130.)

[327] Permite que a Administração Pública faça pedido liminar em ação de reintegração de posse, independentemente do prazo de ano e dia (hipótese em que a posse é nova), uma vez que a relação do ente público-possuidor e do particular-detentor será regida por lei especial, o Decreto-Lei 9.760/46, que determina a desocupação imediata do bem.

2.3.1.4 Teorias possessórias: uma releitura necessária

Inserir uma determinada situação concreta no conceito de posse ou detenção traz inúmeras consequências do ponto de vista prático e jurídico. Os efeitos da posse, independentemente do direito de propriedade, estão elencados nos artigos de 1.210 a 1.222 do Código Civil, como o direito ao manuseio dos interditos possessórios, a indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas no bem e o direito de retenção.

Sobre os efeitos da posse e sua repercussão em situações concretas, é imprescindível a análise de duas das suas principais classificações. Inicialmente, verificar-se-á a classificação possessória em justa e injusta. Em uma interpretação do artigo 1.200 do Código Civil[328], a posse é injusta quando é adquirida mediante violência, clandestinidade ou precariedade. Bárbara Almeida de Araújo afirma que não se devem confundir atos violentos e clandestinos com a posse violenta e clandestina propriamente dita. Segundo a autora:

> A posse violenta e a clandestina tiveram origem em atos dessa natureza, mas surgem apenas com a cessação da violência e da clandestinidade, ou seja, quando não há perda da posse por parte do legítimo possuidor. Enquanto for possível o exercício da posse pelo antigo possuidor, não há que se falar em nova posse, mas apenas em detenção. No caso da posse violenta e clandestina, já houve esse estado inicial de detenção. Depois de cessada a violência ou clandestinidade, será iniciada a posse, ainda que, desse ponto de vista, injusta[329].

Nos termos expostos, a simples prática de atos de violência e clandestinidade não induz posse, mas mera detenção, uma vez que o antigo possuidor ainda exerce os poderes dominiais sobre a coisa. Tal ocupação apenas se traduz em posse, mesmo que injusta, após a cessação dos atos violentos e clandestinos.

---

[328] "Art. 1.200 - É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária". (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

[329] ARAÚJO, Barbara Almeida. *A posse dos bens públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 128.

Outra classificação relevante para o presente estudo é a posse de boa-fé e a posse de má-fé. Nos termos do artigo 1.201 do Código Civil[330], ela é de boa-fé quando o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Para melhor identificar no caso concreto esse elemento subjetivo, o legislador indicou, no parágrafo único do dispositivo legal citado, que o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé. É dado esse nome de justo ao título que, em tese, foi capaz de transferir o domínio, mas não foi capaz de fazê-lo no caso concreto, diante da presença de algum vício. A opção legislativa para estabelecer essa presunção foi a criação de um critério mais objetivo na identificação da boa-fé.

Diante dessas duas classificações – justa/injusta e de boa-fé/de má-fé –, é possível afirmar que o legislador baseou seu entendimento sobre a posse com maior ênfase na titularidade do domínio, tornando superficial a tutela da posse do não proprietário. Assim:

> a posse do não proprietário, e daquele que não foi por este autorizado, de acordo com uma interpretação mais estrita do Código Civil, será necessariamente injusta e de má-fé. A posse será de má-fé porque o possuidor não detém qualquer justo título que legitime a sua posse. Ao mesmo tempo, seria viciosa, porque, se não há um título que transmitiu formalmente a posse, não poderíamos deixar de considerá-la como violenta, ou precária ou clandestina[331].

Reforçando o entendimento exposto, o artigo 1.224 do Código Civil determina que só se considere "perdida a posse para quem não presenciou o esbulho quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido"[332]. Assim, o possuidor que não presenciou o esbulho não perde a posse. Para que a perda

[330] "Art. 1.201 - É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção". (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

[331] ARAÚJO, Barbara Almeida. *A posse dos bens públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 129.

[332] BRASIL, op. cit.

seja efetivada, é necessário que o ato chegue ao conhecimento do possuidor e que ele fique inerte ou demonstre que só não retomou a coisa porque foi violentamente repelido. Nessa linha, o proprietário-possuidor, alegando que não presenciou o esbulho, pode afirmar que só perdeu a posse quando não pôde retomar a coisa. Assim, a nova posse que se estabelece sempre terá um vício de violência, clandestinidade ou precariedade[333].

A proteção oferecida pelo ordenamento jurídico contemporâneo ao possuidor é, na verdade, uma proteção oferecida ao possuidor proprietário. Tal construção demonstra a presença da teoria de Ihering, pois trata a posse como uma forma avançada de proteção da propriedade, já que o possuidor não proprietário dificilmente estará isento dos vícios objetivos e subjetivos da posse.

A linha de pensamento rígida apontada por uma interpretação mais restrita do Código Civil vai de encontro às teses funcionalistas, especialmente no que tange à posse dos bens públicos no cumprimento de sua função social. A posse deve caminhar com total autonomia em relação à situação proprietária, privilegiando, assim, os conflitos dinâmicos e concretos da sociedade e garantindo que os vícios possessórios não estejam pautados a partir da postura do titular do domínio.

A posse legítima deverá ser avaliada tendo em vista os direitos fundamentais que busca assegurar, e não pela existência de um título. Nessa linha, o critério de identificação da posse injusta e de má-fé não pode ser apenas o da titularidade do domínio. Dever-se-á levar em conta a posse no cumprimento de sua função social. Qualquer postura contrária descaracteriza a funcionalidade que pretende ser dada ao instituto da posse, bem como a sistemática do Código Civil, a partir do fenômeno da constitucionalização do direito.

Levando em conta o posicionamento extraído das linhas gerais de uma interpretação restrita e dogmática do diploma civil, feita, inclusive, pelo Judiciário, a boa-fé do possuidor na ocupação de um bem público estaria, necessariamente, vinculada à existência de um justo título, no caso, um contrato administrativo. Tal construção restringe a proteção

[333] Segundo Bárbara Almeida Araújo: "a posse justifica-se, não pelo exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio, mas pelo próprio domínio em si. Os vícios da posse, portanto, tais como apresentados pelo Código Civil de 1916, e essa sistemática não foi alterada no novo diploma de 2002, ainda refletem a estrutura possessória tal como a prevista por Ihering, de proteção ao provável proprietário". (ARAÚJO, Barbara Almeida. *A posse dos bens públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 129-130.)

possessória, sendo necessária a análise do momento de tomada da posse, a *causa possessionis*.

Dessa forma, a boa-fé e o justo título devem ser tratados de forma independente, sendo possível, com isso, que haja um possuidor com justo título, mas de má-fé, ou sem justo título e de boa-fé. Confirmando essa posição, é possível citar o próprio parágrafo único do artigo 1.201, que permite a prova em contrário para descaracterizar essa presunção[334].

O ponto central para ratificação dessa independência é o fato de que nada impede que a ocupação de um particular em bem público seja considerada de boa-fé, sem que haja um ato administrativo (permissão, autorização ou licença). Nada impede, ainda, que a boa-fé em uma ocupação de bem público esteja presente na hipótese em que a Administração Pública tenha ciência dessa ocupação e se mantenha inerte, não exercendo seu poder de polícia, permitindo e tolerando a presença do particular. Além disso, também nada impede, a teor do artigo 1.203 do Código Civil[335], que uma posse tenha iniciado de má-fé e, posteriormente, se torne de boa-fé, ou que a ocupação tenha iniciado com natureza de detenção e, posteriormente, se torne posse (art. 1.198, parágrafo único).

É importante a análise das hipóteses em que a ocupação do particular em área pública ocorre com e sem justo título, mas sempre com a ciência da Administração Pública. Tais hipóteses refletem, muitas vezes, a ideia de que se trata de uma ocupação com tolerância e permissão do poder público, caracterizando, assim, detenção, e não posse, nos termos do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil. Essa interpretação, utilizada na maioria das vezes pelo Judiciário, como apresentado anteriormente, torna a ocupação de particular em bem público, nas hipóteses em que a Administração tem ciência da ocupação, sempre detenção.

Para evitar tal entendimento, faz-se necessária uma releitura dos termos da permissão e tolerância presentes no artigo 1.208 do Código

---

[334] A autora, defendendo a independência entre os institutos, exemplifica a questão na hipótese em que o "possuidor sabe, por exemplo, que aquele imóvel que lhe foi doado não pertencia ao doador, [dizendo que, nesse caso,] não há como se negar a sua má-fé, ainda que exista, realmente, um justo título (contrato de doação)". (Ibid., p. 132.)

[335] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022. ¨Art. 1.203 - Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida".

Civil[336]. Os particulares que ocupam determinada área pública, com a ciência da Administração, não podem ter a sua relação com a coisa definida previamente como detenção. Na observação da natureza da ocupação, é imprescindível a análise do fato em si. Dessa forma, a relação com a coisa pública, independentemente da existência do contrato administrativo, pode ter se iniciado mediante permissão ou tolerância, caracterizando, portanto, detenção. Posteriormente, a partir do momento em que o particular atua de forma autônoma na destinação que é dada à coisa, a relação é transportada para uma situação possessória, justa e de boa-fé.

A construção apresentada traz efeitos práticos relevantes. A interpretação dogmática e restrita da permissão e da tolerância, bem como dos vícios objetivos e subjetivos da posse, representam uma negativa, aos ocupantes de área pública, de qualquer efeito jurídico decorrente da posse. Uma virada nesse entendimento, em que a relação do particular com o bem público pode vir a ser considerada uma relação possessória, fará com que o Judiciário solucione as controvérsias concretas com base na função social, afastando o simplório método de resolução dos conflitos pautado na dicotomia propriedade *versus* detenção.

2.3.1.5 A teoria econômica da posse de Raymond Saleilles

Raymond Saleilles fundamenta sua teoria possessória (1908) na apropriação econômica da coisa reconhecida por terceiros. Na doutrina de Mauricio Mota e Marcos Alcino Torres, é possível identificar o potencial prático dessa teoria, a partir da análise do conceito de posse para o autor francês:

> A posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas e sociais. O *animus* aplicado ao *corpus*

[336] Para Bárbara Almeida Araújo: "Ora, se existe pleno desenvolvimento dos bens, pela sua utilização por uma comunidade, não há como se falar em mera permissão ou tolerância. A comunidade não é mero instrumento da posse da Administração Pública, mas possibilita que aqueles bens, que antes estavam abandonados, por exemplo, cumpram sua função social". (ARAÚJO, Barbara Almeida. *A posse dos bens públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 132-133.)

> será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa. A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que essa vontade corresponda a um ideal de interesse público consoante os costumes e a opinião pública[337].

Diante do conceito apresentado, o instituto da posse deve ser analisado a partir do aspecto da apropriação econômica da coisa (*corpus*). Em sua acepção positiva, trata-se da atuação do possuidor com liberdade na destinação econômica que dará à coisa e, na acepção negativa (consciência social), consiste na abstenção socialmente aceita por parte de terceiros relativamente à coisa possuída.

Para Saleilles, o *animus* não visa ao direito de propriedade, mas visa o *corpus* (*animus* é a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa). Por isso, é possível que um possuidor proceda como proprietário, sem, no entanto, pretender a propriedade. A posse não é um vínculo jurídico ligado à propriedade, mas um vínculo econômico decorrente de uma situação jurídica instintiva e não legislativa. Saleilles defende a autonomia da posse frente à propriedade em razão de sua prioridade histórica. Dessa forma, posse é a realização consciente e voluntária da apropriação econômica da coisa, devendo-se investigar a causa que origina esse estado de fato atual.

Além dos elementos da posse, nos termos da teoria econômica, é necessária para sua caracterização a análise das condições e circunstâncias que ocorreram à tomada da posse. Por isso, diferentemente do que defendiam Savigny e Ihering, nesse caso, é a *causa possessionis* que determina se há posse ou detenção[338].

---

[337] SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894. p. 183 apud MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. *Transformação do direito de propriedade privada*: a função social da posse no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 10.

[338] "A *causa possessionis* determina que se deva averiguar primeiro os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, a circunstância de o possuidor se servir da coisa e explorá-la em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela. Para Saleilles há posse onde há uma relação de fato suficiente para estabelecer a independência econômica (autonomia) do possuidor no desfrute da coisa". (SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894. p. 183 apud MOTA, Mauricio;

Para Saleilles, há posse quando está configurada a independência econômica do possuidor na utilização da coisa. Na ausência dessa independência, a situação é de mera detenção. Por isso, nessa orientação, a diferença entre posse e detenção tem que ser analisada no caso concreto, e não instituída por lei, como defendia Ihering e foi adotado pelo Código Civil brasileiro nos artigos 1.198 e 1.208, 1ª parte. De acordo com Saleilles, é a doutrina que deve fixar os critérios da posse jurídica na constatação e interpretação dos fatos sociais. É a "causa da posse" que determina a independência econômica caracterizadora da situação possessória.

A essência da teoria de Saleilles pode ser identificada no artigo 1.203 do Código Civil[339], no instituto da Interversão da Posse[340]. Esse fenômeno permite a constituição de uma nova situação jurídica de posse, em razão da independência social e econômica[341]. Mauricio Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres apontam quatro requisitos para a alteração da

---

TORRES, Marcos Alcino. *Transformação do direito de propriedade privada*: a função social da posse no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 11:)

[339] "Art. 1.203 - Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida". (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.)

Enunciado 237 do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.

[340] Maurício Mota e Marcos Alcino Torres exemplificam os termos apresentados na teoria de Saleilles no seguinte trecho: "O usufrutuário, o locatário e o credor pignoratício não podem adquirir a propriedade da coisa por usucapião, pois diante da causa da posse não tem independência econômica na utilização do bem (é necessário o *animus* de apropriação econômica da coisa, entendido aqui em sentido social e não individual). Na Promessa de Compra e Venda em que o comprador é imitido na posse no ato da celebração do negócio pelo constituto possessório ou logo a seguir pela tradição simbólica ou real. Nesse caso não há desdobramento da posse, como no caso do locador, usufrutuário e credor pignoratício, mas transmissão da posse plena, que ocorreu no momento de lavratura do negócio. Para ser desdobramento da posse seria exigido o requisito da temporalidade, a obrigação de restituir. Nesse caso o adquirente não tem intenção de devolver a coisa, a única transmissão pendente é a de propriedade. Diante de um possível inadimplemento por parte do adquirente, surge o direito do promitente vendedor de reaver a coisa. Essa recuperação não será feita com base no desdobramento da posse, mas sim porque a causa da posse do promitente comprador se perdeu com o inadimplemento. Por isso a ação que deve ser proposta é uma ação de resolução contratual (cláusula resolutiva tácita) combinada com reintegração de posse". (MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. op. cit., p. 13.)

[341] "A interversão se caracteriza pela força de oposição daquele que exerce o poder de fato sobre a coisa contra o primitivo possuidor, caracterizando uma nova situação jurídica de posse com independência social e econômica […] A interversão fica caracterizada por algum fato ostensivo, relevante e duradouro que evidencia a independência econômica no desfrute da coisa". (Ibid., p. 15-16.)

causa possessionis[342]: (i) o justo título para a posse, motivo jurídico pelo qual o possuidor começou a deter a coisa como própria; (ii) a ostensividade na contradita ao direito do proprietário por atos formais e positivos; (iii) a impossibilidade da alegação de desconhecimento dos atos de contradita por parte do proprietário; e (iv) o decurso de tempo sem qualquer oposição do proprietário.

Assim, a interversão consagra um caráter dinâmico da posse, uma vez que permite a alteração na *causa possessionis*. A ostensividade no uso independente da coisa, reconhecido por terceiros, permite ao ocupante contraditar o direito do proprietário. O fenômeno da interversão tem como base o ideal de Saleilles e permite alterarmos a situação possessória, outorgando funcionalidade à coisa e garantindo direitos aos ocupantes não proprietários.

É perceptível a linha de orientação economicista também no artigo 1.198, parágrafo único do Código Civil[343], que admite a possibilidade de a detenção transformar-se em posse, tornando-se apta, portanto, a produzir efeitos jurídicos. Aquele que conserva a coisa em nome de outrem, em razão de uma relação de dependência, é considerado detentor, até que se prove o contrário. Assim, é a quebra na situação de dependência na destinação que será dada à coisa, que faz com que a detenção seja convertida em posse[344].

---

[342] MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. *Transformação do direito de propriedade privada*: a função social da posse no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 17.

[343] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022. "Parágrafo único - Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário".

[344] Segundo Mota e Torres: "Portanto, consoante os postulados da teoria social e o entendimento de Saleilles, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, para estabelecer essa relação, não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa. Assim, é a *causa possessionis* que decide a questão de se saber se há posse ou detenção. A *causa possessionis* determina que se deva averiguar primeiramente os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, a circunstância do possuidor se servir e explorar a coisa em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela" (p. 258). Além dos elementos caracterizadores da posse, segundo Saleilles, para definição dela, é necessária a análise das condições e circunstâncias jurídicas da tomada da posse. Por isso, diferentemente do que defendiam Savigny e Ihering, o autor afirma que é a *causa possessionis* que determina se há posse ou detenção. Para Saleilles, há posse quando está configurada a independência econômica do possuidor na utilização da coisa. Quando não há essa independência, temos detenção. Por isso a necessidade de se diferençar posse e detenção no caso

A teoria econômica prioriza a análise do fato social, garantindo que a definição de posse e detenção decorra sempre de uma análise casuística. Ela consagra, com isso, a funcionalidade que se espera dos institutos de direito privado, bem como a precedência da tutela existencial frente à tutela patrimonial[345].

Reforçando a análise da importância da posse na promoção dos valores constitucionais, Ana Rita de Albuquerque afirma que:

> o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando as suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanação da personalidade humana comprometido com o princípio da dignidade humana[346].

Por sua vez, Laura Beck Varela elenca duas consequências da constitucionalização do direito civil para o instituto da posse: (i) nova percepção da pluralidade de sujeitos possuidores, que se diferencia da noção abstrata e monolítica de possuidor do artigo 1.196 do Código Civil, com a existência de possuidores urbanos, rurais, a coletividade de possuidores que realizam obras de valor social, todos com suas especificidades; e (ii) nova realidade, em que o operador do direito se obriga a lidar com os conflitos possessórios de acordo com a diversidade dos padrões valorativos de cada caso, tendo como vetor de ponderação de tais lides a proteção à dignidade dos diversos sujeitos possuidores e a valorização dos efeitos da posse sem levar em conta o direito de propriedade[347].

---

concreto, ao contrário do que se vê em Ihering e no Código Civil brasileiro. É a doutrina que deve fixar os critérios da posse jurídica na constatação e interpretação dos fatos sociais. (MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. *A função social da posse no Código Civil*. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 249-324, 2013.)

[345] É esse o fundamento para que a posse dos bens públicos seja considerada como situação apta a produzir efeitos jurídicos e proteger os ocupantes que outorgam finalidade social à coisa, mesmo que pública.

[346] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002. p. 28.

[347] VARELA, Laura Beck. *A tutela da posse entre abstração e autonomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 809.

A partir de uma releitura da Teoria Objetiva, é viável garantir que a posse cumpra com sua vocação social, sendo possível, no exame do caso concreto, ser privilegiada em detrimento da propriedade. Seguindo essa lógica, na teoria possessória de Saleilles, a funcionalidade da posse deve ser pertinente com a moral e a vida coletiva, substituindo a vontade subjetiva individual por uma consciência coletiva. A posse deve ser respeitada pela necessidade que todos têm de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que correspondendo a um ideal coletivo.

A releitura aqui pretendida atende às demandas sociais contemporâneas, sobretudo em um país como o Brasil, de vasto território, mas com inúmeros despossuídos, uma vez que poucos têm acesso à propriedade privada, à terra, pelas razões já expostas. O Direito Civil deve atender a todos os valores impostos pela CRFB/88, dando ao sistema jurídico uma compreensão sob a ótica do caso concreto, da realidade social. Com isso, é possível desfazer a noção de riqueza e de patrimônio, e substituí-la por uma noção de direito de acesso e garantia ao patrimônio mínimo, onde a titularidade privada está sujeita ao exercício da função social, tornando efetivo o direito de igualdade[348].

No cumprimento da função social, o possuidor deixa de ser um mero sujeito passivo universal em relação ao proprietário. Ele adquire individualidade e busca acesso aos bens que lhe assegurem o mínimo essencial para viver dignamente. A teoria econômica amplia a definição de posse e faz com que ela esteja necessariamente vinculada à análise do caso concreto, em que a posse garante a promoção dos atributos do ser humano. Essa lógica outorga funcionalidade às situações patrimoniais, atendendo, assim, às exigências de moradia, aproveitamento do solo e erradicação da pobreza.

Dessa feita, é possível concluir que a posse, desde sua formatação no Direito Romano até seu *status* contemporâneo, com o objetivo de se adequar à realidade social de cada época, sofreu inúmeras modificações. Essa metamorfose deve continuar rompendo com as limitações que lhe foram impostas por Savigny e Ihering, a partir da ampliação de seu campo de incidência, com a confirmação da teoria de Saleilles como a mais próxima dos valores consagrados na Constituição Federal.

---

[348] FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 19.

As teorias funcionalistas, após a crise do positivismo no século XX, destinaram-se à reconstrução dos direitos subjetivos, incluindo a posse como fato social de enorme repercussão para a promoção da dignidade humana. De acordo com a construção jurídica da situação possessória consagrada na teoria de Ihering, a posse foi utilizada para garantir a proteção e prevalência do instituto da propriedade, desvalorizando a figura do possuidor não proprietário, ampliando a cerca jurídica da terra e potencializando a concentração da propriedade fundiária[349].

Assim, é importante destacar as justificativas para a tutela possessória na doutrina dos autores clássicos: (i) para Savigny, a tutela da posse tem o objetivo de garantir a paz social, evitando a prática de ilícitos pelo uso arbitrário das próprias razões. O possuidor deveria ser protegido para evitar uma violação a uma situação de fato, social e economicamente consolidada; (ii) já na teoria de Ihering, a tutela possessória se justifica pelo fato de o possuidor ser um aparente proprietário (a posse é delineada de forma patrimonialista e individualista, estando estritamente vinculada à propriedade).

As justificativas apresentadas são insuficientes frente à complexidade das demandas sociais contemporâneas[350]. Ricardo Aronne afirma que a posse está positivada no Livro do Direito das Coisas como "um escudo a eventuais ataques à propriedade imobiliária"[351]. Essa lógica faz com que os fatos sociais sejam regulados a partir de um filtro artificial denominado relação jurídica, permitindo que a proteção do ser humano dependa de seu reconhecimento como sujeito de direito.

A teoria econômica busca romper com essa lógica e demonstrar que a posse não é um apêndice da propriedade, realizando uma releitura desse instituto de acordo com os valores sociais que estão nele impregnados. Essa redefinição faz da posse um poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida, a partir da utilização concreta da coisa.

De acordo com a configuração tridimensional da posse, ela ingressa no direito por três vias: (i) posse real, que decorre da titularidade

---

[349] Ibid., p. 9.
[350] FARIAS, Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 5. p. 46.
[351] ARONNE, Ricardo. *Titularidades e apropriações no novo Código Civil*. In: *O Novo Código Civil e a Constituição*. Coordenação SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 217.

da propriedade ou de outro direito real, como no usufruto e direito de superfície; (ii) posse obrigacional, que advém da aquisição do poder sobre um bem em razão de relação de direito obrigacional, como a locação e o comodato; e (iii) posse fática (ou natural), exercitada por qualquer um que assume o poder fático sobre a coisa, independentemente de qualquer relação jurídica real ou obrigacional que lhe conceda substrato, sendo suficiente que o ocupante tenha capacidade de utilizar de forma concreta o bem.

Antônio Hernandez Gil enfatiza a importância da "posse fática (ou natural)":

> situa a posse como o direito que mais se aproxima da realidade social, pois o uso e o trabalho sobre a coisa servem às necessidades humanas básicas, justificando o poder geral de abstenção perante a situação do possuidor e a garantia do desfrute de bens essenciais[352].

A teoria funcionalista da posse consagra a sua autonomia em relação à situação proprietária. Essa independência permite que a situação possessória seja merecedora de tutela, independentemente de o possuidor ser, também, o titular do domínio. Nessa direção, a proteção possessória é outorgada também ao possuidor não proprietário, que passa a ocupar o mesmo espaço nas relações sociais.

A construção apresentada sugere uma releitura da teoria possessória adotada pelo ordenamento brasileiro, a partir da axiologia constitucional. É certo, portanto, que a configuração da situação possessória deve estar relacionada a uma análise concreta e casuística do fato social, e não meramente abstrata, como disciplinou o autor da Teoria Objetiva. Seguindo essa redefinição, a teoria econômica é a que melhor se aproxima dos valores da Constituição brasileira, pois é pautada no reconhecimento, por parte da sociedade, da independência na destinação econômica que o ocupante outorga à coisa.

---

[352] "[…] toda la realidad social queda afectada por el derecho del mismo modo que esta resulta afectado por aquella." (GIL, Antonio Hernandez. *La funcion social de la posesión*: ensayo de teorizacion sociológico-jurídica. Madrid: Alianza, 1969 apud FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.)

Essa reflexão permite concluir que a distinção entre posse e detenção deve ser feita a partir do caso concreto, sendo irrelevante a presença de justo título com prévia autorização do proprietário (público ou particular). Para que a ocupação do particular, especificamente em área pública, seja considerada posse, basta, nos termos da doutrina de Saleilles, que o ocupante tenha plena liberdade na destinação que será dada à coisa, sem qualquer ingerência do poder público, titular do direito de propriedade.

Em razão da densidade concreta e social do instituto da posse e em oposição à abstração e superficialidade do instituto da propriedade, é a partir da primeira que a segunda cumpre com sua função social. É por meio da posse que o ser humano realiza a apropriação dos bens da vida, permitindo, com isso, a promoção efetiva dos seus próprios atributos. Por isso, como uma forma de consagrar a própria função social da propriedade, faz-se imprescindível uma releitura do conceito de posse e detenção a partir da teoria econômica, em razão de seu alinhamento com os valores estabelecidos na CRFB/88.

Reconhecendo o viés inovador da posse, sobretudo no que tange à possibilidade de ampliação da perspectiva de acesso à terra, por meio da violação das barreiras históricas de proteção impostas à propriedade, o legislador constituinte e ordinário consagraram instrumentos de regularização fundiária que valorizam a situação jurídica possessória. Tais instrumentos podem ser utilizados em ocupações realizadas em áreas públicas ou particulares, e têm o condão de valorizar o ocupante que outorga funcionalidade à coisa, priorizando o valor de uso, em face do valor de troca.

Assim, a autonomia da posse frente à propriedade, a posse como forma de cumprimento da função social da propriedade, a releitura da estrutura da posse, bem como o fato de a CRFB/88 e a legislação ordinária disciplinarem instrumentos de regularização fundiária pautados na posse, são uma forma efetiva de relativizar a absolutização e a mercantilização do direito de propriedade. Seguindo essa lógica, o próximo subcapítulo será destinado à análise da concessão de direito real de uso e da concessão de uso especial para fins de moradia.

2.3.2. Os instrumentos de regularização fundiária pautados na situação jurídica possessória: a concessão de direito real de uso (CDRU) e a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM)

O direito fundamental social à moradia está inserido no artigo 6º da CRFB/88 desde o ano 2000, com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro daquele ano. O direito à moradia como um direito social atende à própria sistemática da Constituição, que, em seu artigo 182, disciplina, em capítulo próprio, os elementos balizadores da política urbana, como já demonstrado no subcapítulo anterior. Assim, o desenvolvimento de uma política pública urbana tem sede constitucional, com uma extensa legislação complementar que busca dar conteúdo aos termos dessa política, estabelecendo seus elementos balizadores.

A partir dos pressupostos já estabelecidos, a regularização fundiária plena deve buscar a titulação das áreas ocupadas, garantindo a segurança da posse, e, ainda, asseverar o acesso de seus moradores a uma infraestrutura básica de habitação e a serviços públicos de qualidade, além de sua integração com a cidade. Assim, esta seção será destinada à análise dos instrumentos de regularização fundiária consagrados na legislação constitucional e infraconstitucional, pautados na situação jurídica possessória. Tais instrumentos positivados no ordenamento jurídico pátrio demonstram o reconhecimento, por parte do legislador, da importância de outorgar efetividade à tutela da posse, sendo, portanto, uma forma de garantir o próprio acesso à terra urbana.

2.3.2.1 Concessão de direito real de uso (CDRU)

A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) é um instrumento de regularização da posse. A formalização dessa situação jurídica possessória traz inúmeros efeitos práticos, que serão expostos no decorrer desta subseção. Já agora, é preciso dizer que a CDRU tem natureza contratual e pode ser outorgada de forma gratuita ou onerosa, individual ou coletiva, sendo transmissível por ato entre vivos ou *causa mortis*.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, "a CDRU é um direito real resolúvel, aplicável a terrenos públicos ou particulares, de caráter

gratuito ou oneroso, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social"[353].

A concessão é definida por Hely Lopes Meirelles como:

> O contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização,

[353] José dos Santos Carvalho Filho, comentando o instituto da CDRU afirma que: "O instituto destina-se ao uso de qualquer tipo de bem, móvel ou imóvel, mas como no caso em foco a utilização será sobre terrenos ou edificações, a lei empregou a denominação 'concessão de direito real de uso de *imóveis públicos*', […]. Conforme denuncia a nomenclatura, a concessão de direito real de uso destina-se a permitir que o particular faça uso de área ou edificação pública. Na verdade, é o mesmo objeto do contrato de concessão de uso de bem público, com a diferença de que naquela o Poder Público outorga ao usuário direito real, ao passo que nesta última se estabelece mera relação de direito pessoal. […] A concessão de direito real de uso de terrenos públicos ou particulares […] foi instituída pelo Decreto-Lei nº 271/67 […], que dispôs sobre loteamento urbano e responsabilidade do loteador. O instrumento, como se pode observar pela sua terminologia, não teve caráter eminentemente público, visto ser admitido também para o uso de terrenos particulares. […] O instituto de concessão de direito real [de uso], cuja natureza é a de contrato administrativo, rende ensejo à instituição de direito real resolúvel em favor do concessionário, evidenciando-se a intenção do legislador de advertir o concessionário de que tal direito real de uso não teria caráter perpétuo, mas que, ao contrário, poderia ser extinto em virtude de fato superveniente descrito na própria lei. É admitido o ajuste da concessão tanto de modo gratuito como remunerado, podendo ser fixado por tempo certo ou indeterminado. A finalidade do negócio integra a substância do instituto, porquanto o concessionário só pode utilizar o imóvel com o objetivo de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. Neste último objetivo se enquadra a concessão de uso que está contemplada no art. 48 do Estatuto: o dispositivo, como vimos, alude a programas e projetos de *interesse social*. A formalização desse tipo de concessão se processa por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, devendo o título ser inscrito e, se for o caso, cancelada a concessão em livro especial do cartório imobiliário" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 328-329, grifos do autor). No intuito de expor as principais diferenças e semelhanças entre CDRU e CUEM, José dos Santos Carvalho Filho afirma: "O núcleo básico de tais institutos reside no uso de bem imóvel por particulares, qualificados como concessionários. Ambos, da mesma forma, se caracterizam como institutos de caráter urbanístico, prestando-se naturalmente à execução de estratégias especiais de política urbana, principalmente as relacionadas a políticas habitacionais, mas não somente estas. […] Mas, que pesem os pontos comuns, possuem eles fisionomias jurídicas com linhas diferenciadas. Sobre as diferenças, […] a CUEM distingue-se da CDRU pela circunstância de que é ela conferida para a *finalidade exclusiva de moradia*, o que não ocorre nesta última, em que há outras finalidades do uso, como visto anteriormente. Há […] outro aspecto relevante que nos parece oportuno assinalar. A CDRU de imóvel público […] tem natureza de contrato administrativo, mas a CDRU não recebeu a mesma qualificação jurídica […], está claro que o legislador atribuiu à Administração *atividade vinculada* para o fim de reconhecer ao ocupante o *direito subjetivo* à concessão para moradia, desde que cumpridos os requisitos legais. […]. Ora, justamente por isso é que a concessão de uso especial para fins de moradia só pode ostentar a natureza de *ato administrativo vinculado* […]" (Ibid., p. 331-332, grifos do autor).

> industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social[354].

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, ela:

> É o contrato pelo qual a Administração transfere, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público ou do espaço aéreo que o recobre, para que seja utilizado com fins específicos por tempo certo ou por prazo indeterminado[355].

A CDRU passou a integrar a ordem jurídica vigente nos artigos 7º e 8º do Decreto-Lei nº 271 de 28 de fevereiro de 1967, com a finalidade de tornar mais simples a transferência da posse de áreas públicas a particulares[356]. A funcionalidade é o objeto central desse contrato, que, especialmente aplicado às áreas públicas, permite que o particular lhe

---

[354] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 485.

[355] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 535.

[356] "Art. 7º - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. § 1º - A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. § 2º - Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. § 3º - Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza. § 4º - A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato *inter vivos*, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência. § 5º - Para efeito de aplicação do disposto no *caput* deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: I - do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e II - do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal.
Art. 8º - É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada." (BRASIL. *Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967*. Dispõe sôbre loteamento urbano, responsabilidade do Ioteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.)

outorgue uma destinação específica[357]. Sobre o instituto, Ricardo Pereira Lira elucida que:

> A concessão de direito real de uso de terreno é o contrato solene, pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social […]. Para definir com precisão o campo conceitual, entendemos que o fato de estar o terreno edificado, plantado ou urbanizado não impede a concessão[358].

A CDRU, desde sua criação, em 1967, teve pouca adesão concreta, não alcançando a instrumentalidade esperada pelo legislador, especialmente na intensificação da utilização do bem público por particular. Assim, em uma tentativa de oxigenar o instituto, o artigo 48 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) também disciplina essa concessão, fazendo referência expressa a ela nas hipóteses de programas e projetos habitacionais de interesse social[359].

Com o objetivo de outorgar maior aplicabilidade a esse instrumento, a Lei 11.481/2007, que disciplina a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, inseriu a CDRU nos artigos 1.225, inciso XII, e 1.473, inciso IX, ambos do Código Civil. Com isso, a partir de 2007 esse contrato passou a integrar o rol de direitos reais e dos direitos

---

[357] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 163.
[358] LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico.* 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 232.
[359] "Art. 48 - Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, os contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos: I – terão, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no inciso II do art. 134 do Código Civil; II – constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais." (BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.). Sobre a efetividade da CDRU, ver o item 41 da cartilha *Orientações para a destinação do patrimônio da União*. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Secretaria do Patrimônio da União. *Orientações para a destinação do patrimônio da União*. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. p. 22. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/legislacao/arquivos/2016/cartilha-memo-90-destinacao-orientacoes-para-a-destinacao-do-patrimonio-da-uniao.pdf/view>. Acesso em: 23 fev. 2022.)

que podem ser objeto de hipoteca. Tais alterações objetivaram estimular sua utilização, tanto na regularização das posses em bens públicos, quanto em bens particulares.

Com relação à CDRU como objeto de garantia, sua incidência não se restringe apenas à hipoteca. A lei de 2007 também alterou a legislação específica que trata da alienação fiduciária em garantia, inserindo a CDRU no rol de direitos que podem ser objeto dela, como demonstra o § 1º do artigo 22 da Lei nº 9.514/1997[360].

A referida concessão tem natureza de negócio jurídico bilateral, sendo, portanto, um contrato. Quando utilizada em bens públicos, ela assume a natureza de contrato administrativo e acaba por tornar a discricionariedade administrativa um definidor para sua concretização. Como já exposto, esse instrumento não constava, originariamente, na relação de direitos reais prevista no Código Civil, tendo sido nela inserido pela Lei nº 11.481/2007. Em razão da forma como foi disciplinado no diploma civil, alguns autores afirmam que sua natureza é de direito real em coisa alheia, de gozo e fruição[361]. Nessa linha, Eurico de Azevedo afirma que:

> A concessão de direito real só pode ter por objeto terrenos não edificados, tem natureza de direito real sobre coisa alheia e se transfere por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária. Seu objetivo é passar para terceiros o uso do terreno, para qualquer

[360] "Art. 22 - A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.
§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481, de 2007)
[…] I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
II - o direito de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
III - *o direito real de uso*, desde que suscetível de alienação; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)
IV - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).
§ 2º - Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)". (BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.)
[361] GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2002. p. 93.

> fim de interesse social, conservando o concedente a propriedade do solo[362].

O objetivo da CDRU é regularizar a posse de ocupantes em áreas públicas ou particulares. Especificamente com relação às áreas públicas, a celebração do contrato deverá ser precedida de processo licitatório, na modalidade concorrência, para que, então, seja escolhida a melhor oferta. A licitação pode ser dispensada para fins de regularização de áreas ocupadas por favelas ou conjuntos habitacionais, com base no artigo 76, inciso I, alínea 'f' da Lei Federal nº 14.133/2021.

Vale ressaltar que o contrato poderá ser celebrado de forma coletiva, nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, ainda que não esteja expressamente previsto em lei municipal. Nesse caso, a concessão poderá ser outorgada em favor de uma associação comunitária ou cooperativa habitacional formada pelos próprios beneficiários.

O objetivo da CDRU é definido em contrato. É bem amplo, uma vez que não se restringe apenas à moradia, permitindo a utilização comercial da coisa. Mesmo diante dessa amplitude, sua finalidade social é inerente ao próprio instituto. José dos Santos Carvalho Filho reconhece tal finalidade no seguinte trecho:

> O dispositivo passou a contemplar, entre os objetivos do instituto, a regularização fundiária, o aproveitamento sustentável das várzeas e a preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência. Trata-se, como é fácil observar, de finalidades de caráter eminentemente social. Na verdade, já poderiam ser concebidas como inclusas na expressão final do dispositivo – "outra utilização de interesse social"[363].

---

[362] De acordo com Eurico Azevedo: "o Poder Público exerce efetivo controle do uso do solo, impedindo que os terrenos por ele alienados para determinado fim, sejam posteriormente desviados para outras finalidades". (AZEVEDO, Eurico. *Boletim da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2. p. 57-58, 1995.)

[363] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329.

O objetivo amplo da CDRU demonstra sua preocupação em dar uma funcionalidade aos bens (públicos e particulares). Tal amplitude é a principal diferença entre esse instituto e os demais que também buscam formalizar a situação possessória. Além disso, o caráter discricionário de seu uso permite sua adesão na realização de políticas públicas urbanas, tanto de caráter social quanto específico.

2.3.2.2 Concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM)

2.3.2.2.1 Conceito e histórico

Diante da dinâmica de consolidação do espaço urbano brasileiro, descrita no primeiro capítulo, chama a atenção o grande número de ocupações irregulares próximas aos centros de infraestrutura, especialmente localizadas em bens públicos. Tendo em vista essa questão, analisar-se-á o instrumento de regularização fundiária denominado Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM), que torna possível o desenvolvimento de uma política de formalização das ocupações de particulares em áreas públicas.

O Estatuto da Cidade, no que tange à regularização fundiária e à regulação do uso do solo urbano (não apenas para bens públicos), une-se a outros diplomas que disciplinam instrumentos com a mesma natureza e o mesmo objetivo. Entre eles estão a usucapião especial urbana, originalmente prevista no artigo 183 da CRFB/88, e a concessão de direito real de uso, analisada na subseção anterior, disciplinada desde 1967, pelo Decreto-Lei nº 271. Além desses dois instrumentos, o legislador disciplinou ainda a CUEM, cujas disposições normativas, contidas na redação final do projeto de lei do Estatuto da Cidade, foram integralmente vetadas pela Presidência da República à época.

Os artigos de 15 a 20 do Estatuto disciplinavam a CUEM, mas foram vetados sob o argumento de afrontarem o interesse coletivo, uma vez que poderiam estar incentivando ocupações irregulares em bens públicos. Diante do veto, o Executivo Federal, ciente da importância do instrumento para o desenvolvimento de políticas de regularização fundiária em áreas urbanas, dois meses depois da publicação da referida lei, introduziu o instrumento no ordenamento jurídico através da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, nos artigos 1º a 9º. Tais

artigos contêm algumas das normas inicialmente vetadas e outras, novas, que estabelecem critérios distintos dos formulados inicialmente no processo legislativo para a aplicação do instrumento.

A CUEM é direcionada aos imóveis públicos, relacionando-se, imediatamente, à função social da posse e ao direito à moradia digna, nos termos do art. 6º da CRFB/88. José Afonso da Silva obtempera que a CUEM é, na origem, um contrato de direito público pelo qual o Estado outorga a alguém o direito de uso de um bem público. Esse direito real diferencia-se do direito de uso preconizado no Decreto-Lei nº 271/67, pois se restringe à finalidade única de moradia, enquanto aquele se afeiçoa a qualquer ocupação que traduza interesse social[364].

O referido instrumento cria direito de uso para o particular ocupante de áreas públicas urbanas. Seguindo essa linha, a professora Liana Portilho Mattos afirma que:

> o instrumento da concessão de uso especial conferiu ao ocupante de imóvel público o direito subjetivo ao bem objeto de sua posse desde que atendidos os requisitos estabelecidos no artigo 1º, *caput*, da Medida Provisória n. 2.220, de 04 de setembro de 2001. A concessão de uso especial para fins de moradia tem todos os atributos inerentes ao exercício de um direito de uso, que tem a natureza de direito real, tanto que pode ser objeto de registro imobiliário[365].

É importante registrar que o direito de uso estabelecido pela CUEM não tem relação direta com o direito de uso disciplinado nos artigos 1.412 e 1.413 do Código Civil. Tal instituto privatista tem o objetivo apenas de transferir posse direta de um bem a terceiros, para que possam usar a coisa e perceber seus frutos na medida de suas necessidades.

Seguindo a linha da professora Liana Portilho e reforçando a ideia de que a CUEM cria direitos subjetivos para os ocupantes de áreas públicas, a professora Vanêsca Buzelato Prestes afirma que a CUEM "cria um direito subjetivo cuja implementação depende de procedimentos

[364] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro.* 4. ed. São Paulo; Malheiros, 2006.
[365] MATTOS, Liana Portilho. *Concessão de uso especial para fins de moradia*: um caso concreto. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse*: diretrizes, instrumentos e processo de gestão. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 182-183.

prévios de análise dos requisitos para adimplemento dos direitos e da outorga do respectivo bem público"[366].

Analisando o tema e confirmando a ideia do surgimento de um direito subjetivo, após o preenchimento dos requisitos previstos na MP nº 2.220 de 2001, o professor Diógenes Gasparini define a CUEM como um:

> ato administrativo ou jurisdicional que outorga, como direito subjetivo, o uso de área pública urbana de até 250 m^2 ou mais, respectivamente ao possuidor ou à população de baixa renda que até 30/06/2001 detinham-na como sua, por 05 anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família[367].

Para o autor, a concessão de uso especial para fins de moradia possui natureza jurídica de direito real, nos termos do artigo 6º, § 4º combinado com artigo 15 da MP nº 2.220/2001, segundo o qual o título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis. Além disso, qualquer controvérsia sobre a natureza real do instituto desaparece após sua inclusão no artigo 1.225, inciso XI do Código Civil, pela Lei nº 11.481/2007. Essa lei inseriu, inclusive, a CUEM no rol de direitos que podem ser objeto de hipoteca (artigo 1.473, inciso VIII do Código Civil) e de alienação fiduciária (artigo 22, § 1º, II, da Lei nº 9.514/1997).

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro confirma o caráter obrigatório da CUEM, quando preenchidos os requisitos dos artigos 1º e 2º da MP nº 2.220/2001. Confira-se o conceito que ela apresenta:

> A concessão de uso especial para fins de moradia pode ser definida como o ato administrativo vinculado pelo qual o Poder Público reconhece, gratuitamente, o direito real de uso de imóvel público de até 250 metros quadrados, situado na área urbana àquele que o possui, por cinco anos,

[366] PRESTES, Vanêsca Buzelato. *A Concessão Especial para Fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade*: uma exegese da MP nº 2.220 de 04 de setembro de 2001. *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, 2003. p. 204.
[367] GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2002.

> ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família em 30.06.01[368].

Arícia Fernandes Correia apresenta um conceito interdisciplinar de CUEM, que ajuda a entender a importância do instrumento para os diversos ramos do Direito:

> Também é lícito afirmar que a concessão de uso para fins de moradia se trata: para o direito civil, de direito real imposto sobre a propriedade pública urbana, na forma do artigo 1.225, XI do Código Civil, com redação dada pela Lei Federal 11.481.2007; para o direito administrativo imobiliário, de mais uma das formas jurídicas de oneração de bens imóveis públicos; e, para o direito urbanístico, de relevantíssimo instrumento de regularização fundiária, consagrando, aos que preencham seus requisitos legais, lídimo direito subjetivo à outorga administrativa da concessão ou, no caso de resistência, de respectivo suprimento judicial[369].

A partir da análise dos conceitos apresentados, conclui-se que o instituto da CUEM em áreas públicas é um importante instrumento de garantia da segurança da posse, pois é uma forma de legitimá-la, consolidando ocupações históricas e garantindo moradia digna à população. Também tem importância no processo de regularização fundiária plena, que busca integrar as moradias à cidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, comentando o instituto e exaltando seu amplo caráter social e instrumental de promoção da dignidade humana, afirmam que:

> […] a concessão da outorga não passa do reconhecimento do direito subjetivo do particular, mediante ato administrativo vinculado, quando

[368] Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica a CUEM outorgada com a finalidade exclusiva de moradia, pois entende que ela deve atender sempre a um interesse coletivo e social mais amplo. Confira-se o trecho: "Não vemos legitimidade na outorga de concessão com natureza de direito real, perpétuo, quando o bem vai ser utilizado para fins de moradia, fora de qualquer projeto de interesse social". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204-205.)

[369] CORREIA, Arícia Fernandes. *Constitucionalização do direito à cidade*: Direito fundamental à moradia adequada, regularização fundiária e legitimação de posse. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito Imobiliário*: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 662.

> cumprido o suposto fático necessário para a constituição do direito real em coisa alheia. Ou seja, dispensa a concordância do Poder Público, não podendo ele ofertar oposição. Concede-se ao possuidor de bens públicos a moradia gratuita sobre o bem imóvel, transmissível *inter vivos* ou *mortis causa* (mas passível de resolução, se ao imóvel for conferida destinação diversa à moradia, ou se o concessionário adquirir propriedade de outro imóvel [370].

Para consagração do direito citado, como exposto anteriormente, o particular tem que cumprir os requisitos elencados no art. 1º da MP nº 2.220/01, que determina:

> Art. 1º - Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural [371].

Preenchidas tais condições, é possível que os ocupantes do referido bem público promovam o devido requerimento administrativo para que tenham sua posse legitimada. Ressalta-se, mais uma vez, que tal direito, constante na MP nº 2.220/2001 e incorporado pela Lei nº 11.481/2007, é de caráter subjetivo do particular frente ao poder público, permitindo-lhe, inclusive, ingressar com a medida judicial cabível, para que veja seu direito assegurado. O interessado pode recorrer à via judicial, caso, após 12 meses (artigo 6º, § 1º da MP nº 2.220/2001) da data do protocolo do requerimento administrativo, não houver um parecer conclusivo sobre a solicitação formulada.

---

[370] FARIAS, Cristiano Chave de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 5. p. 574-577.

[371] BRASIL. *Medida provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Cumpre ressaltar que o exercício do direito deve ser assegurado no próprio local onde a posse é exercida. Apenas nas hipóteses elencadas nos artigos 4º e 5º da MP nº 2.220/2001, que serão analisadas posteriormente, fica instituída a possibilidade de reassentamento, em área próxima ao local da moradia originária, na qual o indivíduo se reconheça como membro do conjunto.

Assim, preenchidos os requisitos anteriormente citados, não há discricionariedade do poder público, mas, sim, obrigatoriedade no reconhecimento do direito. O artigo 35, inciso V do Regimento Interno da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), aprovado no artigo 1º da Portaria/MP 232/2005, seguindo a orientação legislativa, prevê que a administração do patrimônio imobiliário da União seja feita de modo a garantir que todo imóvel cumpra sua função socioambiental[372].

A referida Secretaria de Patrimônio, seguindo as orientações legais e constitucionais, já expediu, desde 2007, 2.566 títulos de CUEM e, no mesmo período, 36.092 títulos de CDRU (disciplinada pelo DL 271/1967) para atendimento do direito à moradia de famílias de baixa renda[373]. Trata-se de uma significativa ratificação, por parte da SPU, de que os bens públicos devem atender a objetivos de interesse geral, deixando de ter um caráter exclusivamente patrimonial. É também um trabalho de reconhecimento da posse de longa data exercida por famílias de baixa renda, em imóveis públicos.

Essa posse é, na maioria dos casos, exercida de forma precária, sem condições de habitabilidade, o que coloca os moradores em situação de imensa fragilidade social. Nesse sentido, a regularização fundiária é

---

[372] "Art. 35 - À Coordenação-Geral de Controle de Utilização do Patrimônio compete: I - planejar, coordenar, controlar e avaliar as atividades de fiscalização dos imóveis da União; II - planejar, coordenar, controlar e avaliar as atividades de avaliação dos bens imóveis da União ou de seu interesse; III - implementar metodologias de execução, de controle e de programação de fiscalização de imóveis; IV - propor normas e procedimentos para ações de fiscalização e avaliação de imóveis da União; V - coordenar a identificação dos imóveis da União que não cumprem a função socioambiental; VI - planejar, coordenar, monitorar e avaliar as atividades necessárias à discriminação, reivindicação de domínio e reintegração de posse dos bens imóveis da União; e VII - orientar e monitorar a atualização da Planta Genérica de Valores, em especial a elaboração do relatório final anual". (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portaria nº 232, de 3 de agosto de 2005*. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2005. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/legislacao/arquivos/2016/regimento-interno-spu-portaria-232-2005.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.)

[373] BRASIL. Ministério da Economia. *Patrimônio de Todos*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021. Disponível em: <http://patrimoniodetodos.gov.br/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

pensada de forma a congregar ações de urbanização, adequação da situação fundiária e acompanhamento social.

Não restam dúvidas, diante do objetivo da legislação apresentada, de que, dentre tantos parâmetros estabelecidos, a atuação da União está pautada no princípio da função social da posse e da propriedade pública urbana (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso III da Constituição Federal), com amplo objetivo de legitimar posses históricas de assentamentos já consolidados. Corroborando o entendimento acerca dessa função, Nelson Saule Junior afirma que: "quando se fala em função social da propriedade urbana, esse princípio é norteador, sendo condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada como pública"[374].

O patrimônio do ente público deve servir como meio para a consecução de objetivos constitucionais, assim, o uso da propriedade, de forma a garantir o exercício do direito constitucional à moradia, assegurando a predominância da posse, é um indicativo do cumprimento de sua função social.

A CUEM é um instrumento importante na realização da função social da propriedade pública, na medida em que viabiliza a regularização fundiária, bem como o exercício do direito constitucional à moradia. Também entende dessa forma a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual:

> […] o instituto da concessão especial de uso para fins de moradia atende a evidente interesse social, na medida em que se insere como instrumento de regularização da posse de milhares de pessoas das classes mais pobres, em regra faveladas, contribuindo para ampliar a função social inerente à propriedade pública[375].

O texto constitucional diferencia o domínio do uso. Nos termos do artigo 183, § 1º da CRFB/88, os efeitos da posse são distintos de acordo com a titularidade do solo. A posse exercida em propriedade privada, se

[374]SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 152.
[375] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 160.

cumpridos os requisitos do *caput*, leva à aquisição do domínio. Já o título de concessão de uso, conforme foi mostrado, é conferido àquele que exerce a posse para fins de moradia, em área pública de até 250 m^2, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, desde que não seja proprietário de outro imóvel, até 22 de dezembro de 2016. A concessão de uso, portanto, não constitui transferência de domínio.

Afora isso, o direito constitucional à moradia tem como componentes a segurança jurídica da posse, que não se confunde com a propriedade nem com a transferência plena de domínio. A segurança da posse consiste na ausência de ameaças de desalojamento forçado. Assim, em se tratando de área pública, a CUEM é um instrumento que garante a segurança jurídica da posse.

Seguindo a sistemática do Estatuto da Cidade que disciplinou instrumentos de regularização fundiária e regulação do uso do solo urbano, a CUEM torna possível, junto com outros instrumentos, a implementação de uma política pública de regularização fundiária de áreas urbanas. O Estatuto da Cidade, nesse ponto, se une a outros diplomas que disciplinam instrumentos com a mesma natureza e objetivo. Entre eles estão a usucapião especial urbana, originalmente prevista no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, e a CDRU, disciplinada desde 1967 pelo Decreto-Lei nº 271 daquele ano.

A professora Vanêsca Buzelato Prestes, analisando o histórico do instituto a partir do artigo 183, *caput* e seus parágrafos da CRFB/88, afirma:

> Partindo do pressuposto de que a Constituição federal não contém palavras inúteis e da regra hermenêutica segundo a qual os parágrafos devem ser lidos em consonância com o disposto no *caput* dos artigos, temos que a referência aos imóveis públicos e a concessão de uso não constam aleatoriamente nos dispositivos em epígrafe. De um lado, em um artigo que se refere ao reconhecimento do domínio em áreas urbanas mediante determinadas condições, há a exceção aplicada aos imóveis públicos e a alusão à concessão de uso[376].

[376] PRESTES, Vanêsca Buzelato. *A Concessão Especial para Fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade:* uma exegese da MP nº 2.220 de 04 de setembro de 2001. *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, 2003. p. 205.

Seguindo essa linha hermenêutica, a autora analisa detidamente o *caput* do artigo 183 e seus parágrafos no seguinte trecho:

> O *caput* do artigo não se refere à propriedade pública ou privada. Dentro do contexto em que se situa – política urbana em cumprimento às funções sociais da cidade e da propriedade – e na hipótese de inexistência do parágrafo 3º, o artigo 183, em tese, poderia ser aplicado tanto a imóveis privados quanto aos públicos. Para os possuidores de imóveis privados que fizessem jus ao direito o título a ser concedido seria de domínio, e para aqueles que estivessem em área pública a concessão de uso, a teor do que dispõe o parágrafo 1º do mesmo artigo. A existência do parágrafo 3º neste artigo reforça o entendimento de que nos imóveis públicos não há o direito ao título de domínio. Porém a sua inserção na Constituição federal não afasta a possibilidade da concessão de uso estabelecida pelo *caput* e parágrafo 1º. Isto porque o *caput* não faz a diferença entre imóveis públicos e privados e a explicitação contida no parágrafo somente reforça o entendimento de que o comando do artigo atinge a ambas as categorias de propriedade[377].

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro sempre rechaçou a usucapião em áreas públicas. Ocorre que, na atualidade, tal proibição tem *status* constitucional e está inserida no capítulo da política urbana. Não restam dúvidas de que o fato de a usucapião estar disciplinada no capítulo constitucional da política urbana traz uma diferença em relação à usucapião tradicional, que não tem por objetivo atender a princípios da política urbana, mas, sim, situações individuais amparadas pela legislação civil.

Seguindo a linha intelectiva da professora Vanêsca Buzelato, é possível afirmar que o artigo 183 da CRFB/88 não é apenas mais uma modalidade de usucapião denominada para fins de moradia, mas um instrumento de política urbana e, como tal, não poderia atingir apenas bens privados, uma vez que as ocupações urbanas não diferenciam áreas públicas de particulares. O impedimento de fazer essa distinção ocorre,

---

[377] PRESTES, Vanêsca Buzelato. *A Concessão Especial para Fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade:* uma exegese da MP nº 2.220 de 04 de setembro de 2001. *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, 2003. p. 207.

inclusive, pelo fato de que, em uma mesma ocupação onde as áreas são contíguas, podem existir terras públicas e privadas. Nesse caso, a regularização tem que ocorrer em ambas, e não apenas na área privada. Dessa forma, a MP nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, apenas regulamentou um direito que já estava previsto na CRFB/88, em seu artigo 182, § 2º.

2.3.2.2.2 Dos requisitos para a outorga da CUEM

Marco Aurélio Bezerra de Melo, ao comentar a mensagem de veto n. 730, de 10 de julho de 2001 (veto aos artigos de 15 a 20 do Estatuto da Cidade, que inicialmente regulavam o instituto da CUEM), assevera que:

> O Instituto jurídico da concessão especial de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares. Feitas algumas considerações críticas, o Governo Federal comprometeu-se com o Congresso Nacional a encaminhar um texto normativo que cuidasse da matéria e isso foi feito por meio da medida provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, na versão individual (art. 1º) ou coletiva (art. 2º) com os mesmos requisitos que são exigidos para a usucapião pró-moradia[378].

De acordo com o autor, a MP nº 2.220/2001, com requisitos legais incorporados pela Lei nº 1.1481/2007, exige, sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, os mesmos requisitos da usucapião especial urbana. A Instrução Normativa nº 02, de 23 de novembro de 2007 da Secretaria de Patrimônio da União, em seu artigo 2º, acompanhando o dispositivo legal citado, determina que:

> Art. 2º - A Concessão de Uso Especial para fins de Moradia é o instrumento pelo qual a Secretaria do Patrimônio da União, por meio das Gerências Regionais do Patrimônio da União, reconhece o

[378] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 100-103.

> direito subjetivo à moradia, quando preenchidos os requisitos da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, não se submetendo a CUEM à análise de conveniência e oportunidade pela Administração[379].

Dessa forma, confiram-se, em separado, os requisitos legais para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia.

- Imóvel público com até 250 m^2

O reconhecimento da CUEM pressupõe que a área ocupada seja de domínio público, independentemente do regime jurídico do bem. No tocante à metragem, a área deve ter até 250 m^2, no caso da concessão individual. Com o objetivo de estabelecer parâmetros para preenchimento dos requisitos legais, a Instrução Normativa nº 02, de 23 de novembro de 2007, no seu artigo 11, inciso II, determina que:

> Art. 11 - Para o fim de comprovação do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 1º e 2º, da Medida Provisória nº 2.220, de 2001, o processo será instruído com os seguintes documentos:
> […]
> II - para comprovação do tamanho do imóvel: planta de situação do imóvel, croqui, memorial descritivo ou certidão a ser fornecida pelo Poder Público Municipal, na forma do § 2º, art. 6º da Medida Provisória nº 2.220, de 2001, que ateste, também, as especificações técnicas do imóvel […][380].

A referida limitação da metragem do imóvel demonstra o caráter social do instrumento, uma vez que ela busca dar preferência a ocupações que conservem a moradia.

---

[379] BRASIL. *Instrução Normativa SPU nº 2, de 23 de novembro de 2007*. Dispõe sobre o procedimento para a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM) e dá autorização de uso em imóveis da União. Brasília, DF: Secretaria do Patrimônio da União, 2007. In: NORMAS BRASIL. *Portal de normas e legislação brasileira*. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-2-2007_76354.html>. Acesso em: 17 fev. 2022.
[380] Ibid.

Diógenes Gasparini[381] afirma serem áreas públicas: aquelas de propriedade do município, estado-membro, DF, União ou, ainda, de suas autarquias e fundações públicas. Para o autor, devem ser excluídas as áreas pertencentes às sociedades de economia mista e às empresas públicas, quando interventoras da atividade econômica, pois seus imóveis não podem ser considerados públicos em função do regime privado que ostentam, ou seja, tais bens têm natureza de particulares, embora destinados à prestação de serviço público.

- Posse ininterrupta e sem oposição por mais de cinco anos

Seguindo os parâmetros normativos estabelecidos no artigo 1º da MP nº 2.220/2001, incorporados pela Lei 11.481/2007, posteriormente alterado pela Lei 13.465/2017, resta imprescindível que os ocupantes dos imóveis e seus familiares, devem possuir como seus, até 22 de dezembro de 2016, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição.

Nesse ponto, é importante destacar que o texto original da Lei foi alterado em 2017, ampliando o limite temporal. Inicialmente, o instrumento só poderia ser utilizado por quem possuía o bem, por cinco anos, até 30 de junho de 2001. Como exposto, essa data limite foi modificada para 22 de dezembro de 2016, pela Lei 13.465/2017.

A documentação que pode ser admitida como meio de prova, conforme preceitua a já citada Instrução Normativa, em seu artigo 11, inciso III, inclui:

> III - […] fotos aéreas, cadastros municipais, estaduais ou federais; matérias jornalísticas; publicações; estudos acadêmicos; boletos de cobrança emitidos por concessionárias de serviços públicos; correspondência ou recibo com indicação do endereço; registro escolar; carteira de vacinação; documento de entrega de mercadorias entre outros que contenha indicação de data e localização[382].

[381] GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2002.
[382] BRASIL. *Instrução Normativa SPU nº 2, de 23 de novembro de 2007*. Dispõe sobre o procedimento para a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM) e dá autorização de uso em imóveis da União. Brasília, DF: Secretaria do Patrimônio da União, 2007. In: NORMAS BRASIL. *Portal de normas e legislação brasileira*. Disponível em:

- Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural

Para o reconhecimento da CUEM, é necessária a comprovação de que o morador não é proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Para tanto, e na medida em que a legislação admite como prova da moradia a declaração de próprio punho (art. 1º da Lei 7.115/83), uma declaração assinada pelo morador deve ser admitida como prova de que o interessado não possui outro imóvel.

Nessa linha, o artigo 11, V da Instrução Normativa já citada admite declaração de próprio punho do possuidor afirmando não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Se restar comprovado que o concessionário é proprietário ou concessionário de outra área pública, urbana ou rural, mediante devido processo administrativo no qual lhe dará direito de defesa, será anulada a outorga sem nenhuma indenização.

- Localização em área urbana e uso para fins de moradia

Área urbana é aquela delimitada e assim denominada por lei municipal, em que são permitidas algumas funções urbanas, e outras, proibidas.

A referida exigência garante que a terra pública urbanizada permaneça vinculada à função social de moradia para atendimento das famílias de baixa renda. Trata-se da imprescindível necessidade de criação de um conjunto de imóveis públicos urbanizados e regularizados. Esta vinculação com uma destinação econômico-social específica – moradia para famílias de baixa renda – vem, de certa forma, expressa no art. 8º da MP nº 2.220/2001, que determina a extinção da CUEM, nos casos de destinação diversa à da moradia ou se o usuário vier a receber outro imóvel.

O uso misto, como ocorre em alguns locais, em que o comércio é estabelecido na frente da casa e a residência nos fundos, não é obstáculo para a outorga da concessão de uso especial, pois tanto os fins residenciais, como os comerciais autorizam essa outorga, embora mediante instrumentos diversos. Consagrando essa orientação, o artigo 9º da MP nº 2.220/2001 permite a autorização para pequeno comércio.

<https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-2-2007_76354.html>. Acesso em: 17 fev. 2022.

A segurança na posse significa ter direitos sobre o imóvel com amparo legal e com o estabelecimento de regras que garantam segurança contra desalojamentos forçados. É somente nessa acepção que o direito à moradia, como um sucedâneo lógico da dignidade humana, encontra sua exaltação máxima.

Sendo assim, não restam dúvidas de que a MP nº 2.220/2001, regulamentando o artigo 183, § 1º da CRFB/88, com requisitos legais incorporados pela Lei nº 11.481/2007, é afirmação do direito social à moradia (artigo 6º da CRFB/88), conferindo segurança na posse sem transferir plenamente o domínio para o ocupante. Dessa forma, como exposto anteriormente, enquanto reconhecimento de um direito subjetivo, a CUEM não está sujeita à discricionariedade do poder público: preenchidos os requisitos do artigo 1º ou 2º da MP nº 2.220/2001, há obrigatoriedade no reconhecimento do direito.

Ainda, se preencher tais requisitos, o ocupante pode requerer a outorga da CUEM ao ente público proprietário. A legislação não estabelece uma forma especial para esse requerimento, mas ele deve apresentar o mínimo de informações para que o pedido seja analisado. Após a distribuição do requerimento, a Administração Pública tem o prazo de 12 meses para analisar o pedido. Caso os requisitos estejam preenchidos, o requerente recebe o título.

A recusa por parte da Administração Pública na concessão permite ao ocupante buscar a via judicial. É importante ressaltar que, de acordo com a legislação citada, essa via tem sempre atuação subsidiária. Nesse caso, a concessão será declarada pelo juízo em sentença utilizável para fins de registro no cartório de registro de imóveis.

A outorga, após sua concessão, tem prazo indeterminado, pois sua finalidade é a regularização das ocupações em áreas públicas em caráter perene, de modo a dar ao ocupante estabilidade quanto ao direito de morar ou de habitar com sua família em determinada área pública. Isso, porém, não impede de o poder público desapropriar a área concedida para satisfação do interesse coletivo. Nesse caso, o concessionário receberá indenização e poderá buscar outro local para fixar residência ou, ainda, submeter-se a um reassentamento gratuito.

O título de concessão é um ato administrativo expedido pela Administração Pública proprietária. De posse dele, o beneficiário providenciará o reconhecimento de firma da autoridade emitente, bem

como seu registro no cartório de registro de imóveis competente. O título de concessão servirá de prova da ocupação da área pública e do fato de essa ocupação ser regular. Essa regularidade permitirá ao beneficiário o uso do título para todos os fins de direito, especialmente para os casos de transmissão por ato entre vivos ou em decorrência da sucessão universal. Deve-se ressaltar que a outorga é gratuita.

A extinção da CUEM depende de haver um processo administrativo, em que se dará ao concessionário amplo direito de defesa e se assegurará o contraditório. Declarada a extinção, a Administração Pública irá proceder, junto ao cartório de registro de imóveis, à competente averbação da respectiva declaração ou certidão. A partir daí, se não houver a desocupação espontânea da área então concedida, caberá à Administração Pública titular da área antes concedida promover sua necessária retomada, mediante a competente ação de reintegração de posse.

Com base na análise legislativa, é possível elencar as seguintes formas de extinção da concessão: (i) o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família; (ii) o concessionário adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural; e (iii) a Administração Pública querer dar outra utilização ou destinação a essa área. Nesse caso, o ente público deverá viabilizar outro local para a moradia do concessionário ou assegurar seu direito a justa indenização, por meio do processo de desapropriação do imóvel.

O Poder Executivo, em suas três esferas, tem um papel relevante na efetivação da CUEM. Como já detalhado, o particular que cumpre os requisitos elencados no art. 1º da MP 2.220/01 pode promover requerimento administrativo para que tenha sua posse legitimada. Tal direito, incorporado pela Lei 11.481/2007, permite ao particular, apenas diante da negativa da Administração Pública, ingressar com a medida judicial cabível.

Dessa forma, a atuação dos órgãos administrativos de patrimônio tem repercussão direta na efetivação da CUEM, razão pela qual torna-se imprescindível a análise da postura de tais órgãos frente a esse instituto. Com isso, será possível analisar se os poderes constituídos – nesta hipótese, o Executivo – atuam blindando o acesso à terra urbana ou, de forma contrária, promovendo sua democratização.

As decisões administrativas nos requerimentos formulados podem ser observadas tanto na perspectiva quantitativa quanto na qualitativa, sob três aspectos: (i) decisões positivas acerca do requerimento de CUEM; (ii) decisões negativas acerca do requerimento de CUEM e seus fundamentos; (iii) decisões positivas acerca do requerimento de CUEM que confiram esse direito em local diverso da ocupação originária, nos termos dos artigos 4º e 5º da MP 2.220/2001.

A referida análise, sobretudo no que tange aos itens (ii) e (iii), é relevante para tornar pública a utilização (ou não) desse instituto pela Administração Pública, além de buscar decifrar as razões para os indeferimentos dos pleitos administrativos ou seu deferimento, em local diverso da ocupação originária. Na hipótese de indeferimento do pedido, dever-se-á analisar quais os requisitos que não foram preenchidos, identificando, assim, a postura do Executivo diante das exigências legais.

É imprescindível analisar, também se, nas hipóteses em que a CUEM for concedida em local diverso da ocupação originária, haverá violação do direito fundamental à moradia. Tal possibilidade deverá ser considerada a partir de um paralelo realizado entre as hipóteses legais (arts. 4º e 5º da MP 2.220/01) e o conteúdo concreto do direito à moradia. Assim, nesse ponto, faz-se necessária a reflexão sobre a hipótese de que a regularização da posse em local diverso da ocupação originária, mesmo nos termos da lei, viola o próprio conceito de direito à moradia adequada. Com isso, ainda intensifica o grau de vulnerabilidade dos ocupantes informais de áreas públicas, potencializando o grau de fluidez dessas pessoas no território e legitimando, assim, a segregação socioespacial.

Com a finalidade de demonstrar a importância de tal análise, a título de exemplo, é imprescindível citar o requerimento de CUEM realizado pela Associação de Moradores e Amigos do Horto Florestal do Rio de Janeiro – AMAHOR – à Secretaria de Patrimônio da União. A comunidade do Horto é composta por 621 famílias de baixa renda descendentes dos antigos trabalhadores do Real Horto criado por D. João VI, em 1.808, e está localizada no entorno do parque Jardim Botânico. A comunidade encontra-se integrada à estrutura do local, construindo, durante esses quase dois séculos, suas relações culturais, sociais e históricas com o ambiente urbano.

O requerimento de CUEM foi realizado em 18 de abril de 2013[383]. Apenas em 18 de abril de 2016, a Secretaria de Patrimônio da União respondeu à solicitação realizada, deferindo o pleito dos moradores acerca da legitimação de suas posses, mas informando que tal direito seria outorgado em local diverso da ocupação originária. A Secretária de Patrimônio da União informou aos moradores que

> A CUEM será outorgada não sobre o imóvel atualmente ocupado, mas sim sobre o novo imóvel para o qual o titular do direito (e sua família) for deslocado. Diante do exposto, esclarecemos que este órgão tem buscado garantir os direitos da comunidade do Horto de forma a buscar soluções que amenizem os impactos gerados às famílias da comunidade do Horto. A Administração Pública Federal está condicionando as desocupações das habitações do Horto/Jardim Botânico com a correspondente prestação de provisões habitacionais às famílias ocupantes da área em apreço, tanto àquelas com direito à CUEM, quanto às demais com direitos (baixa renda residentes em imóveis da União) [384].

Dessa forma, é imprescindível a análise de um conceito amplo de direito à moradia adequada, que não nos impõe apenas o aspecto jurídico, mas também o social, econômico, cultural, entre outros. Nesses termos, especificamente no que diz respeito à outorga da CUEM em local diverso da ocupação, como no caso citado, os elementos balizadores do conceito de moradia adequada devem servir de norte para a atuação da Administração Pública.

Além do conceito de moradia adequada, dever-se-á levar em conta o elemento vulnerabilidade, no que tange à CUEM outorgada em local diverso da ocupação originária. A desconstrução dessa ocupação aumenta o grau de vulnerabilidade dos moradores de ocupações informais, pois, como já se falou, mantém a fluidez desse ocupante no território, conformando um espaço urbano segregado.

---

[383] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Secretaria de Patrimônio da União. *Processo administrativo nº 04967.005677/2013-08*. Brasília, DF, 2013.
[384] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Secretaria de Patrimônio da União. *Ofício SEI nº 21331/2015-Mp*. Brasília, DF: 2015.

Com isso, caso a Administração Pública entenda pela necessidade da realocação dos particulares que ocupam área pública, sua decisão deve ser fundamentada e a escolha deve respeitar os elementos balizadores do conceito de moradia adequada, assim como a impossibilidade de agravamento do grau de vulnerabilidade dos ocupantes informais, sob pena de sujeitar o ato administrativo ao controle judicial.

Os parâmetros para a aplicação dos artigos 4º e 5º da MP 2.220/2001 farão com que esses dispositivos não se tornem um instrumento de deformação do conceito de regularização fundiária plena. Ao contrário, eles se tornarão mais um elemento conformador de uma política urbana inclusiva, em que os ocupantes de baixa renda não devem ser deslocados arbitrariamente para as periferias da cidade – como ocorrido no início do processo de urbanização das cidades brasileiras demonstrado no primeiro capítulo –, mas mantidos próximos aos locais de infraestrutura, integrados à dinâmica da cidade.

Dessa forma, é possível concluir que a outorga de CUEM em local diverso da ocupação originária deve ocorrer apenas em situações excepcionalíssimas, mediante decisão fundamentada, que demonstre a impossibilidade real de manutenção dos ocupantes na localidade originária. Somente com essa perspectiva, a atuação do Executivo estará coerente com os fundamentos e princípios orientadores da política pública urbana disciplinados no marco legal apresentado. Uma orientação diversa fará com que o Poder Executivo esteja atuando como um obstáculo para que a CUEM cumpra com sua finalidade precípua (democratização da ocupação urbana, por meio da segurança da posse em locais próximos à infraestrutura urbana) e, assim, intensifique a segregação socioespacial decorrente do processo de urbanização já demonstrado anteriormente.

A postura do Poder Judiciário frente aos instrumentos de regularização fundiária e urbanística, disciplinados na legislação já citada, será verificada a partir de algumas decisões nos requerimentos judiciais de CUEM. Em sua maioria, como já verificado anteriormente, tais decisões desqualificam a situação jurídica possessória na ocupação de particular em bem público. Essa percepção demonstra o tratamento ainda patrimonialista outorgado à utilização do bem público por particular, afastando a aplicação desse instrumento.

Inserir uma situação concreta no conceito de posse ou detenção, como já detalhado, traz inúmeras consequências jurídicas. A detenção é

um fato que não produz efeito jurídico, enquanto os efeitos jurídicos da posse, produzidos independentemente do direito de propriedade, estão elencados nos artigos 1.210 a 1.222, do Código Civil de 2002.

No que tange aos óbices para a efetivação dos instrumentos de regularização fundiária e urbanística – especialmente a CUEM, a título de exemplo –, foi realizada, em 2014 e 2015, uma pesquisa para avaliar a efetividade dos instrumentos jurídicos de usucapião coletiva, CUEM e demarcação urbanística/legitimação de posse. O estudo foi encabeçado pelo Ministério da Justiça e Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), e recebeu o nome de *Não tinha teto, não tinha nada: por que os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o Direito Fundamental à Moradia no Brasil*[385].

Com relação às decisões judiciais em requerimentos de CUEM, a pesquisa identificou, a partir da análise da jurisprudência de todos os Tribunais Estaduais e Federais do país, apenas 82 requerimentos de CUEM, dos quais apenas dez foram aceitos. Dos 72 negados, o óbice mais frequente, presente em 25 decisões, foi a desqualificação da posse dos requerentes. Assim, é possível concluir que o Judiciário, na interpretação que outorga a ocupação do particular em bem público, especialmente para fins de concessão de uso especial visando à moradia, é mais um elemento da absolutização do direito de propriedade, obstaculizando o acesso à terra urbana.

O instituto da CUEM, como citado anteriormente, foi positivado com o objetivo de trazer para a lógica da legalidade as inúmeras ocupações informais em áreas públicas decorrentes do processo de urbanização das cidades brasileiras. Tal instrumento atende a uma dinâmica contemporânea no tratamento que deve ser conferido ao bem público. Assim, a partir da análise da postura do Judiciário frente aos requerimentos de CUEM já realizados, percebe-se que sua efetivação é restringida por formas clássicas de interpretação dos institutos da posse, da propriedade pública e da

[385] *NÃO TINHA TETO, não tinha nada*: por que os instrumentos de regularização fundiária (ainda) não efetivaram o Direito à Moradia no Brasil. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2016. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/07/PoD_60_Aricia_web-3.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

detenção, exigindo, portanto, uma rápida e efetiva releitura desses conceitos.

Os artigos 4º e 5º da MP 2.220 de 2001 autorizam que o poder público realize a concessão de uso em local diverso da ocupação originária. O artigo 4º disciplina a hipótese em que a ocupação acarreta comprovado risco à vida ou à saúde dos ocupantes. Confira-se o texto do referido dispositivo legal: "Art. 4º - No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o poder público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local"[386].

De acordo com a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho esse artigo "criou um dever jurídico para o poder público conseguir outro local para a concessão"[387]. Assim, é certo que a orientação cria o direito subjetivo para o particular obter, em face do poder público, a concessão em local diverso da ocupação.

Como, no presente caso, está em risco a vida ou a saúde do ocupante, não resta outra opção à Administração Pública senão conceder a outorga em local seguro. Dessa forma, surge, em favor do ocupante uma pretensão de natureza mandamental, consubstanciada em uma obrigação de fazer, em face do ente público, que atua de forma vinculada e não discricionária.

O artigo 5º da Medida Provisória tem orientação diversa do artigo antecedente. Confira-se seu texto:

> Art. 5º - É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: I - de uso comum do povo; II - destinado a projeto de urbanização; III - de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais; IV - reservado à construção de represas e

[386] BRASIL. *Medida provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.

[387] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 386.

> obras congêneres; ou V - situado em via de comunicação[388].

O referido artigo dispõe que é uma "faculdade" do poder público realizar a concessão em outro local, diferentemente do artigo anterior, segundo o qual o poder público deve "garantir" ao particular a concessão em local diverso da ocupação. O fundamento para essa distinção está no fato de que, quando a ocupação gera risco à saúde ou à vida do morador, não resta opção ao poder público senão a obrigação de realocar o particular, garantindo sua integridade.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: "nos casos do artigo 5º, entretanto, a alteração do local não é irremediável, de modo que à Administração cabe optar entre dar a concessão no local ou escolher outro para instalar os ocupantes"[389]. Nesse sentido, é possível afirmar que, mesmo que a ocupação esteja inserida em alguma das hipóteses do artigo citado, a Administração Pública pode optar pela permanência dos moradores, já que não há riscos à saúde e à vida.

O administrador público deve observar os interesse e direitos em concreto para ponderar, no uso de sua discricionariedade e buscando o melhor para interesse público e social, pela permanência ou realocação das pessoas que ocupam aquela determinada área. Dessa forma, para instituir critérios concretos para a análise desse conflito, é imprescindível observar alguns pontos que devem servir como balizadores pelo agente público na tomada de sua decisão, sob o risco de violação do direito fundamental à moradia adequada e à própria estrutura da regularização fundiária plena.

Nos termos expostos, é imperiosa a análise de um conceito amplo do direito à moradia que não impõe apenas o aspecto jurídico, mas também o social, o econômico, o cultural, entre outros. Assim, confira-se a abordagem dada ao direito à moradia adequada no artigo 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que consagra o direito a "alojamentos suficientes":

---

[388] BRASIL. *Medida provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>. Acesso em: 17 fev. 2022.

[389] CARVALHO FILHO, op. cit., p. 387.

> Art. 11 - 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.
> 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adoptarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos:
> a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios e educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrários, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais;
> b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares[390].

É importante destacar, ainda, o Comentário Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturas da Organização das Nações Unidas, referente à mensagem nº 11, exposta na citação anterior:

> Mensagem, n. 04:
> (i) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;

[390] ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Resolução n.2.200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

> (ii) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
> (iii) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.
> (iv) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
> (v) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta.
> (vi) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
> (vii) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural[391].

Diante do conceito de moradia adequada defendido pela Organização das Nações Unidas e ratificado pelo Governo Federal através de sua Secretaria de Direitos Humanos, é possível considerar que o conceito de moradia não está atrelado apenas a segurança da posse e um teto para viver (embora esses fatores façam parte de seus elementos caracterizadores). Ele também envolve questões culturais, históricas, sociais, entre outras.

Dessa forma, a Administração Pública, quando for outorgar a CUEM, deve fazê-lo de modo a garantir moradia adequada aos ocupantes do imóvel público, nos termos expostos anteriormente. Assim, especificamente no que diz respeito à outorga da CUEM em local diverso da ocupação (artigo 5º da MP nº 2.220 de 2001), os elementos balizadores

[391] BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada*: por uma cultura de direitos humanos. Brasília, DF: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. p. 13. Disponível em: <https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

do conceito de moradia adequada devem servir de norte para a atuação da Administração Pública.

Como exposto anteriormente, de maneira distinta da situação descrita no artigo 4º da MP nº 2.220 de 2001 – segunda a qual a outorga da CUEM em local diverso da ocupação é uma obrigação do ente público diante do risco de vida imposto ao ocupante –, no artigo 5º da mesma MP, a concessão em local diverso da ocupação é uma faculdade do poder público. Por isso, nada impede que a ocupação permaneça no mesmo local.

Tal entendimento converge com os princípios que devem nortear a regularização fundiária, estabelecendo como prioritária a permanência dos moradores na área ocupada. Dessa forma, caso a Administração Pública entenda pela necessidade da realocação dos particulares que ocupam área pública, sua decisão deve ser fundamentada e a escolha deve respeitar os elementos balizadores do conceito de moradia adequada e regularização fundiária plena, sob pena de sujeitar o ato administrativo ao controle judicial.

Nessa linha, é imprescindível ressaltar alguns elementos que devem estar expostos na fundamentação das decisões administrativas, quando da aplicação do artigo 5º da MP 2.220: (i) o local da nova ocupação deve oferecer aos moradores todas as condições básicas de infraestrutura; (ii) a nova moradia não pode ter custos maiores do que aqueles da moradia anterior, sob pena de tornar inviável a permanência do ocupante naquela localidade. Para isso, dever-se-ão observar os custos com deslocamento (acessibilidade), pois, muitas vezes, os serviços de educação e saúde eram prestados em locais próximos da moradia anterior e, depois, passam a exigir grandes deslocamentos, com gastos relativos a transportes que antes não integravam o orçamento daquele particular; (iii) a nova moradia deve ser digna, garantindo a segurança física do morador e proporcionando um espaço adequado para a promoção de todos os seus atributos; (iv) a localização da nova moradia não pode ser isolada, nem distante da moradia anterior, uma vez que o morador, principalmente nas hipóteses de ocupações históricas, tem naquela localidade todos os elementos formadores de seu cotidiano, como emprego, escola, lazer, cultura entre outros; (v) quando a ocupação anterior tiver um cunho cultural e o local da ocupação for imprescindível à manifestação e expressão dessa cultura, ele deve ser respeitado, sob pena de outros direitos fundamentais estarem sendo violados; e (vi) a comunidade que será realocada deve participar do

processo de escolha da nova moradia, como um símbolo de liberdade na determinação de onde viver.

A concessão de uso especial para fins de moradia é um instrumento de regularização fundiária, portanto, sua legislação regulamentadora integra o sistema infraconstitucional que vai delinear as políticas públicas habitacionais em consonância com o conceito já exposto de moradia adequada. Por isso, qualquer decisão administrativa que cause a realocação de um grupo determinado de pessoas deve estar fundamentada e delineada a partir dos critérios sugeridos anteriormente. Somente a partir desses parâmetros é que o processo de regularização fundiária poderá ser observado em sua plenitude.

Arícia Fernandes Correia, na defesa de uma prática de regularização fundiária ampla e qualificada, afirma que:

> regularização fundiária é o processo através do qual: (i) se titula o proprietário da terra ou se garante a sua posse, uma vez regularizados registralmente os imóveis; e (ii) se integra a moradia à cidade através de infraestrutura urbana e direitos urbanísticos básicos, de forma que se tenha por segura a posse ou "titulado" o domínio de moradia adequada e digna, que é aquela que proporciona não apenas aquele direito à cidade "de puertas para adentro" (um teto, a inviolabilidade do domicílio, algum título que legitime a posse ou a propriedade), mas também "de puertas para afuera": a cidade, à qual, para ser efetivamente digna, a moradia deve estar integrada[392].

Dessa forma, o artigo 5º da MP nº 2.220/2001 não pode ser um instrumento de deformação desse conceito de regularização fundiária plena e qualificada. Em vez disso, deve, sim, ser mais um elemento conformador de uma política pública urbana inclusiva, em que os ocupantes de baixa renda não devem ser levados arbitrariamente para as periferias da cidade – pelo contrário, devem ser mantidos próximos aos locais de infraestrutura,

[392] CORREIA, Arícia Fernandes. *Constitucionalização do direito à cidade*: Direito fundamental à moradia adequada, regularização fundiária e legitimação de posse. In: AZEVEDO, Fabio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito Imobiliário*: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 659.

integrados à dinâmica da cidade, de forma que se garanta, com isso, uma verdadeira democratização do acesso à terra urbana.