

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA O
DIREITO À MORADIA, À CIDADES
SUSTENTÁVEIS E AS FUNÇÕES SOCIAIS DA
CIDADE

Sérgio

I - Direito à moradia, direito à cidades sustentáveis e funções sociais da cidade.

As cidades brasileiras por inúmeras razões de ordem histórica e social tiveram o seu crescimento caracterizado por ocupações irregulares, assentamentos ilegais e a prevalência de habitações que não atendiam e não atendem os requisitos mínimos de habitabilidade.

Essa situação implica no dever do Estado de efetuar esforços para implementar políticas habitacionais de modo a propiciar a todas as camadas da população acesso a moradia digna, e de outro realizar todos os procedimentos necessários para concretizar a devida regularização fundiária das ocupações irregulares e dos assentamentos ilegais, quando tal atividade for ambientalmente possível.

Neste ponto o Estatuto da Cidade introduziu vários instrumentos que podem e devem ser utilizados para viabilizar a referida regularização fundiária.

Devendo a regularização fundiária pretendida buscar viabilizar para as populações ocupantes de assentamentos ilegais e ocupações irregulares o pleno atendimento das funções sociais da cidade, e, também, propiciar o mesmo para as populações não ocupantes.

Isso decorre da diretriz geral especificada no mencionado Estatuto da Cidade quanto ao direito à cidades sustentáveis (inciso I, artigo 2º), que estabelece:

"I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como 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;"

Observa-se que o direito à cidades sustentáveis relaciona-se de forma intrínseca com o disposto no artigo 182 da Constituição Federal quanto ao objetivo primordial da política de desenvolvimento urbano de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.

Neste sentido, ressalte-se o que leciona José Afonso da Silva¹:

*"A missão da política de desenvolvimento urbano, que se efetiva por via do planejamento urbanístico, **consiste em buscar o desempenho harmônico e progressivo dessas funções sociais da cidade e das chamadas funções elementares, que se efetivam no condicionamento adequado do direito à moradia, ao trabalho, à recreação do corpo e do espírito, à circulação.**" (grifamos)*

Destaque-se, ainda, as lições de Liana Portilho Mattos²:

*"A norma que estabelece o direito às cidades sustentáveis tem seu fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade preconizados na Constituição da República (artigos 1º, III, e 3º, I), pelo que é importante lembrar que o respeito à dignidade da pessoa humana é que "legítima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia." Além disso, **a***

¹ Silva, José Afonso. Comentários Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 737.

² Mattos, Liana Portilho. "Art. 2º" In Estatuto da Cidade Comentado. Mattos, Liana Portilho (org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, ps. 87 e 88.

concretização do princípio da dignidade da pessoa humana dá-se com a concretização dos direitos fundamentais - como o direito à cidade sustentável - irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e impondo limites à atividade estatal e às relações privadas travadas no âmbito da sociedade civil e do mercado. Neste sentido é que se pode afirmar que o princípio da função social da propriedade funciona como uma espécie de "princípio derivado" do princípio da dignidade da pessoa humana, ditando o modo como deve ser utilizada a propriedade, no espaço urbano.

Uma outra importante dimensão decorrente da garantia de sustentabilidade estabelecida no Estatuto da Cidade, é a da afirmação do direito de se poder exigir do Poder Público a sua prestação, pois **"a política de desenvolvimento urbano que não priorizar o atendimento das necessidades básicas da população pobre estará em pleno conflito com as normas constitucionais e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos." O Estatuto da Cidade inova ao colocar à disposição do cidadão instrumentos jurídicos para buscar a garantia desses direitos positivados, como por exemplo a ação civil pública para promoção da tutela da ordem urbanística."**

Depreende-se, portanto, que o direito à cidades sustentáveis é um direito subjetivo, que como tal pode ter a tutela jurisdicional devidamente requerida perante o Poder Judiciário, como visto.

É importante buscar o devido conteúdo para o referido direito, que como exposto está umbilicalmente ligado às funções sociais da cidade, bem como ao direito à moradia, consagrado no Texto Constitucional em seu artigo 6º.

Assim, uma melhor definição do que realmente compõe o referido direito, é fundamental para que este alcance a devida concretude no ordenamento.

Ou até para que se efetive a condição de eficácia da norma constitucional, tal qual ensina José Afonso da Silva³ no tocante ao direito à moradia:

*“A segunda que é a nota principal do direito à moradia consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito prestacional, **porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia.**” (grifamos)*

A ausência, no texto constitucional, de uma definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia, bem como do tocante ao direito à cidades sustentáveis e a questão das funções sociais da cidade, impõe, como bem assinala Ingo Wolfgang Sarlet⁴, a necessidade de se utilizar das disposições contidas nos diversos tratados e outros documentos dos quais o Brasil seja signatário e que já estejam incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Neste caso, a explanação de Nelson Saule Júnior⁵ sobre o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas possibilita uma visão sobre o referido conteúdo. Comentário este exposto de forma completa, como se observa:

³ Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

⁴ Revista Trimestral de Direito Público – 42, p. 64.

⁵ Saule Jr., Nelson. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada *in* Direito Urbanístico – estudos brasileiros e internacionais. Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes coords. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 218.

“Os componentes do direito à moradia são os seguintes:

(a) Segurança jurídica da posse

A posse pode se dar de variadas formas, com o aluguel (público e privado), a moradia em cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo próprio proprietário, a moradia de emergência e os assentamentos informais, incluindo a ocupação da terra ou da propriedade. Seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejo forçado, perturbação e qualquer tipo de outras ameaças. Consequentemente, os Estados parte devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança legal da posse às pessoas e propriedades que careçam atualmente de tal proteção, em consulta genuína a pessoas e grupos afetados.

(b) Disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infraestrutura

Uma moradia adequada deve dispor de certos serviços essenciais para a saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à moradia adequada devem ter o acesso permanente aos recursos naturais e comuns, à água potável, à energia para a cozinha, serviço de aquecimento e iluminação, instalações sanitárias e de lavagem, meios de armazenamento do alimento, de eliminação de resíduos, de drenagem do local e serviços de emergência.

(c) Gastos suportáveis

Os custos financeiros pessoais ou habitacionais associados com a moradia devem estar em tal nível que a realização e a satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas nem comprometidas. Os Estados partes deveriam

adotar medidas para garantir que uma porcentagem dos gastos relacionados à moradia seja, como regra, proporcional ao nível de renda. Além disto, os Estados partes deveriam criar subsídios de moradia para os incapazes de obtê-la, assim como formas e níveis diferentes de financiamento que correspondam adequadamente às necessidades da moradia.

(d) Habitabilidade

A moradia adequada deve ser habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegendo-os do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida também. O Comitê incentiva os Estados partes a aplicar amplamente os Princípios da Higiene da Moradia preparados pela OMS, que consideram a moradia o fato ambiental que, com mais frequência, associa-se à condições favoráveis à transmissão de doenças em análises epidemiológicas, significando que, as condições inadequadas e deficientes de moradia e de vida são associadas, invariavelmente, às taxas mais elevadas de doenças e mortalidade.

(e) Acessibilidade

A moradia adequada deve ser acessível aos titulares do direito. Os grupos em condições de desvantagem devem ter acesso pleno e sustentável aos recursos adequados para conseguir uma moradia. Devendo ser assegurado certo grau de prioridade aos grupos desfavorecidos, como as pessoas idosas, as crianças, os deficientes físicos, os portadores de doenças terminais, os HIV-positivo, as pessoas com problemas médicos persistentes, os doentes mentais, as vítimas de desastres naturais, os grupos que vivem em áreas de risco, entre outros.

(f) Localização

A moradia adequada deve encontrar-se em um lugar que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas, às creches e a outros serviços públicos essenciais. Isto porque é praticamente certo que, nas cidades grandes e nas áreas rurais.

(g) Adequação cultural

A expressão da identidade e da diversidade cultural da moradia deve ser apropriadamente assegurada na maneira como são construídas as moradias, nos materiais de construção usados e nas políticas em que se apoiam. As atividades vinculadas ao desenvolvimento ou modernização na esfera da moradia devem assegurar que suas dimensões culturais não sejam sacrificadas e que se assegurem aos serviços tecnológicos modernos, entre outros.”

Observe-se, no citado comentário, a clara imbricação do direito à moradia com o direito à cidade sustentável, e, por conseguinte, com as funções sociais da cidade. Essa imbricação deixa cristalino que a regularização fundiária em face das disposições constitucionais, bem como da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, expressa no Estatuto da Cidade, deve necessariamente objetivar que as populações interessadas na referida regularização obtenham o pleno acesso as funções sociais da cidade.

O dever de regularizar nasce claramente do direito à moradia, previsto no *caput* do artigo 6º do texto constitucional, que estabelece quais são os direitos sociais reconhecidos pela Constituição, bem como da necessidade da política de desenvolvimento urbano ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus cidadãos.

Ressalte-se o posicionamento do já citado Ingo Wolfgang Sarlet⁶ sobre a necessidade de que determinados critérios mínimos devem ser observados em questões relativas ao direito à moradia, que tem uma referência clara com a regularização fundiária urbana:

“Tais diretrizes – importa frisar – revelam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um ‘teto sobre a cabeça’ ou ‘espaço físico’ para viver, pressupondo a observância de critérios quantitativos mínimos.” (grifamos)

Não esquecendo, também, de disposições legais existentes no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01). Especialmente pelo fato de que em razão das disposições contidas no citado diploma legal, fica claro que o direito à moradia está totalmente imbricado com o direito à cidades sustentáveis, posto que aquele não pode ser efetivado em dissonância com este último, tal qual disposto na referida Lei, bem como da consecução de todos os direitos inerentes ao direito às cidades sustentáveis.

A política de desenvolvimento urbano deve ser obrigatoriamente ser executada pelos municípios, sendo que apesar de ser um dever daqueles que efetuaram parcelamento do solo irregulares realizarem a regularização, é função do Estado zelar pela regularidade do referido parcelamento, exigir sua regularização quando suas diretrizes não forem observadas, ou ele próprio efetuar a mencionada regularização.

Já a ligação entre o dever estatal de realizar a devida regularização dos assentamentos de baixa renda, que se encontram em conflito com os ditames da lei, e o direito à moradia, pode ser depreendido das lições de Hely Lopes

⁶ Ob. cit. p.65

Meirelles⁷ (em que pese a nossa discordância sobre a existência de um direito à regularização), como se verifica:

*“O direito à regularização fundiária tem seu fundamento na Constituição Federal, **que expressamente, em seu art. 6º, elenca entre os direitos sociais o direito à moradia.**”*

(grifamos)

Os direitos sociais enquanto dimensão dos direitos fundamentais do ser humano são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, estabelecidas no texto constitucional, que uma vez concretizadas, possibilitam a melhoria das condições de vida àqueles colocados à margem da sociedade, buscando, assim, a equalização de situações sociais desiguais, como bem explica José Afonso da Silva⁸.

É importante considerar também que, como já exposto, os direitos sociais configuram verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos, e como tal esses podem requerer a devida tutela jurisdicional.

Um exemplo disto pode ser encontrado em decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em sede de recurso de Agravo de Instrumento não apenas reconheceu implicitamente o direito à moradia dos assentados de determinada área ocupada irregularmente, que sofria ação de desocupação, por estar esta em local de risco; como, também, afastou a alegação de que a classificação de determinada área como de risco possibilita a desocupação sem que o Poder Público tenha a obrigação de prover habitação aos ocupantes da área em questão.

⁷Meirelles, Hely Lopes. Direito de Construir, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 171.

⁸Comentário contextual da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183.

Este entendimento pode ser verificado na transcrição de parte do citado Acórdão:

“A Municipalidade, é certo, sustenta que a favela está localizada em área classificada como de risco, e alega não ser de sua competência prover habitação aos ocupantes do local.

Contudo, de acordo com o art. 4º, da Medida Provisória n.º 2220/01, no caso de ocupação em área de risco, o Poder Público garantirá aos ocupantes o exercício do direito em outro local”. (TJSP – 10ª Câm. Dir. Pub. – Agrav. n.º 711.429-5/5-00, j. 10.12.2007)

Observa-se, na decisão acima descrita, que o Egrégio Tribunal de Justiça, apesar de não o fazer de forma explícita, reconheceu o direito à moradia dos ocupantes da área em questão, posto que afastou a alegação de que o Poder Público Municipal não detinha a competência para prover habitação aos moradores daquela referida localidade.

É importante considerar que apesar de só se ater ao ponto referente a habitação, outros pontos que compõe o direito à moradia, e, por conseguinte, o direito à cidades sustentáveis, bem como suas relações intrínsecas com as funções sociais da cidade, devem ser reconhecidos quando se promove a regularização de ocupações irregulares.

O Poder Judiciário no Brasil tem uma longa tradição em dirimir conflitos possessórios, no caso em comento o reconhecimento do direito à moradia encontra-se imbricado com a necessidade de dar a devida segurança jurídica da posse na área ocupada, posto que, ao colocar o dever do Estado em prover habitações em áreas diversas daquela da ocupação originária, por força de disposição contida na Medida Provisória nº 2220/01, o Judiciário não deixou de reconhecer o referido elemento, necessário em todo e qualquer procedimento de regularização fundiária.

A segurança jurídica da posse é um elemento importante, posto que a partir dele as demandas referentes aos outros componentes do direito à moradia, bem como os direitos integralizadores do direito às cidades sustentáveis, podem ser demandados diretamente por aquela população ao Estado.

Ocorre que, procedimentos de regularização fundiária não se limitam, tampouco se resumem, a questões de segurança jurídica da posse. A posse e mesmo obras de adequação da moradia a condições de habitabilidade são pontos importantes em se tratando de regularização fundiária, porém, como já exposto, os outros aspectos do direito à moradia, e, por conseguinte, do direito às cidades sustentáveis e as funções sociais da cidade também devem ser obrigatoriamente observados.

Outras ações que visam implementar um processo de regularização fundiária inserido no pleno atendimento ao direito às cidades sustentáveis, como já exposto, devem, inicialmente, estar inseridas em um contexto de planejamento urbano, ou, melhor dizendo, devem ter previsão no Plano Diretor, não se esquecendo é claro de uma planificação própria.

É óbvio que existem casos em que a mera regularização jurídica do assentamento irregular basta para resolver as questões de segurança da posse pelos assentados, não se pode deixar de observar a necessidade daquela área específica receber o devido tratamento pelo Plano Diretor, principalmente na implementação dos outros direitos que se encontram agregados ao direito à moradia, e ao direito às cidades sustentáveis.

Necessário, porém, que para a consecução dos direitos citados ocorra a utilização de outros instrumentos e ações que permitam a devida regularização fundiária urbana.

Instrumentos previstos no Estatuto da Cidade podem e devem ser utilizados na implementação da citada regularização fundiária. Não foram anteriormente expostos por terem sua utilização vinculada não apenas à regularização, mas, também, a busca dos objetivos da Política Urbana como um todo.

Obviamente, os instrumentos mencionados também se prestam a implementação dos objetivos da Política Urbana, mas sua utilização, no mais da vezes, é que confere a devida segurança jurídica aos ocupantes de assentamentos informais.

De outro lado, a regularização fundiária que objetive a consecução dos direitos anteriormente mencionados não pode se firmar apenas nos pilares da segurança jurídica da posse e da urbanificação da área ocupada, ela tem de ir além, de modo a promover a devida preservação e recuperação do meio ambiente no local, bem como possibilitar aos habitantes da área a ser regularizada o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidades.

É na necessidade da regularização fundiária ser um mecanismo efetivo para possibilitar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar dos habitantes dos assentamentos em comento, bem como dos centros urbanos que compreendem tais assentamentos, que estabelece a imperatividade de que outras ações acompanhem a utilização dos instrumentos citados.

II - Instrumentos do Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade prevê uma série de instrumentos jurídicos que podem e devem ser utilizados na implementação da política urbana, porém, alguns ganham real significado na implementação de procedimentos de regularização fundiária.

Os referidos instrumentos se dividem naqueles voltados para o planejamento, seja ele nacional, regional ou municipal; outros de aplicação na área tributária e financeira; institutos jurídicos e políticos; e por fim aqueles voltados para aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, consagrados no Direito Ambiental, em casos de empreendimentos em área urbana.

A regularização fundiária é um dos instrumentos jurídicos e políticos previstos no Estatuto da Cidade (alínea "q", do inciso IV, do artigo 4º), porém, para a sua realização e para que esse seja efetivamente um instrumento adequado a consecução das funções sociais da cidade, faz-se fundamental a utilização de vários outros instrumentos também elencados.

Ora, é importante que os procedimentos objetivando a regularização fundiária estejam inseridos no Plano Diretor, com o estabelecimento de Zonas Especiais de Interesse Social, aplicando, se for o caso, instrumentos como a desapropriação, a concessão especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso, usucapião especial, etc., são imprescindíveis para a realização dos procedimentos da mencionada regularização.

Outros institutos também são fundamentais, porém, é importante apontar que na consecução efetiva dos direitos mencionados e do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade é necessário a combinação de outras ações em um contexto de regularização, para que a referida consecução de direitos e o desenvolvimento sejam plenamente realizados.

Um dos instrumentos fundamentais para a política urbana, mas que é importante em um contexto de regularização fundiária, pois estabelece a plena participação da população em seus destinos, é a gestão democrática.

Gestão democrática das cidades que implica em uma ampla participação dos cidadãos nas funções diretivas, de planejamento, controle e avaliação das políticas voltadas ao desenvolvimento urbano, como bem aponta Maria Paula Dallari Bucci⁹.

Isso fica claro que se observa o posicionamento da citada autora sobre a relevância da gestão democrática para a promoção do direito à cidades sustentáveis :

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: *Estatuto da Cidade*. DALLARI, Adilson de Abreu ; FERRAZ, Sérgio (coord.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 323.