XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

EDSON RICARDO SALEME

MÔNICA DA SILVA CRUZ

JOAQUIM SHIRAISHI NETO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme; Joaquim Shiraishi Neto; Monica da Silva Cruz.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-559-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade I trouxe no curso de suas apresentações o talento dos pesquisadores selecionados a expor os artigos. Sob o comando da equipe de professores coordenadores, em tempo regulamentar, os autores expuseram seus estudos sobre temáticas relevantes e atuais. Ao final do tempo proposto, alguns debates revelaram a importância dos temas discutidos.

Um dos focos de investigação centrou-se na efetivação do direito à moradia por meio da implementação de normas e programas governamentais existentes sob a égide da Lei n. 11.977, de 2009, e as modificações estabelecidas por meio da Lei n. 13.465, de 2017. Esta Lei também trouxe um novo desafio para o poder público municipal: o direito de laje. Desta forma, o Código Civil atual ganhou novos dispositivos, com a introdução do artigo 1510 – criando instituto até então não regulamentado perante os registros imobiliários. O direito está atualmente reconhecido como direito de superfície por sobrelevação, por meio do qual se consigna a matrícula da laje em instrumento próprio, tal qual uma propriedade. Na prática, a parte superior de uma habitação é transformada em local para que outra família possa ali estabelecer sua morada.

Outro aspecto importante abordado foi o da política pública de regularização fundiária dos loteamentos clandestinos e do parcelamento irregular do solo, que disseminam favelas por todo o País. Nesse sentido, a regularização fundiária despontou como meio para transformação desses locais de ocupações irregulares em Reurbs-S, nos termos da já citada Lei n. 13.465, de 2017. Desta forma, loteamentos, antes irregulares, poderão receber infra-estrutura adequada, proporcionando moradias com respeito e observância aos direitos sociais do indivíduo. Esse direito ainda foi analisado se apoiando no direito à cidade em um contexto globalizado correlacionando a inefetividade dos direitos humanos em face da insuficiência de reconhecimento e redistribuição decorrentes da precarização dos direitos próprios do Estado Social.

Tema também de relevante importância foi o direito à participação popular, sobretudo quando algumas iniciativas do poder público efetiva a alteração do Plano Diretor sem garantir a necessária participação popular, contrariando, assim, a concepção de democracia participativa. Constatou-se que a dita participação popular corresponde, na prática, a um mecanismo artificial que escamoteia a verdadeira face do pensamento neoliberal que se

revela por meio de ações permeadas por interesses do capital. Neste contexto, um grupo de estudos também fez um apanhado evolutivo das funções sociais da cidade. Destacou a função social democrática demonstrando se a cidade cumpria a exigência legal de promover a cidade ao status de democrática.

Ainda no âmbito da análise do direito à cidade sustentável verificou-se uma ocorrência frequente nas favelas brasileiras: o fenômeno da gentrificação. Essa transformação local ocorre de maneira reiterada deslocando o possuidor original e gerando espaço a uma nova classe social que ali vai paulatinamente se instalando. Não se trata de algo natural. São os interesses econômicos que ganham espaço em detrimento de pessoas de baixa renda e com insuficiência de recursos para se estabelecer. O resultado é invasões em novas áreas com o comprometimento dos recursos naturais bem molestados pelo excesso de posseiros que se instalam se nenhum tipo de observância a regras urbanísticas ou ambientais.

Os fenômenos culturais também ganharam espaço entre os pesquisadores. Esclareceu-se a ocorrência de grafismos como algo que se desponta naturalmente do seio urbano de forma a torná-lo um local aconchegante e com características próprias. No aspecto cultural ainda se enfocou a defesa de ambientes culturais relevantes para o cenário nacional, como Ouro Preto, em Minas Gerais e algumas localidades na Bahia.

Na sequência deu-se enfoque ao planejamento urbano e a atuação do Poder Público Municipal em sua execução. Seria o Município o ente mais adequado para arquitetar o planejamento urbano de forma eficiente diante de transformações estruturais na economia global? Nesse sentido, demonstrou-se a influência das transformações nas políticas urbanas locais, geradas sobretudo a partir do interesse dos grupos locais com maior poder aquisitivo.

A função social da cidade foi igualmente considerada em uma perspectiva constitucional comparada entre Brasil e Colômbia. Diante das peculiaridades dos dois sistemas jurídicos entabulou-se a questão da realização prática deste direito fundamental social. O trabalho esclareceu particularidades constitucionais e os pontos favoráveis e desfavoráveis que ambos os países poderiam corrigir a partir da observância da experiência do outro na implementação de políticas públicas em prol da materialização da função social da cidade.

O Direito Urbanístico no Brasil é ciência nova. O Estatuto da Cidade possui menos de vinte anos e novas normas de apoio a uma urbanização adequada foram há pouco editadas. A própria Lei n. 13.465, de 2017, tem pouco mais de três meses. Existem muitos desafios a serem enfrentados e resolvidos. Numa digressão, muitos problemas ainda rondam o debate. O primeiro deles, como materializar os programas de reurbanização sem os cuidados que a

Lei n. 11.977, de 2009, determinava. Estes problemas serão futuramente orquestrados pelos diversos atores envolvidos com a regularização fundiária. O segundo paira sobre a dificuldade em se implementar bons planos diretores, com os cuidados que as normas determinam, sobretudo com a participação popular, estabelecida como obrigatória nos diversos diplomas ultimamente publicados.

Diante desse quadro repleto de novidades e desafios, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do Grupo de Direito Urbanístico e Alteridade têm o mérito de contribuir para melhorar e apontar caminhos para a consolidação das normas existentes, de modo que o futuro do País, diante de tantas invasões e crescimento desordenado das cidades possa, enfim, buscar melhores soluções para o desenvolvimento sustentável das cidades.

São Luís, 20 de novembro de 2017.

Prof. Dr. Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS)

Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto (UFMA)

Profa. Dra. Monica da Silva Cruz (UFMA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EXPERIÊNCIA DE PROJETO DE EXTENSÃO NO MUNICÍPIO DE CRUZ ALTA: DIREITO FUNDAMENTAL À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

THE EXPERIENCE OF EXTENSION'S PROJECT IN THE CITY OF CRUZ ALTA: FUNDAMENTAL RIGHT TO LAND REGULARIZATION

Marcelo Cacinotti Costa [1]
Vinicius de Melo Lima [2]

Resumo

A regularização fundiária se apresenta como um grande problema social a ser enfrentado de modo adequado tanto pelo Estado como pela própria população no exercício de uma cidadania ativa. Embora existam mecanismos legais que expressam a vontade constitucional de resguardar a propriedade, como Direito Fundamental, de fato, a situação de informalidade fundiária é um problema crônico que atinge indistintamente todo o País e precisa ser levado a sério.

Palavras-chave: Direito fundamental à propriedade, Regularização fundiária, Empoderamento social, Cidadania

Abstract/Resumen/Résumé

Land regularization presents itself as a major social problem to be adequately addressed by both the state and the population itself in the exercise of active citizenship. Although there are legal mechanisms that express the constitutional will to protect property, as Fundamental Law, in fact, the situation of land tenure is a chronic problem that affects the whole country and must be taken seriously.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental property law, Land regularization, Social empowerment, Citizenship

[1] Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela URI, Campus de Santo Ângelo. Advogado e Professor do Curso de Direito da UNICRUZ. E-mail: mccacinotti@hotmail.com

[2] Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça/RS e Professor do Curso de Direito da ULBRA, Campus de Torres/RS. E-mail: vmelolima@hotmail.com.

CONSIDERAÇÕES INICIAS

O Direito de Propriedade no Brasil é reconhecido em âmbito constitucional, a exemplo do artigo 5º, inciso XXII, estabelecendo que é garantido o direito de propriedade (propriedade formal, registrada). Também, o inciso XXIII do artigo 5º prevê que a propriedade atenderá a sua função social[1]. Com o aumento da complexidade a partir da evolução da sociedade e de suas relações, foram gerados sistemas jurídicos para regular o direito de propriedade e, com isso, criou-se o que se chama de propriedade regular. Esta advém do registro de um título hábil na Serventia Registral Imobiliária da situação do imóvel e confere ao proprietário os mais amplos poderes (usar, fruir e dispor[2]) sobre a coisa, com oponibilidade *erga omnes*, ou seja, todos da sociedade devem atenção e, também, estão submetidos[3].

Em decorrência do êxodo rural, iniciado no Brasil na década de 1960, originou-se o que se denomina de "propriedade informal", cujo caráter nega ao seu titular o título de propriedade capaz de lhe assegurar direitos, mitigando as garantias e prerrogativas decorrentes do domínio regular. Como exemplo, nega-se o direito a créditos imobiliários, como forma de conseguir meios para atribuir um melhoramento ao bem, assim com gera a exclusão do mercado imobiliário formal[4].

Os municípios brasileiros apresentam altos índices de irregularidade de bens imóveis urbanos[5], tanto no que se refere a bens públicos como a bens privados, o que constitui um verdadeiro mercado informal, prejudicial ao Estado, mas, acima de tudo, a todas as pessoas que se veem obrigadas a conviver com a informalidade, sonegando-se, assim, direito constitucional à

---

[1] Ambos os princípios constitucionais acima mencionados vêm igual e expressamente resguardados na legislação infraconstitucional, no teor §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro (instituto da expropriação social).

[2] Disposição do artigo 1.228, *caput*, do Código Civil Brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm - Acessado em 22-08-2017.

[3] O direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se de conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigado, em face do primeiro, a suportar. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999, pp.145-146.

[4] Daí a importância do sistema de registro de imóveis, que garante a autenticidade e validade dos atos jurídicos envolvendo bens imóveis, e possibilita celeridade e segurança nas transações imobiliárias e na concessão de créditos que têm por garantia a coisa imóvel. Ademais, no nosso país o direito real sobre bem imóvel – nos atos 'entre vivos' – somente é adquirido com o registro do título no Serviço de Registro de Imóveis. LOUREIRO, Guilherme. **Direitos Reais: à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Editora Método, 2004, p.250.

[5] De acordo com João Pedro Lamana Paiva, há pelo menos 12 milhões de imóveis irregulares no Brasil, o que envolve de 40 a 50 milhões de brasileiros. "A média nacional é de 30% dos imóveis necessitando de regularização. Isso se deve, principalmente, ao desleixo das autoridades públicas municipais", asseverou Lamana Paiva. https://tj-es.jusbrasil.com.br/noticias/100138018/movimento-para-a-regularizacao-de-imoveisnoestado. Acessado em 24-04-2017.

dignidade, materializado pelo direito de propriedade como um direito fundamental, principalmente pela inércia do próprio Estado.

A propriedade informal é aquela originária dos loteamentos ilícitos, que se dividem em *clandestinos* e *irregulares*[6]. Tudo isso devido à previsão legal que constava da Lei nº 6.766/79, alterada pela Lei nº 9.785/99, que pouco contribuía para a regularização de loteamentos, uma vez que exigia a destinação de 35% da área loteada ao Poder Público municipal, inviabilizando, principalmente, os parcelamentos destinados a populações de baixa renda pelo encarecimento dos lotes. Atualmente, a nova redação do artigo 4º, da Lei nº 6.766/79, acabou com a rigidez anteriormente prevista, quando estabelece que a legislação municipal fixará a proporção de áreas destinadas a sistemas de circulação, equipamentos urbanos e comunitários e espaços livres de uso público, para cada zona em onde se situem. Nestes casos, observa-se como característica fundamental, a irreversibilidade. A maioria destes loteamentos apresentam situações fáticas consolidadas, as quais não podem ficar desamparadas, pelo caráter social que o inciso XXIII, do artigo 5º, da CF apresenta, ao determinar que a propriedade atenderá sua função social.

Entende-se por situação consolidada aquela em que o tempo de ocupação da área, a natureza das edificações existentes, a localização das vias de circulação ou comunicação, os equipamentos públicos disponíveis, urbanos ou comunitários, dentre outras situações peculiares, indicam a irreversibilidade da posse titulada e induzem ao reconhecimento domínio (§ 1º, do art. 2º, do Provimento nº 28/04 - More Legal 3, da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do RGS[7]).

A exemplo disto, Medida Provisória nº 759, de 2016, convertida na Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, traz no bojo do seu artigo 11, inc. III, o conceito do que denomina de 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*.

---

[6] Loteamentos irregulares "são aqueles que, embora aprovados pela Prefeitura e demais órgãos Estaduais e Federais, quando necessário, fisicamente não são executados, ou são executados em descompasso com a legislação ou com atos de aprovação. Os loteamentos clandestinos são aqueles que não obtiveram a aprovação ou autorização administrativa dos órgãos competentes, incluídos aí não só a Prefeitura, como também entes Estaduais e Federais, quando necessário". GASPARINI, Diógenes. **O Município e o Parcelamento do Solo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, pp. 128/131.

[7] https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/more_legal_3.html?print=true. Acessado em 22-08-2017.

Para que ocorra a regularização, necessariamente, a situação de informalidade deve transmutar-se, ingressando nos Registros Públicos e tornando-se regular, atribuindo-se direitos e garantias aos possuidores, agora proprietários e titulares de direitos reais. Assim, situações urbanísticas que antes eram impeditivas, tais como área mínima para registro, edificação próxima ou pertencente à áreas de proteção ambiental, bem como exigências fiscais e cobrança de emolumentos não são mais motivos impeditivos a permitir o acesso ao registro imobiliário para as situações que envolvam pessoas de baixa renda e apresentem a característica de situação jurídica consolidada, como se verifica a teor dos artigos 11, §§ 1º[8] e 2º e 13, §§ 2º e 5º[9].

Portanto, com base nos preceitos constitucionais que consagraram o direito de propriedade, cujo interesse visa atender o interesse social, principalmente em relação à população carente que possui imóveis em situações irregulares e irreversíveis, é que o Poder Público Federal promulgou a Lei Federal nº 13.465/17. Neste mesmo sentido, o Poder Judiciário do Estado Rio Grande do Sul, através da Corregedoria-Geral da Justiça, no ano de 1995[10], instituiu um plano emergencial, cuja estratégia objetivou a regularização das propriedades informais, dispensando exigências outras, que não a documentação relativa à boa origem do imóvel e simplificando o procedimento judicial. Trata-se do Projeto "More Legal", embora não seja um tema tão recente, é pouco

---

[8] § 1º Para fins da Reurb, os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edilícios.
§ 2º Constatada a existência de núcleo urbano informal situado, total ou parcialmente, em área de preservação permanente ou em área de unidade de conservação de uso sustentável ou de proteção de mananciais definidas pela União, Estados ou Municípios, a Reurb observará, também, o disposto nos arts. 64 e 65 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, hipótese na qual se torna obrigatória a elaboração de estudos técnicos, no âmbito da Reurb, que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, inclusive por meio de compensações ambientais, quando for o caso.

[9] § 2º Os atos de que trata este artigo independem da comprovação do pagamento de tributos ou penalidades tributárias, sendo vedado ao oficial de registro de imóveis exigir sua comprovação.
§ 5º A classificação do interesse visa exclusivamente à identificação dos responsáveis pela implantação ou adequação das obras de infraestrutura essencial e ao reconhecimento do direito à gratuidade das custas e emolumentos notariais e registrais em favor daqueles a quem for atribuído o domínio das unidades imobiliárias regularizadas.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm.

[10] Embora editado no ano de 1995, o Provimento Nº 39/95, que instituiu o Projeto "More Legal", idealizado pelo eminente e então Corregedor-Geral da Justiça, Des. Décio Antônio Erpen, era demasiadamente avançado para seu tempo, tanto que a Associação dos Notários e Registradores do Brasil-ANOREG, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade de alguns dispositivos, sendo tal medida judicial, entretanto, não conhecida em 14.03.1996, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme salientado em reiteradas oportunidades por esse órgão correicional, a construção do Estado Democrático de Direito, com garantia da plenitude do exercício da cidadania, transita, necessariamente, por vias retas, desobstruídas e bem sinalizadas, garantindo a segurança do usuário e, num sentido amplo, da própria paz e justiça social. A Carta Magna assegura ao cidadão, não apenas a posse do bem imóvel, mas também a propriedade, especialmente naquelas situações consolidadas pelo tempo, cujos reflexos jurídicos beneficiarão os municípios do Estado. Além do objetivo imediato de regularizar aquelas ocupações clandestinas, os municípios, num segundo momento, arrecadarão a contraprestação fiscal, tão necessária para investimentos nas áreas sociais, como saúde, educação, saneamento básico e habitação.
http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/more_legal_2/parecer_195-99.html - Acessado em 22-08-2017.

conhecido e não tem a utilização que poderia ter, trata-se de um veículo de exercício de cidadania de suma importância para toda a comunidade gaúcha. Primeiramente, pelo propósito de possibilitar a regularização fundiária de inúmeras áreas que se encontram na clandestinidade jurídica e, também, pela originalidade do tema, pois serve de paradigma para os demais Estados da Federação, inclusive estabelecendo diretrizes para a promulgação da Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999.

Também, conforme dispõe o artigo 195-A da Lei 6.015/73, acrescentado pela Lei nº 12.424/2011, O Município poderá solicitar ao registro de imóveis competente a abertura de matrícula de parte ou totalidade de imóveis públicos oriundos de parcelamento de solo urbano, ainda que não inscrito ou registrado, por meio de simples requerimento, acompanhado de alguns documentos descritos nos incisos dos referido dispositivo legal.

Ainda, recente alteração legislativa, Medida Provisória nº 759/2016, acrescentou o denominado "Direito Real de Laje", regulamentado pelo artigo 1.510-A do Código Civil, permitindo que se titule distintamente a superfície de uma mesma área, a fim de que se possa coexistir unidades imobiliárias autônomas.

Embora se disponha de série de dispositivos legais suficientes à formalização imobiliária no Brasil, diante do crítico cenário de informalidade, há que se dar razão a Adalberto Narciso Hommerding e a José Francisco Lyra, ao referirem que a lei no Brasil é meramente simbólica[11], o que faz aguçar a necessidade de empoderamento da população, que quase sempre fica à espera da atuação do Estado.

Diante deste contexto, impõe-se a todos que integram a sociedade civil e a comunidade jurídica, principalmente universidades, associações de bairros, entidades de classe, por meio de seus gestores e associados, fomentar projetos em parceria com o poder público municipal/Estadual, propiciando medidas jurídico-administrativas disponíveis para que se possa

[11] O poder de violência simbólica, porém, também está presente noutro plano, não menos importante, a saber: o plano da legislação; ou, melhor, da 'produção' legislativa decorrente das políticas legislativas. Nesse aspecto, o que parece prevalecer no cotidiano do Poder legislativo – notadamente ao Poder Legislativo brasileiro – é o que pensamos possa ser chamado de 'senso comum legislativo'. (...) a produção da lei em *terrae brasilis* caracteriza-se por ser o 'mais do mesmo': uma produção legislativa que, praticamente, não atende a níveis adequado de racionalidade legislativa, sendo direcionada tão-somente à elaboração de leis com forte cunho populista, com forte apelo midiático, que tendem à colonização do Direito pelos imperativos sistêmicos da economia de mercado. HOMMERDING, Adalberto Narciso, LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das Leis Penais e Legislação Penal Simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, pp.3-4.

implementar uma cultura de regularização fundiária, focando principalmente pessoas de baixa renda.

Embora o tema central seja o direito de propriedade reconhecido na Constituição da República, artigo 5º, inciso XXII, estabelecendo que é garantido a todos o direito de propriedade (propriedade formal, registrada), o mesmo artigo 5º, inciso XXIII, também prevê a função social da propriedade[12]. Assim, é possível afirmar que a abrangência deste tema transcende a única finalidade de garantir direitos e garantias fundamentais. E isso é verdade porque, uma vez registrada a propriedade que hoje se encontra irregular, o cidadão passará à condição de proprietário, passando a integrar o sistema jurídico formal que a Constituição lhe assegura[13].

No âmbito da coletividade, ou seja, relativamente aos interesses do poder público, é outro aspecto que se pode identificar significativo avanço, pois a regularização de imóveis informais traz uma gama de benefícios ao erário na medida em que todos os negócios jurídicos saem da informalidade e produzem reflexos econômicos ao Estado. Uma vez registrado ou regularizado qualquer imóvel, todas as transmissões trazem consequências econômicas para os municípios e para os estados, já que o adquirente terá que recolher o imposto municipal incidente, isso sem falar no reflexo nos tabelionatos e no próprio registro de imóveis.

Diante de tais justificativas e da gama de mecanismos legais disponíveis a se levar a cabo a regularização fundiária no Brasil, pensou-se, no âmbito da comunidade acadêmica cruzaltense, por meio da Universidade de Cruz Alta-RS (UNICRUZ), a concretização de um projeto de extensão[14], envolvendo a INATECSOCIAL e o Projeto Profissão Catador[15], no sentido de propiciar informação e espirito de cidadania para que as comunidades carentes, conscientes das disposições legais disponíveis, possam promover a busca da cidadania da forma como preconizada na Constituição da República, isto é, com fim na dignidade e no mínimo existencial (art. 3º, inc. III da CF).

---

[12] Tanto que o Novo Código de Processo Civil, art. 178, inc. III, determina a intervenção obrigatória do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

[13] Valorização econômica de todos os imóveis que estavam na informalidade, direito à transmissão hereditária por força da transcrição no registro, acesso a créditos imobiliários para ampliar ou reformar o imóvel, ampliação das possibilidades de compra e venda com a segurança inerente dos Direitos Reais, utilização de todos os negócios jurídicos disponíveis nos incisos do artigo 1.225 do CCB.

[14] Projeto de Extensão denominado de Projeto More-Legal, período de 2017-2018, Coordenador Professor Dr. Marcelo Cacinotti Costa, integrante interno Professora Enedina Teixeira da Silva, Monitor Acadêmico de Direito Leandro Torres Ribeiro, integrantes externos Professor Dr. Vinicius de Melo Lima, Promotor de Justiça da Comarca de Torres-RS e Professor Dr. Adalberto Narciso Hommerding, Juiz de Direito da Comarca de Santa Rosa-RS.

[15] https://www.inatecsocial.com/projetos

O referido projeto conta com a participação de seis famílias selecionadas pela INATECSOCIAL (Projeto Profissão Catador), pessoas de baixa renda que moram em imóveis em situação irregular no município de Cruz Alta-RS, escolhidas não só pela renda familiar, mas, principalmente, porque são exemplos de que é possível superar a pobreza e a marginalidade social, na medida em que saíram da situação de informalidade laboral integrando associação de coleta e seleção de lixo e transformando material descartado em renda para suas famílias.

O caso do Projeto Profissão Catador é exemplo a ser seguido pelas comunidades sociais e acadêmicas do País, motivando a aderência do Projeto de Extensão More-Legal no sentido não só propiciar a regularização fundiária de famílias de baixa renda, mas, acima de tudo, fomentar o sentido forte de cidadania e participação popular que está assentado na Constituição Federal como pressuposto básico de um Estado Democrático e Social.

I - A IMPORTÂNCIA DE UMA ADEQUADA COMPREENSÃO (HERMENÊUTICA)

Desde sempre uns dos problemas centrais da humanidade reside na questão interpretativa das coisas que se apresentam no mundo de modo idêntico a todas as pessoas, mas, por força da complexidade da mente humana e das pessoas, são processadas de modo diverso no cérebro de cada uma delas, daí porque a questão interpretativa ainda representa uma pedra no sapato da civilização atual, sem qualquer perspectiva de que isto possa se tornar algo tranquilo ou objeto de consenso.

A própria configuração do mundo, que munda, nos dá sinais de que toda e qualquer pretensão objetivadora de conhecimento e interpretação está condenada a soçobrar. Isto vem bastante nítido já com os Pré-Socráticos, como em Anaxágoras (ca. 500 a.C. — 428 a.C.), o qual afirmava que o universo se constitui pela ação do *Nous* (conceito usado para definir a noção de inteligência de forma ilimitada), sob as denominadas *homeomerias* (sementes que dão origem a realidade e às diversas manifestações na medida em que elas contêm uma porção de cada coisa existente no universo). Do mesmo modo, a filosofia de Heráclito, com a célebre imagem: "Não se pode tomar banho duas vezes na mesma água de um rio corrente" ou "as coisas frias se reaquecem, o quente arrefece, o húmido seca e o árido humedece[16], são exemplos clássicos da relação circular que há entre as coisas pautadas por uma lei universal (a mutabilidade), que não pode ser contraposta muito menos objetivada.

[16] BRUN, Jean. **Os Pré-Socráticos**. Tradução Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002, p.50.

Utiliza-se a referência aos *pré-socráticos*, pois, como bem se sabe, a partir das afirmações de Nietzsche e Heidegger, algo se perdeu (esquecimento do ser) a partir de Sócrates, já que os *pré-socráticos* representariam, para eles, a verdadeira tradição filosófica perdida ou esquecida na modernidade.

Daí porque toda e qualquer atividade interpretativa passa pela perspectiva hermenêutica. Mais precisamente a hermenêutica do *Dasein* (Heidegger) nos mostra que interpretar é um modo fundante da existência humana como uma ontologia da compreensão, ou seja, o homem (e os animais em geral) desde a sua existência está condenado, enquanto viver, ao exercício interpretativo, independentemente da sua vontade[17].

Hans-Georg Gadamer realiza importante trabalho filosófico para a questão interpretativa (Verdade e Método), na medida em que traça um relato histórico da hermenêutica a partir do conceito daquilo que denominou de *consciência* (operativa) *histórica*. Compreensão é um ato histórico e, como tal, estará sempre relacionado com o presente. Não há como se sustentar por muito tempo uma interpretação objetivamente válida, simplesmente porque a hermenêutica é um encontro com o *Ser* através da linguagem e a realidade é puramente linguística. Dessa forma, ao se buscar uma verdade objetiva com pretensões de validade absoluta, tal agir se reveste de intensa ingenuidade, pois se constitui em algo utópico, na medida em que a compreensão é um ato histórico e, como tal, sempre estará relacionado com o presente, como responsável pelo desvelamento do sentido das coisas (Ser).

A compreensão, portanto, é uma operação referencial. Diga-se assim porque a compreensão de algo somente é possível a partir da comparação daquilo que se visa compreender com algo que já se conhece. Como ressaltam Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius Melo Lima, "A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois a interrogação ou o entendimento acontece (na linguagem), já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efectual)"[18].

Referencial, num primeiro momento, porque inexiste um intento interpretativo que não esteja relacionado com um acontecimento real e ou possível de ser pensado. Referencial, em

---

[17] A interpretação ultrapassa o mundo linguístico em que o homem vive, pois a própria existência dos animais depende dela. Estes sentem o modo como se situam no mundo. Um pouco de comida em frente de um chimpanzé, de um cão ou de um gato será interpretado pelo animal em termos das suas próprias necessidades e de sua própria experiência. Os pássaros conhecem os sinais que os levam a voar em direcção ao Sul. PALMER, Richard. **Hermenêutica** (O saber da filosofia). Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p.20.

[18] COSTA, Marcelo Cacinotti e LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.84.

um segundo momento, porque qualquer construção cognitiva lógica pressupõe um conjunto de significações suficientes para que a situação referencial acima referida, como sendo o primeiro momento, possa se estabelecer de modo claro e suficiente. Dizendo de outro modo, só é possível falar em palavras (partes) com um sentido se elas estiverem inseridas em um texto ou em uma frase logicamente construída (todo), de modo que as partes constituem o todo e o todo irá sustentar as diversas partes individuais.

Está-se, assim, diante do *círculo hermenêutico*. Ele pode ser descrito como o exercício de comparação com algo que já se conhece, pois todo o contexto de coisas que se conhece se agrupa em unidades sistemáticas (círculos compostos de partes). O círculo como um todo define as partes individuais, e elas em conjunto formam o círculo. Dessa forma, um conceito individual (e.g. direitos sociais) tira o seu significado do horizonte em que está inserido, do mesmo modo que o horizonte é constituído por todos os outros elementos individuais aos quais dá sentido, tornando a compreensão circular.

Compreender adequadamente o *círculo hermenêutica* é de suma importância para a tarefa interpretativa no Direito. Isto é, como o significado é textura de vida (experiência vivida), e as regras jurídicas nada são sem a aplicação concreta delas na vida das pessoas; toda e qualquer resposta (correta) jurídica que se possa dar deve necessariamente respeitar o contexto de sentido previamente dado (lugar de fala/pré-compreensão), bem como as circunstâncias do caso concreto, como porta de entrada para aplicação das normas jurídicas.

Friedrich Müller comenta a relação do Direito com a hermenêutica filosófica, dizendo:

> A descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário – num processo, que inclui necessariamente o 'sujeito compreendente' e sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e nessa medida completado, embora esse sujeito esteja vinculado a esse sentido do texto. (...) A referência da metódica e da interpretação da vida, genericamente concebida como 'atualidade', a 'pré-compreensão' que envolve o intérprete e o objeto da interpretação, são substancialmente agudizadas no trabalho jurídico, em virtude de sua referência social, da sua formalização específica, do seu grau decisivamente elevado de obrigatoriedade e da sua relevância para a decisão 'válida' e, nesse sentido, sensível no campo do que é efetivo[19].

Daí a relevância do aspecto ontológico existencial que a hermenêutica filosófica identifica em todo e qualquer processo interpretativo que se dá de modo dialógico e intersubjetivo, isto é, a produção de sentido é um fenômeno que ocorre no âmago da

[19] MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.225.

comunidade balizado pelo tempo e pela complexidade social, cuja autoridade é da tradição histórica e não (deve) pertence a este ou aquele indivíduo, sob pena de se descaracterizar a democracia e a liberdade pela imposição do arbítrio.

Portanto, o aspecto da compreensão ligada ao sentido previamente dado e forjado na tradição histórica é algo que se impõe pela própria linguagem (na própria afirmação de Gadamer: "um ser que poder ser compreendido é linguagem") e, assim, como refere Richard E. Palmer, "Por mais que as palavras possam moldar ou produzir sentido, apontam sempre mais além do que o seu próprio sistema, para uma significação que já reside na totalidade relacional do mundo[20], o que significa dizer que o intérprete não possui "liberdade" para "criar" sentidos ao seu alvedrio, pois a postura discricionária e subjetivista no âmbito interpretativo não se compatibiliza com uma democracia constitucional, como no caso do Brasil.

II - AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL DOS CIDADÃOS

A sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos[21], decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontroláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva. Com efeito, a modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que "quando mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência"[22].

Mister estabelecer algumas premissas básicas atinentes ao arcabouço normativo frente às mudanças de paradigma estatal, ou seja, as transformações sofridas pelo Estado de Direito, e seus reflexos na tutela dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é de se destacar que o Estado Liberal,

---

[20] PALMER, Richard. **Hermenêutica** (O saber da filosofia). Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015, p.139.

[21]Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. **Risk Society**. Towards a New Modernity. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992, p. 11 e ss.

[22] BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva***:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16 e ss. e p. 210 e ss.

no momento histórico da Revolução Francesa, caracterizou-se pela proteção das denominadas "liberdades negativas", ou seja, cumpria ao sistema jurídico assegurar a defesa do súdito em face do poder do Estado, na perspectiva de assegurar o livre desenvolvimento do ser humano (direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão – direitos, liberdades e garantias).

Desse modo, nota essencial ao Estado Liberal de Direito foi a submissão ao império da lei, vista como ato formal proveniente do Poder Legislativo. A seu turno, no Estado Social de Direito (*Welfare State*), o individualismo e a neutralidade típicos do sistema liberal cedem lugar a um jaez social/material, em função dos variados movimentos sociais do século passado. Seu intento consiste na adequação do modo de produção capitalista ao bem-estar social geral (neocapitalismo). Revela-se, porém, uma concepção insuficiente e ambígua, haja vista a "propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial"[23].

Na visão proporcionada pelo Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo (Poder Constituinte), uma norma (infraconstitucional) só é considerada válida se possui coerência e compatibilidade com a Lei Maior. Assim, pode uma norma vigorar num determinado local (plano da vigência), mas não ser reconhecida como válida. Se no Estado Liberal cultuava-se a lei, no Estado Democrático o culto é o da Constituição. O Estado Social e Democrático de Direito volta-se não apenas para a manutenção da segurança jurídica, mas também com a "criação das condições materiais que permitam a cada um o livre desenvolvimento da sua personalidade e uma existência condigna"[24].

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou seja, o modelo garantista[25], não vem a ser outra coisa senão a dupla sujeição do Direito ao Direito, afetando ambas as dimensões de todo fenômeno normativo, tal como a vigência e a validade, destacando que os direitos fundamentais constituem a base da moderna igualdade, formando "la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no". Por seu turno, os direitos fundamentais são "os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente

---

[23]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 120.
[24] NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32.
[25] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, pp. 22-4.

consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material"[26].

A lesão a um princípio assume maior gravidade, notadamente em face da teoria material da Constituição, prevalecendo aí o entendimento de que um "sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais"[27].

Como assevera Bobbio[28], a problemática dos direitos humanos não é tanto a da justificação, mas sim, a da sua efetiva proteção. E tal tarefa afigura-se mais difícil no âmbito dos direitos sociais (incluindo-se os econômicos, culturais e ambientais), haja vista que reclamam uma intervenção ativa do Estado.

Nesse contexto, a interpretação acerca dos conflitos sociais exerce valor significativo na análise da compreensão do Direito, visto como fenômeno cultural e dinâmico, fruto do contexto espacial e temporal dos acontecimentos do mundo da vida. Importa referir, sobretudo, que os direitos fundamentais de segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e de terceira dimensões (interesses difusos) também são merecedores de tutela, assim como os de primeira dimensão (direitos, liberdades e garantias), na condição de imperativos de tutela, em face de um dever de proteção estatal.

Na doutrina portuguesa, Nabais refere que o escasso desenvolvimento teórico acerca da concepção de deveres fundamentais decorre uma visão excessivamente liberal, fruto da história do Estado de Direito. Destaca a sua autonomia como categoria jurídico-constitucional própria ou "a face oculta dos direitos fundamentais", ante a necessidade de se compreender o indivíduo como ente "simultaneamente livre e responsável", contrastando a "afirmação do individualismo possessivo, apresentado, aliás, como um dos *apports* da posmodernidade"[29].

---

[26] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 9.

[27] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 365.

[28] BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 80-4.

[29] NABAIS, José Casalta. "A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos". **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 169. Sobre a teoria dos deveres fundamentais, ver NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, definidos como "deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos". (*Op. cit.*, p. 64)

Em decorrência do dever de proteção, como bem refere Calil de Freitas[30], há uma dupla vinculação dos poderes públicos ao sistema de direitos fundamentais. Tal perspectiva está vinculada a uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, havendo um dever jurídico de proteção dos cidadãos por parte do Estado, ao qual incumbe a adoção de medidas, inclusive penais, a fim de cumprir com sua função constitucional. Nessa linha, aduz Novais[31]:

> **Da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das actividades por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares**, mesmo quando estes fundamentam a sua actuação perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais. (grifo nosso).

Curial é sublinhar, na esteira de Habermas, que o Direito rege as relações jurídicas entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente no mundo da vida. A função do Direito é a de assegurar as estruturas do agir comunicativo, sendo que o descumprimento da norma implica em deslealdade comunicativa, pela negação do reconhecimento intersubjetivo[32].

Nesse prisma, a Constituição Federal, no artigo 182, estabeleceu que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objeto ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, prevendo, em seu § 1º, o plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A Lei nº 6.766/76 (Lei Lehmann) dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, o qual tem como espécies o loteamento (com a abertura de novas vias de circulação, ou prolongamento, modificação ou ampliação das existentes – artigo 2º, § 1º) e o desmembramento (aproveitamento

---

[30] Sustenta o autor que, "no sentido negativo, a vinculação se dá em termos de vedar toda e qualquer atuação dos poderes constituídos que importe afronta aos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por ação; no sentido positivo, a vinculação obriga os poderes constituídos a realizarem tarefas de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão". FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

[31] NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 86 e 95.

[32] A teoria do agir comunicativo, consoante Habermas, tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade, através da coordenação da ação e da manutenção de ordens sociais. Refere que o mundo da vida configura-se como "uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades dos indivíduos socializados". HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25 e ss.

do sistema viário existente, sem a abertura de novas vias de circulação, ou prolongamento, modificação ou ampliação das existentes – artigo 2º, §2º).

Por sua vez, as disposições constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre a Política Nacional de Regularização Fundiária[33], contêm uma série de aspectos que servem de instrumento essencial à ocupação humana e a função social da propriedade, sob pena de se consentir com práticas voltadas a dar inúmeros passos para trás na proteção urbanístico-social.

A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), prevê, em seu artigo 2º, que 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 (grifos nossos).

O artigo 40, § 3º, do Estatuto da Cidade, estabelece que a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, no mínimo, a cada dez anos, asseguradas a promoção de audiências públicas, assegurada a participação da população e das associações representativas de vários segmentos da comunidade, a publicidade e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações (artigo 40, § 4º, inciso I a III). Para assegurar a efetividade da revisão do plano diretor, há, inclusive, previsão de sanção de improbidade administrativa ao gestor municipal que contrarie tais disposições legais (artigo 52, incisos VI e VII).

A Resolução nº 25/2005, do Ministério das Cidades, trata das audiências públicas no processo de elaboração dos Planos Diretores Municipais. A seu turno, a Lei nº 11.977/2009, que trata do Programa Minha Casa, Minha Vida, prevê a regularização fundiária em assentamentos urbanos, estabelecendo, em seu artigo 46, que 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

[33] Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 170, inc. III, 182, §2º e 183. Lei 6.015/73, art. 195, A.

desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

III - A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO URBANÍSTICO: O DIREITO À DIGNIDADE

A Constituição não é um mero pedaço de papel[34]. Ao revés, possui força normativa e vincula os Poderes Constituídos, como se depreende da lição de Hesse:

> A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

A interpretação constitucional configura um "*processo tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear"[35].

Wróblewski[36] apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

---

[34] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24. Na lição de Häberle, *"A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato"*. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40.

[35] Cf. FREITAS, Juarez. **"A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta". Interpretação Constitucional**. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 354.

[36] WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985, pp. 94/5.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, "Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição"[37].

Daí que o princípio da proporcionalidade não pode ser visto apenas como proibição do excesso, porquanto apresenta dupla perspectiva, englobando em seu conceito o **princípio da vedação da proteção insuficiente**, o qual significa que o Estado deve assegurar positivamente a defesa dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo quando as ameaças são provenientes dos "poderes privados".

Consoante o magistério de Canaris[38], é "preciso verificar *se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobre-avaliados*", em virtude da aplicação do princípio da proibição de insuficiência, aplicável não apenas no controle jurídico constitucional de uma omissão legislativa, mas, também, "nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito".

Já o princípio da **proibição do retrocesso social**, na lição de Canotilho[39], pode formular-se assim:

> O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança nacional", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial".

Na sua feição urbanística, visa atribuir juridicidade à aquisição, pela comunidade, de um determinado patamar de proteção da cidadania, de tal modo que se veda um tratamento deficitário em tal matéria, pois, em última análise, está em jogo o acesso a bens materiais mínimos e a própria qualidade de vida das pessoas.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

[37] CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. CXI.

[38] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 123-4.

[39] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-340

A regularização fundiária se apresenta como um dos grandes temas do Direito Constitucional que deve ser enfrentado de modo adequado tanto pelo Estado como pela própria população no exercício de uma cidadania ativa.

Embora exista uma série de mecanismos legais que se prestam a dar efetividade à vontade constitucional de resguardar a propriedade como Direito Fundamental, de fato, se sabe que a situação de informalidade fundiária é um problema crônico que atinge indistintamente todo o País.

O Direito de Propriedade é reconhecido em âmbito constitucional, a exemplo do artigo 5º, inciso XXII, estabelecendo que é garantido o direito de propriedade (propriedade formal, registrada). Também, o inciso XXIII prevê que a propriedade atenderá a sua função social. Com a evolução da sociedade e de suas relações, foram gerados sistemas para regular o direito de propriedade e, com isso, criou-se o que se chama de propriedade regular. Esta advém do registro de um título hábil na Serventia Registral Imobiliária da situação do imóvel e confere ao proprietário os seguintes poderes: usar, fruir e dispor sobre a coisa, oponível *erga omnes*, como Direito Real.

O presente trabalho visa identificar não só o dever constitucional do Estado em promover a diminuição da informalidade fundiária, mas, acima de tudo, demonstrar que é possível pelo empoderamento social, na mesma linha com que Konrad Hesse define a ideia de "Vontade da Constituição", que haja por parte do espaço privado a clara percepção de que o direito a propriedade é um verdadeiro Direito Fundamental, imprescindível para que se possa falar em cidadania e em inclusão social integral.

Daí a necessidade de participação de todos os envolvidos no processo de construção social, seja na comunidade de bairros seja na universidade, pois a cidadania participativa se revela como *standart* da Constituição.

Nessa linha de raciocínio, a **ideia de democracia participativa** brota da própria Constituição Federal, quando consagra que o poder é exercido em nome do povo, nos termos do art. 2º. Mas que povo é esse? O Povo Ícone, mera figura de retórica dos discursos eleitorais, como questiona Müller? Evidente que não. Os participantes da Audiência Pública e a comunidade estão insertos na condição de ***destinatários das prestações positivas do Poder Público, na condição de titulares de direitos e deveres fundamentais, como ensina o referido doutrinador alemão***. O princípio democrático é o fundamento de validade das atuais Constituições democráticas, razão pela qual informa e conforma a atuação dos Poderes Constituídos, em especial o Judiciário, visto pela doutrina como um contrapoder ou poder contramajoritário, exercitando uma ***função de garantia***, tal como preceitua Luigi Ferrajoli.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Risk Society**. Towards a New Modernity. Trad. Mark Ritter. London, Thousand Oaks, New Dehli, Sage Publications, 1992.

BECK, Ulrich; GUIDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva***:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRUN, Jean. **Os Pré-Socráticos**. Tradução Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Código Civil Brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm - Acessado em 22-08-2017.

Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm - Acessado em 22-08-2017.

Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acessado em 22-08-2017.

COSTA, Marcelo Cacinotti e LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão Judicial & Democracia: Por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. **"A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta". Interpretação Constitucional**. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos fundamentais. Limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **O Município e o Parcelamento do Solo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso, LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das Leis Penais e Legislação Penal Simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999.

Lei nº 13.465/17. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm - Acessado em 22-08-2017.

LOUREIRO, Guilherme. **Direitos Reais: à luz do Código Civil e do direito registral**. São Paulo: Editora Método, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NABAIS, José Casalta. "A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos". **Por uma liberdade com responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PALMER, Richard. **Hermenêutica** (O saber da filosofia). Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.