

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**CLERILEI APARECIDA BIER**

**EID BADR**

**JULIA MAURMANN XIMENES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;  
Coordenadores: Clerilei Aparecida Bier, Eid Badr, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis:  
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-053-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito sociais. 3. Políticas públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

---

#### **Apresentação**

O nosso trabalho consistiu em acolher por meio dos critérios de avaliação científica quinze estudos apresentados, do total de trinta e cinco, no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de Aracaju SE. Admitidos à apresentação após escolha por avaliadores dentre diversos outros artigos submetidos, os estudos também passaram pelo crivo do mencionado Grupo de Trabalho, em intensos debates entre os autores, outros participantes do evento e os coordenadores deste livro. As questões fundamentais relativas aos direitos sociais e as correspondentes políticas públicas, como a normatização, judicialização e os deveres do Estado, nas suas diversas esferas de poder, aparecem fortemente vinculados naquelas reflexões, e, por conseguinte, nos estudos aqui organizados.

Com efeito, registramos o nosso agradecimento à Diretoria do CONPEDI e à Universidade Federal da Sergipe que possibilitaram as condições ideais para reflexão sobre os relevantes temas mencionados, que ora resultam na presente publicação com as mais relevantes conclusões sobre os debates e pesquisas realizadas.

A relevância dos eventos nacionais e suas correspondentes publicações, sem falar na sua experiência de internacionalização, confirmam o fato de que o CONPEDI se constitui no fórum mais importante da pós-graduação stricto sensu em Direito no Brasil.

A presente obra agrupa os artigos científicos apresentados em três eixos temáticos.

O primeiro eixo temático aglutina pesquisas que dialogam com questões mais conceituais sobre os direitos sociais, sua fundamentalidade, efetivação e seus desdobramentos em políticas públicas específicas. Assim, questões sobre a efetivação do direito ao trabalho digno, a responsabilidade dos gestores públicos, ações formativas e a situação de imigrantes no Brasil.

O segundo eixo temático aborda dois direitos sociais específicos: o direito à saúde e o direito à moradia. No primeiro predominam pesquisas sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação, uma discussão que aborda ainda questões orçamentárias e de planejamento, e a

ponderação de princípios . No tocante à moradia, pesquisas sobre o lazer, função social da propriedade, e as possibilidades de efetivação do direito à moradia para populações de baixa renda, permeando ainda discussões sobre a municipalidade e políticas públicas habitacionais.

No último eixo temático, o direito à educação e à assistência social, bem como temas correlatos ao debate sobre a inclusão social. Assim, análises sobre os custos da efetivação do direito à educação, sobre políticas públicas específicas como PROUNI, educação ambiental e Programa Banda Larga. Importante salientar que o debate permeou o papel da qualidade da educação para a emancipação dos sujeitos de direitos e assim o exercício da plena cidadania. Neste sentido pesquisas sobre o papel das ações afirmativas e dos impactos do Estatuto da Igualdade Racial. E para finalizar, o debate sobre educação afirma a responsabilidade do Estado com a inclusão social, e neste sentido pesquisadores apresentaram reflexões sobre as políticas de assistência social.

Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC/CONPEDI

Prof. Dr. Eid Badr - UEA/ OAB/ CONPEDI

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP/CONPEDI

# O DIREITO À MORADIA DE POPULAÇÕES DE BAIXA RENDA EM OCUPAÇÕES IRREGULARES.

## THE RIGHT TO HOUSING OF POOR PEOPLE IN INFORMAL SETTLEMENTS

Patrícia Oliveira Gomes

### Resumo

O objetivo desse artigo é contribuir para a discussão teórica sobre o direito à moradia, considerando-se a situação de ocupação irregular de imóveis por pessoas de baixa renda. Trata-se de uma pesquisa teórica com caráter interdisciplinar, logo, a metodologia utilizada é a revisão de literatura nos campos do Direito, da Sociologia e do Urbanismo. Inicialmente, faço um breve estudo sobre a problemática do direito à moradia e a sua relação com a urbanização e crescimento das cidades. Em seguida abordo como esse direito é garantido no ordenamento jurídico, a partir de um panorama geral da legislação pátria. Por fim, discuto a relação entre o direito à moradia e a função social da propriedade e da posse, tendo em vista ser a concentração fundiária o grande desafio para universalização do direito à moradia.

**Palavras-chave:** Direito à moradia, Ocupações irregulares, Função social da propriedade.

### Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to contribute to the theoretical discussion of the right to housing, considering the irregular situation of occupation of property by the poor. This is a theoretical research with an interdisciplinary character, so the methodology used is the literature review in the fields of Law, Sociology and Urbanism. Initially, I make a brief study on the issue of the right to housing and its relationship with urbanization and growth of cities. Then I approach how the right is guaranteed in the legal system, from an overview of the Brazilian legislation. Finally, I discuss the relationship between the right to housing and the social function of property and of tenure, in order to be land concentration the big challenge for universalization right to housing.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to housing, Irregular occupation, Social function of property.

## 1. INTRODUÇÃO

A violação do direito à moradia é problema sensível na maior parte das cidades do mundo. Segundo o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), a cidade de Fortaleza<sup>1</sup> está entre as cidades mais desiguais do mundo<sup>2</sup> e de acordo com o Escritório sobre Drogas e Crimes nas Nações Unidas, Fortaleza é a 7ª cidade mais violenta do mundo.<sup>3</sup> Segundo a Fundação João Pinheiro<sup>4</sup> (2014), o déficit habitacional na Região Metropolitana de Fortaleza (RMF)<sup>5</sup> no ano de 2012 era de 124.701 unidades. O déficit é calculado considerando-se os seguintes componentes: domicílios precários<sup>6</sup>, coabitação familiar<sup>7</sup>, ônus excessivo com aluguel urbano<sup>8</sup> e adensamento excessivo de domicílios alugados<sup>9</sup>. Na RMF, o ônus excessivo com aluguel urbano é o maior responsável pelo déficit, como na maior parte das regiões metropolitanas.

A Fundação João Pinheiro (2013) identificou também que, em 2010, na Região Metropolitana de Fortaleza havia 355.955 mil unidades habitacionais inadequadas, ou seja, que não oferecem condições de habitabilidade, enquanto só no município de Fortaleza, existem 239.269 unidades inadequadas. Essa contagem só considera unidades

---

<sup>1</sup> Os dados locais aqui apresentados referem-se à capital cearense por ser a cidade de origem da autora.

<sup>2</sup> Fonte: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2012/08/fortaleza-e-uma-das-cidades-mais-desiguais-da-america-latina-diz-onu.html>. Acesso em 06 abril 2014.

<sup>3</sup> Fonte: <http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/fortaleza/onu-anuncia-que-fortaleza-e-a-sede-da-copa-do-mundo-mais-violenta/>. Acesso em 06 abril 2014.

<sup>4</sup> Inicialmente lançada em 1995, a publicação Déficit Habitacional no Brasil é periodicamente atualizada, inclusive metodologicamente. Os cálculos e estimativas são feitos com base na Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (PNAD) e no Censo do IBGE. A nota técnica de 1 de junho de 2014 foi feita com dados do PNAD de 2007 a 2012, com reponderação feita a partir da divulgação do Censo 2010 do IBGE.

<sup>5</sup> De acordo com a Lei Complementar Estadual 03/95, a RMF é composta pelos seguintes municípios: Aquiraz, Caucaia, Eusébio, Fortaleza, Guaiúba, Itaitinga, Maracanaú, Maranguape, Pacatuba.

<sup>6</sup> Integram o conceito de domicílio precário dois subcomponentes: “os domicílios rústicos e os domicílios improvisados. Os domicílios rústicos são aqueles sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada. (...) Já os domicílios improvisados englobam todos os locais e imóveis sem fins residenciais e lugares que servem como moradia alternativa (imóveis comerciais, embaixo de pontes e viadutos, carcaças de carros abandonados, barcos e cavernas, entre outros), o que indica a carência de novas unidades domiciliares.” (Fundação João Pinheiro, 2014, p.8)

<sup>7</sup> A coabitação familiar também tem dois subcomponentes, sendo o primeiro, “os cômodos e as famílias conviventes secundárias que desejam constituir novo domicílio. (...) Segundo a definição do IBGE, os cômodos são domicílios particulares compostos por um ou mais aposentos localizados em casa de cômodo, cortiço, cabeça de porco entre outros.” Já o segundo, “diz respeito às famílias secundárias que dividem a moradia com a família principal e desejam constituir novo domicílio”. (FJP, 2014, p. 8)

<sup>8</sup> O ônus excessivo com aluguel urbano “corresponde ao número de famílias urbanas, com renda familiar de até três salários mínimos, que moram em casa ou apartamento (domicílios urbanos duráveis) e que despendem 30% ou mais de sua renda com aluguel.” (FJP, 2014, p.8)

<sup>9</sup> O adensamento excessivo de domicílios alugado é representado pelos “domicílios alugados com um número médio superior a três moradores por dormitório” (FJP, 2014, p. 8)

em áreas urbanas, diante da especificidade da tipologia das casas nas áreas rurais. São consideradas inadequadas as residências próprias que tem mais de três pessoas dormindo por cômodo; que não tem banheiro exclusivo e que não tem infraestrutura urbana (iluminação elétrica, abastecimento de água, esgotamento sanitário e coleta de lixo), sendo este último o maior fator de inadequação no Brasil.

Enquanto o déficit habitacional indica a necessidade de reposição do estoque, ou seja, de construção de novas unidades habitacionais; a inadequação revela a necessidade de melhorias e de reformas nas unidades existentes.

Os números acima mencionados são sintomas do problema estrutural de concentração fundiária que impede a universalização do direito à moradia. A política habitacional não diz respeito apenas à construção de unidades e deve estar associada a uma política fundiária que promova a democratização do acesso à terra e da propriedade urbana.

No Brasil, a falta de articulação entre essas duas dimensões do problema é histórica. Camila Ferraz (2011) demonstra que as principais políticas públicas voltadas à promoção do acesso à moradia estiveram focadas no financiamento público para aquisição do imóvel, indicando dois marcos: a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), em 1964 e a criação do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) em 1997. Ermínia Maricato (2003) alerta que historicamente o financiamento público pouco beneficiou a população mais pobre, mas atingiu as famílias de classe média e média baixa, que também não tinham condições de acessar a produção de moradia feita pelo mercado empresarial, antes voltado quase que exclusivamente para segmentos de luxo. Sobre isso Ferraz (2011) explica que, entre os motivos da exclusão da população de baixa renda do financiamento público, os principais foram os baixos subsídios e o elevado valor das prestações. Os créditos bancários ofertados funcionavam na lógica do mercado privado, para o qual o financiamento de longo prazo para habitação de interesse social é operação de alto risco econômico.

Uma possível mudança nesse quadro é sugerida, em 2009, com a criação do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV)<sup>10</sup>, que opera com subsídio direto e proporcional para as faixas de renda que variam entre 0 a 3 salários mínimos, 3 a 6 salários mínimos e 6 a 10 salários mínimos. O seu reconhecido avanço consiste no

---

<sup>10</sup> Criado pela MP 459/2009, convertida na Lei 11.977/2009, que foi regulamentada pelo Decreto 6.962/2009.

caráter inédito dos volumes dos subsídios públicos alocados. Cardoso e Aragão (2013) explicam que em 2009, quando a meta lançada era de construção de 1 milhão de moradias, o orçamento foi de 34 bilhões de reais, o que permitiu o acesso, em maior escala, da população mais pobre ao financiamento público habitacional. Para eles, outro fator positivo também reside no fomento à atividade empresarial de produção de moradia para os segmentos onde o déficit habitacional é maior, na faixa de renda entre 0 a 5 salários mínimos.

No entanto, a característica institucional do programa de ter a iniciativa privada como agente central é considerada problemática e vai ao encontro de um modelo neoliberal de urbanização. Como a apresentação de propostas e a localização dos empreendimentos dependem da escolha do empreendedor privado, o controle e a participação social na elaboração da política urbana são dificultados, assim como é reduzida a capacidade institucional dos municípios de promover o ordenamento territorial, como impõe a Constituição Federal no art. 182.

Ter um teto, um abrigo, um lugar de proteção é necessidade básica do ser humano. A falta de acesso universal à moradia adequada exige da população estratégias de sobrevivência nem sempre compatíveis com o sistema jurídico relativo ao uso do espaço urbano e à gestão das terras. As ocupações de imóveis privados inutilizados por famílias de baixa renda são uma das situações que desafiam o intérprete do Direito.

As ocupações, por vezes, se dão sem maiores oposições do proprietário público ou privado, consolidando-se ao longo dos anos, se expandindo e gerando novos bairros. Em outras situações, ensejam situações de conflitos fundiários urbanos, definidos pela Resolução Recomendada 87/2009<sup>11</sup> do Conselho das Cidades, como:

disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.

A resolução do conflito normalmente passa pela discussão sobre a necessidade de garantia de dois direitos fundamentais: moradia e propriedade. Está em jogo ainda o direito à posse, que tem o seu valor jurídico e social reconhecido de forma crescente na

---

<sup>11</sup> Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. Disponível em [http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Grupo\\_trabalho/resolucao\\_87\\_2009.pdf](http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Grupo_trabalho/resolucao_87_2009.pdf). Acesso em 14.11.2013



legislação e no entendimento doutrinário. O fato é que no processo de disputa, em grande parte das situações, as famílias de baixa renda, que já estão em condição de vulnerabilidade, tem o seu direito à moradia frontalmente violado, em face à irregularidade jurídica da ocupação do imóvel e em nome da proteção de outros bens jurídicos, como a realização de obra pública ou a garantia da propriedade privada.

O objetivo desse artigo é, então, contribuir para a discussão teórica sobre o direito à moradia, considerando-se a situação de ocupação irregular de imóveis por pessoas de baixa renda. Trata-se de uma pesquisa teórica com caráter interdisciplinar, logo, a metodologia utilizada é a revisão de literatura nos campos do Direito, da Sociologia e do Urbanismo.

Inicialmente, faço um breve estudo sobre a problemática do direito à moradia e a sua relação com a urbanização e crescimento das cidades. Em seguida abordo como esse direito é garantido no ordenamento jurídico, a partir de um panorama geral da legislação pátria. Por fim, discuto a relação entre o direito à moradia e a função social da propriedade e da posse, tendo em vista ser a concentração fundiária o grande desafio para a universalização do direito à moradia.

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A QUESTÃO HABITACIONAL**

Os estudos relativos à questão habitacional são eminentemente relacionados ao problema da urbanização e ao demasiado crescimento das cidades no pós Revolução Industrial, quando os modos de vida e de organização social e econômica mudaram radicalmente.

Henri Lefebvre concebe a cidade sob o aspecto da convivência, dos encontros e confrontos sociais. Para ele, “o uso principal da cidade, isto é, das ruas e das praças, dos edifícios e dos monumentos é a Festa (que consome improdutivamente, sem nenhuma outra vantagem além do prazer e do prestígio)” (LEFEBVRE, 2009, p.12). A cidade, fenômeno existente muito antes dos períodos de industrialização, tais como as cidades orientais, arcaica (grega e romana) e medieval tem, sobretudo, um valor de uso, ela em si é uma obra. A noção de *habitar* estava relacionada a “participar de uma vida social, de uma comunidade, aldeia ou cidade. A vida urbana detinha, entre outras, essa

qualidade, esse atributo. Ela deixava habitar, permitia que os cidadãos habitassem”. (LEFEBVRE, 2009, p.23)

Lefebvre explica, com o olhar voltado especialmente para a realidade parisiense, que o caráter da urbanização mudou com a industrialização, sendo ambas duas faces de um fenômeno ao mesmo tempo unitário e conflituoso. Num primeiro momento, a industrialização teria destruído a urbanização como um imperativo para a sua consolidação, tendo em vista que as organizações corporativas regulavam não apenas as profissões, mas “os atos e as atividades no espaço urbano (ruas e bairros) e o tempo urbano (honorários (sic), festas)” (LEFEBVRE, 2009, p. 14).

Com o avanço da industrialização, ocorre o êxodo rural e os novos e antigos proletários dão um novo cenário para as cidades. A burguesia que conquista a cidade se vê rodeada pela classe operária numa ocupação desordenada em que operários e novos ricos ocupam, respectivamente, os andares superiores e inferiores das mesmas casas. Elabora-se então uma estratégia de classe<sup>12</sup> para manter os privilégios sobre a cidade e o poder por ela representado: “Como a democracia urbana ameaçava os privilégios da nova classe dominante, esta impediu que essa democracia nascesse. Como? Expulsando do centro urbano e da própria cidade o proletariado, destruindo a ‘urbanidade’” (LEFEBVRE, 2009, p. 23). A noção de *habitar* se transforma em *habitat* quando, diante de intensa crise habitacional e especulação imobiliária, a burocracia estatal toma conta da produção de moradia. Segundo Lefebvre, as políticas que criam espaços vazios como os *boulevards* não estão ligadas à ampliação da circulação e ao embelezamento, mas à demonstração do poder do Estado - logo, da classe burguesa - sobre a cidade. Ocorre a “suburbanização” e expulsão dos proletários da cidade, que terão seu *habitat* nos conjuntos e pavilhões, provocando a sua perda da consciência urbana.

A intervenção do Estado no setor em que só atuava o mercado não consolida, para Lefebvre, a moradia como um serviço público. A crítica que ele dirige a transição entre o “habitar” para o “habitat”, tem em vista que naquele momento “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”. (LEFEBVRE, 2009, p.26)

---

<sup>12</sup> Lefebvre explica que a estratégia não implica numa série de atos coordenados, planejados, com um mesmo objetivo. Ao contrário, os objetivos são diversos e as ações coordenadas sobre eles convergem para um resultado final.

Ocorre que a própria burguesia sai da cidade para os subúrbios residenciais e o centro da cidade dá lugar aos escritórios. Esse é um segundo momento, que revela uma crise percebida a falta que a centralidade e a cidade fazem para a sociedade enquanto realidade socioeconômica. Em um terceiro momento a urbanização é retomada, a partir de uma centralidade não pautada pelo comércio, como era característico das cidades medievais, mas pautada pela concentração da decisão e do poder. A nova urbanização imprime à cidade não mais o valor de uso, mas o valor de troca. A cidade deixa de ser uma obra para ser um produto.

José Bozarcchiolo da Silva (2008), em entrevista concedida a Márcio Moraes Valença, caracteriza as cidades por serem um espaço historicamente marcado pela concentração de poder, sobretudo, um “espaço privilegiado da divisão do trabalho” (SILVA, 2008, p. 136): “A cidade tem, na sua composição e estrutura, um forte componente técnico que atua na sua expressão funcional que, em seu processo, especializa o conteúdo socioterritorial aprimorando assim, a divisão do trabalho urbano.” (SILVA, 2008, p.136).

Para ele, a relação entre a produção da cidade e o mundo do trabalho demonstra que morar na cidade nunca foi um direito de todos, sempre foi um processo seletivo, desde a cidade medieval, em que era preciso pagar tributos ao controlador da cidade para transpor seus muros. Bozarcchiolo afirma que atualmente os muros permanecem, ainda que invisíveis, no entanto, o Estado é obrigado a democratizar o espaço da cidade.

Nesse contexto de disputa pela cidade, surgem as questões sobre o seu uso legal e ilegal. É comum dividir a cidade nessas duas esferas, apontando-se especialmente para a ocupação desordenada promovida por famílias pobres em áreas públicas ou de proteção ambiental.

No entanto, Maricato (1999, p.7) explica que “a invasão de terras é parte intrínseca do processo de urbanização”, não é fundamentalmente ligada à ação de movimentos sociais para confrontar a lei, mas são “institucionalizadas pelo mercado imobiliário excludente e pela ausência de políticas sociais”.

Como alguns dos fatores desse processo de urbanização, menciona o baixo custo da força de trabalho, tendo em vista que os salários, mesmo de trabalhadores formais, não inclui o custo com a moradia<sup>13</sup>; o investimento dos governos locais na

---

<sup>13</sup> Por sinal, em violação ao art 7º, IV da Constituição Federal que diz que é direito dos trabalhadores o

especulação fundiária, em especial por meio de obras viárias que tem mais a ver com criação de zonas de valorização imobiliária do que com ampliação da circulação; a ambiguidade e aplicação arbitrária da lei, tendo em vista que enquanto as ocupações ilegais em áreas valorizadas são reprimidas, as que ocorrem nas áreas de desinteresse do mercado imobiliário são toleradas, ao mesmo tempo em que não se usa a tributação para baratear o preço da terra, como poderia ser feito com o IPTU progressivo.

Edésio Fernandes (2008) questiona seriamente o debate da ilegalidade urbana, tendo em vista que a ilegalidade nas cidades não é uma situação de exceção, mas é uma das consequências da exclusão social e da segregação espacial características do crescimento urbano nos países em desenvolvimento. Ele explica que várias pesquisas de fontes diferentes apontam que entre 40 e 70% da população urbana tem uma produção de moradia ilegal, sendo que esse número em algumas cidades chega a 80%. Fernandes (2008) refere-se ainda, assim como Maricato (2003), a “graus de ilegalidade”, em que algumas são mais toleradas que outras, sendo a existência de documentos formais, mesmo que juridicamente precários, um critério para aumentar essa tolerância. O autor lembra também da impunidade referente às ilegalidades entre os grupos privilegiados, como a existência dos condomínios fechados, o impedimento ao acesso às ruas e à praia, dentre outros.

## **2. O DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

O direito fundamental à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal<sup>14</sup> apenas em 14 de fevereiro de 2000, com Emenda Constitucional nº26. Antes disso, já era reconhecido como direito humano pelo Pacto Internacional de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) no artigo 11, item 1, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992<sup>15</sup>. Destacam-se ainda como

---

“salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

<sup>14</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

<sup>15</sup> Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas,

marcos internacionais para o reconhecimento desse direito, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I (1976) e Agenda Habitat II (1996).

Outros pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário mencionam o direito à moradia como direito humano de grupos sociais subalternizados, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (1989), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969); a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990); a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2007); a Declaração dos Direitos dos Indígenas (2008).

O comentário geral nº 04<sup>16</sup> do Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais, que interpreta o art. 11 do PIDESC, determina que são elementos componentes do direito humano à moradia adequada: a segurança jurídica da posse; a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; o custo acessível; a habitabilidade; a acessibilidade; a localização e a adequação cultural, sendo que cada um desses conceitos tem seu sentido explicado no comentário. Já o Comentário nº 07 ao art. 11 do PIDESC<sup>17</sup> reconhece o despejo forçado como prática violadora dos direitos humanos e recomenda aos Estados-partes tomarem medidas preventivas para que ele não ocorra.

A Constituição Federal define que é competência comum de todos os entes federados promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art.23, IX). Mais especificamente, atribui aos municípios a competência para executar a política de desenvolvimento urbano, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem- estar de seus habitantes (art. 182).

Em nível infraconstitucional, o Estatuto da Cidade (Lei 12.257/2001), que regulamenta o art. 182 e o art. 183 da Constituição Federal, não regula específica e

---

assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

<sup>16</sup>Disponível

em [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument).

Acesso em 15.11.13

<sup>17</sup>Disponível

em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/959f71e476284596802564c3005d8d50?Opendocument).

Acesso em 15.11.13

isoladamente o direito à moradia, mas o protege como parte da política urbana, a qual, por sua vez, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art.2º, *caput*). O direito à moradia não se confunde com o direito real de habitação previsto no Código Civil<sup>18</sup>, embora seja por ele também protegido.

O Estatuto da Cidade estabelece que o direito à moradia, juntamente com direito à terra urbana, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer compõem o direito às cidades sustentáveis, sendo este último uma diretriz geral que deve guiar a política urbana (art.2º, I). Em resumo, o Estatuto diz que o direito à moradia está inserido na ideia de direito à cidade e liga sua garantia à gestão e ao uso da propriedade urbana.

No regime constitucional, o plano diretor “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, §1º, Constituição Federal). Esse instrumento deve ser construído e monitorado de forma participativa<sup>19</sup>, garantindo a gestão democrática da cidade, sob pena até mesmo de improbidade administrativa do Prefeito Municipal.<sup>20</sup>

O Plano Diretor de Fortaleza, Lei Complementar Municipal 62/2009, prevê instrumentos importantes para a garantia do direito à moradia. São previstas três tipos de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), com vistas a promover o direito à moradia de populações de baixa renda. *In verbis*:

Art. 126 - As Zonas Especiais de Interesse Social 1 (ZEIS 1) são compostas por assentamentos irregulares com ocupação desordenada, em áreas públicas ou particulares, constituídos por população de baixa renda,

---

<sup>18</sup> Ver. art. 1.414 do Código Civil.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4o do art. 40 desta Lei;

precários do ponto de vista urbanístico e habitacional, destinados à regularização fundiária, urbanística e ambiental.

(...)

Art. 129 - As Zonas Especiais de Interesse Social 2 (ZEIS 2) são compostas por loteamentos clandestinos ou irregulares e conjuntos habitacionais, públicos ou privados, que estejam parcialmente urbanizados, ocupados por população de baixa renda, destinados à regularização fundiária e urbanística.

(...)

Art. 133 - As Zonas Especiais de Interesse Social 3 - ZEIS 3 - são compostas de áreas dotadas de infraestrutura, com concentração de terrenos não edificadas ou imóveis subutilizados ou não utilizados, devendo ser destinadas à implementação de empreendimentos habitacionais de interesse social, bem como aos demais usos válidos para a Zona onde estiverem localizadas, a partir de elaboração de plano específico.

§ 1º - Caberá ao Poder Público Municipal elaborar Plano de Intervenção para cada ZEIS 3, no qual serão delimitadas as áreas precisas de aplicação das diretrizes contidas neste artigo, respeitados os procedimentos sequenciais dos arts. nº 208 a 217 deste Plano Diretor, e em conformidade com os arts. 5º e 8º do Estatuto da Cidade. § 2º - Os proprietários que implementarem projetos habitacionais de interesse social nos terrenos vazios contidos nas ZEIS 3 serão beneficiados com a transferência de todo o potencial construtivo da propriedade para as áreas passíveis de importação deste parâmetro.

§ 3º - Nas ZEIS 3 com predominância de edificações subutilizadas e não utilizadas em áreas dotadas de infraestrutura, serviços urbanos e oferta de empregos, ou que estejam recebendo investimentos desta natureza, poderão, conforme o interesse público, além do disposto no caput, visar à requalificação urbanística e à dinamização econômica e social.

Como estão sujeitas a critérios especiais de edificação, parcelamento, uso e ocupação do solo, as ZEIS permitem a regularização das construções feitas pela própria comunidade (arruamento, calçadas, tamanho dos lotes, limites das residências, etc..) que normalmente não atendem aos critérios legais; e também impedem a construção de empreendimentos que sejam incompatíveis com a permanência da comunidade. Um

exemplo disso é a vedação ao remembramento (junção) de lotes que resultem em residência com área superior a 150m<sup>2</sup>. (art. 132, § 2º do Plano Diretor)

Ainda de acordo com o Plano Diretor de Fortaleza, sobre a função social da propriedade urbana e a gestão democrática da cidade:

Art. 3º São princípios da Política Urbana:

§ 3º - A propriedade cumpre sua função socioambiental quando, cumulativamente:

I - for utilizada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental;

II - atenda às exigências fundamentais deste Plano Diretor;

III - assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça socioambiental e ao desenvolvimento das atividades econômicas;

IV - assegure o respeito ao interesse coletivo quanto aos limites, parâmetros de uso, ocupação e parcelamento do solo, estabelecidos nesta Lei e na legislação dela decorrente;

V - assegurar a democratização do acesso ao solo urbano e à moradia;

VI - não for utilizada para a retenção especulativa de imóvel.

§ 4º - A gestão da cidade será democrática, incorporando a participação dos diferentes segmentos da sociedade em sua formulação, execução e acompanhamento, garantindo:

I - a participação popular e a descentralização das ações e processos de tomada de decisões públicas em assuntos de interesses sociais;

II - a participação popular nas definições de investimentos do orçamento público;

III - o desenvolvimento sustentável;

IV - o acesso público e irrestrito às informações e análises referentes à política urbana;

V - a capacitação dos atores sociais para a participação no planejamento e gestão da cidade;



VI - a participação popular na formulação, implementação, avaliação, monitoramento e revisão da política urbana.

Assim, a participação popular é meio fundamental de garantia do direito à moradia na execução da política urbana municipal.

A Lei 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, apresenta garantias a esse direito, através da organização de políticas públicas no setor. O PMCMV se divide no Programa Nacional de Habitação Urbana e no Programa Nacional de Habitação Rural. De forma geral, o PMCMV prioriza o atendimento de famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas; famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; famílias de que façam parte pessoas com deficiência (art. 3º, III a V).

A implementação pelos Municípios dos instrumentos do Estatuto da Cidade voltados ao controle da retenção das áreas urbanas em ociosidade é também um critério de prioridade. (art. 3º, §1º, III). No âmbito do Programa Nacional de Habitação Urbana, a implantação dos empreendimentos deve considerar (art. 5º-A): a) localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão que atenda aos requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo Federal, observado o respectivo plano diretor, quando existente; b) adequação ambiental do projeto; c) infraestrutura básica que inclua vias de acesso, iluminação pública e solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e permita ligações domiciliares de abastecimento de água e energia elétrica; d) a existência ou compromisso do poder público local de instalação ou de ampliação dos equipamentos e serviços relacionados a educação, saúde, lazer e transporte público.

Além da subvenção pública de unidades habitacionais, a Lei 11.977/2009 também define e regulamenta mecanismos de regularização fundiária, a qual é um instrumento da política urbana previsto no Estatuto da Cidade. A regularização fundiária é definida pela Lei 11.977/2009 como “um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (art. 46)

Por sua vez, os assentamentos irregulares são entendidos como “ocupações inseridas em parcelamentos informais ou irregulares, localizadas em áreas urbanas públicas ou privadas, utilizadas predominantemente para fins de moradia”. (art. 47, VII).

São medidas de regularização fundiária previstas no Estatuto da Cidade e na Lei 11.977/2009 a usucapião especial urbana<sup>21</sup>, o direito real de concessão de direito real de uso<sup>22</sup>, o direito real de concessão especial de uso para fins de moradia<sup>23</sup>, a legitimação de posse<sup>24</sup>, a desapropriação<sup>25</sup>, a instituição de zonas especiais de interesse social (zeis)<sup>26</sup>, a demarcação urbanística<sup>27</sup>, a “desapropriação judicial”<sup>28</sup>, dentre outros institutos.

Ocorre que o não reconhecimento da autonomia do Direito Urbanístico<sup>29</sup> para regular a gestão da propriedade e do solo urbanos faz com que ainda seja vacilante o entendimento sobre o regime jurídico de alguns desses instrumentos - se regulados pelo direito urbanístico, pelo direito administrativo ou mesmo pelo direito civil.

Alguns desses institutos já eram previstos no Código Civil, como a usucapião, ou em outras normas de direito administrativo, como a legitimação de posse e a concessão de direito real de uso, e foram regulamentados pelo Estatuto da Cidade e/ou pela Lei 11.977/2009, as quais direcionaram o seu uso para a proteção da moradia. Outros tem inegável caráter urbanístico, como a ZEIS e a demarcação urbanística.

A variação no entendimento de que certo instituto pertence a um regime de direito público (administrativo e urbanístico) ou privado (civil) traz sérias implicações quanto à efetivação do direito à moradia. Ainda que a tendência atual seja a da constitucionalização do Direito, o que diminui as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado, na prática, a ideologia civilista ainda separa de forma estanque o interesse privado do interesse público, aplicando-se as normas de forma diferente a depender da avaliação do interesse que deve prevalecer.

---

<sup>21</sup> Ver art. 183, Constituição Federal e art. 9º do Estatuto da Cidade.

<sup>22</sup> Ver art. 48 do Estatuto da Cidade, art. 1225, XII do Código Civil e art. 7º do Decreto-Lei 271/1967

<sup>23</sup> Ver Medida Provisória 2.220 de 04 de setembro de 2001 e art. 1225, XI do Código Civil.

<sup>24</sup> Ver. art. 164 da Lei do Decreto-Lei 9.760/46 e art. 47, IV da Lei 11.977/2009.

<sup>25</sup> Ver Decreto-Lei 3665/41 e art. 8º do Estatuto da Cidade.

<sup>26</sup> Ver. art. 42, V do Estatuto da Cidade; art. 47, V da Lei 11.977/2009 e art. 123 do Plano Diretor de Fortaleza (Lei Complementar Municipal 62/2009).

<sup>27</sup> Ver art. 46 e seguintes da Lei 11.977/2009.

<sup>28</sup> Ver art. 1.228, §4º do Código Civil.

<sup>29</sup> José Carvalho dos Santos Filho (2006) e José Afonso da Silva (2008) não reconhecem a autonomia do Direito Urbanístico, mas entendem ser uma disciplina que merece estudo próprio.

Ademais, a sobreposição do Direito Administrativo sobre o Direito Urbanístico, diminui a proteção dos interesses sociais e difusos protegidos por este último, enfraquecendo o direito de comunidades frente a um superpoder do Estado, próprio do Direito Administrativo tradicional e frente a um poder individual absoluto dos proprietários privados sobre a terra.

Fernandes (2008) entende que o Estatuto da Cidade introduz uma mudança paradigmática, que confirma a autonomia do Direito Urbanístico como ramo do Direito Público e que sua importância se dá, sobretudo,

ao marco conceitual por ele consolidado, que, se devidamente assimilado, deverá tornar-se referência central para a devida compreensão e interpretação das muitas e complexas questões jurídicas intrínsecas ao processo de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, bem como para dar suporte jurídico adequado às práticas de gestão urbana (FERNANDES,2008, p. 45).

É preciso reconhecer que, ainda que não exista uma codificação própria ou uma lei de organização do direito à moradia, existe um microsistema na legislação que o garante, através dos princípios, diretrizes e instrumentos de política urbana e de gestão da propriedade urbana previstos na Constituição, no Estatuto da Cidade, na Lei 11.997/2009, na legislação estadual suplementar, nos planos diretores e leis municipais os quais pertencem a um ramo próprio do Direito, qual seja, o Direito Urbanístico.

### **3. O DIREITO À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE.**

Apesar da proteção legal, as comunidades pobres enfrentam inúmeras dificuldades jurídicas em ter seu direito à moradia garantido, já que em regra, ocupam imóveis de propriedade alheia, sem titulação para tanto. Desse modo, a concentração fundiária demonstra-se como o grande empecilho para a democratização do espaço urbano e atendimento das necessidades vitais dos cidadãos mais pobres.

O direito de propriedade é garantido no art. 5º, caput e inciso XXII, da Constituição Federal, que determina no inciso XXIII que ela atenderá a sua função social. Como já visto acima, ao contrário da função social da propriedade rural que já

tem sua definição na Constituição, a função social da propriedade urbana será definida pelo plano diretor.

Fernandes (2008) destaca a necessidade de transferir a regulação da propriedade do Código Civil para o Direito Público, representado pelo Direito Urbanístico, para garantir a democratização do acesso à terra urbana e melhores condições de moradia. Enquanto o Código Civil rege as relações civis sobre a propriedade, o Estatuto da Cidade deveria reger o seu uso e ordenamento.

Com efeito, o Estatuto da Cidade diz em seu art. 1º, parágrafo único que “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana”. Assim, o exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade<sup>30</sup> urbana deve estar condicionado ao cumprimento da sua função social, que por sua vez é ditada pelo Plano Diretor. Nisso, está incluído, inclusive, o direito de construir, o qual se revela como faculdade diante da destinação urbanística dada ao imóvel pelo planejamento urbano: “a edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela, a faculdade não existe” (SILVA, 2008, p.83)

José Afonso da Silva (2008) explica que esse condicionamento do uso e da edificação da propriedade urbana decorre do princípio da função social da propriedade e se justifica até mesmo pelo mecanismo de valorização imobiliária do imóvel urbano: enquanto a propriedade rural se valoriza pelo trabalho realizado na terra, a propriedade urbana exige os serviços públicos de interesse coletivo e infraestrutura urbana para valorizar-se.

É importante compreender qual a relação entre a função social e direito à propriedade. Uma limita o outro? Ela é a condição de existência dele ou são direitos autônomos? Quais são os reflexos dessa relação para a garantia do direito à moradia?

Para Fabio Konder Comparato (1997), a propriedade-poder é também fonte de deveres fundamentais, sendo a função social um deles. Sob esta ótica, a propriedade só deve ser entendida como direito humano quando é instrumento de exercício da liberdade humana e não de poder sobre outrem. O conteúdo do dever fundamental é a adequada

---

<sup>30</sup> 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.

utilização dos bens em proveito da coletividade. Por força do art.5º, §2º da Constituição<sup>31</sup>, os direitos e os deveres fundamentais tem aplicabilidade imediata, em decorrência da própria noção de relação jurídica, pois se há um sujeito ativo, com direitos fundamentais; há um sujeito passivo, com deveres fundamentais.

Teori Zavascki (2005) entende que a função social da posse seria uma melhor nomenclatura ao princípio da função social da propriedade, pois ele diz respeito à utilização dos bens em si, às propriedades, e não à titularidade jurídica deles, ao direito de propriedade. A função social está relacionada a atos concretos de quem tem a efetiva disponibilidade física do bem, ou seja, do possuidor em sentido amplo. O autor entende que deve ser superada a visão ainda corrente de posse como mera exteriorização do direito de propriedade. Por isso, a função social está mais relacionada à posse do que à propriedade formal. Para o autor, propriedade e posse são fenômenos autônomos tutelados por princípios constitucionais complementares e de mesma hierarquia – o direito à propriedade e a função social da propriedade, respectivamente.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) também defendem a existência da função social da posse em paralelo à função social da propriedade. Segundo os autores, a posse é um fenômeno plural, que pode ter natureza de direito real, de relação jurídica de direito obrigacional e também de ato-fato emanado de uma situação fática e existencial de ocupação do bem. Nessa terceira dimensão - não patrimonialista - reside a função social da posse.

Os autores defendem a consagração da função social da posse, que deve ser tutelada como direito especial, “pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito à moradia (...), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana” (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 75). Para os eles, não são mais suficientes as teorias sobre a posse nem de Savigny, nem de Ihering, as quais vinculam a posse à propriedade, tornando-a mero artifício para dar agilidade à proteção patrimonial. Eles reconhecem que a função social da posse não está expressamente prevista no Código Civil, mas pode ser extraída de uma filtragem constitucional, em face da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

<sup>31</sup> Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Temos nas visões acima expostas a moradia como uso que cumpre a função social da propriedade e da posse, uso este que demanda, portanto, proteção privilegiada. Assim, a garantia da moradia não deve depender exclusivamente da titularidade do imóvel em que ela se estabelece. É fundamental tutelar a continuidade e a estabilidade da moradia, que podem ser traduzidas no conceito da segurança jurídica da posse, um dos elementos do conteúdo material do direito à moradia de acordo com o Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, visto acima. De acordo com o comentário, a segurança jurídica da posse é entendida como (Erhardt, 2014):

A posse admite uma variedade de formas, incluindo acomodação por aluguel (público ou privado), cooperativa habitacional, arrendamento, ocupação pelo proprietário, moradias emergenciais e assentamentos informais, incluindo-se ocupação de terra ou de propriedade. Independente do tipo de posse, toda pessoa deve gozar de um grau de segurança da posse que garanta proteção jurídica contra despejo forçado, perseguição e outras ameaças. Os Estados-parte devem, conseqüentemente, adotar medidas voltadas a conferir segurança jurídica da posse àquelas pessoas e famílias que estão sem proteção, em consulta às pessoas e grupos afetados.

Fica bem claro, que de acordo com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a garantia da segurança da posse não coincide com o domínio da propriedade.

Considerando os diferentes sistemas de direito de uso da terra, Peter Marcuse (2008, p. 10) aponta cinco abordagens para garantir a “segurança da posse para os despossuídos”, quais sejam:

1. Sistema de direitos plenos de propriedades para todos;
2. Direitos plenos de propriedade, mas com limitações específicas para o benefício dos despossuídos;
3. Direitos plenos de propriedade, com limitações gerais quanto aos usos que pode ter a terra;
4. Um sistema alternativo de direitos de propriedade, provendo proteção diferenciada para direitos de uso, direitos de gozo, e direitos de disposição.
5. Direitos de propriedade ambíguos e mal implementados, deixando a proteção da segurança da posse para a ação política democrática.

Levando-se em conta a finalidade de garantia de segurança da posse, Marcuse afirma que o primeiro sistema demonstra-se autodestrutivo, pois servirá, sobretudo, para garantir os direitos para aqueles que já tem propriedade, fortalecendo o direito dos

proprietários de expulsarem os despossuídos que ocupam suas terras e introduzindo relações plenas de mercado no setor habitacional.

O segundo sistema tem como exemplo a usucapião e a concessão de uso previstas no art. 183 da Constituição Federal. Para Marcuse, ele também não se revela o mais adequado porque restringe a mobilidade social dos pobres, diferentemente dos outros grupos sociais que podem adquirir e alienar imóveis livremente. Além disso, o sistema introduz dificuldades relativas à coesão interna da comunidade, já que a propriedade individual modifica os direitos de usos; e dificuldades relativas às obrigações formais que são adquiridas com a aquisição da propriedade (impostos, taxas de serviço, etc.), que podem tornar aquele local de moradia inviável economicamente para os mais pobres.

O terceiro sistema tem como exemplos o instituto da desapropriação e também o art. 182,§2º da Constituição Federal, que prevê que a função social da propriedade deve ser estabelecida no plano diretor. Marcuse defende a revisão da função do plano diretor, normalmente direcionado para planejar o crescimento econômico da cidade – o que mais uma vez fortalece os direitos plenos de propriedade – para o enfoque nos problemas distributivos, em que se estabelece, por exemplo, qual área será utilizada por qual comunidade. Ele problematiza ainda a desapropriação como instrumento de limitação à propriedade, tendo em vista que o pagamento de indenização pelo valor de mercado inviabiliza a redistribuição de terras em larga escala.

Quanto aos sistemas alternativos, Marcuse defende que inicialmente eles deveriam rejeitar os direitos plenos de propriedade para identificar “quais direitos são necessários para produzir habitação justa e sustentável para todos” (p.15). Assim, seriam definidos direitos de uso com a finalidade de garantir a moradia adequada. Seriam eles:

direitos à ocupação, sem incômodos, por toda a vida; direitos de usos múltiplos; direitos de construir, modificar e expandir; direitos de excluir outros e barrar intrusos; direitos de transferir os direitos acima descritos para membros da família após a morte; direitos de recuperar investimentos em benfeitorias quando o uso for, por necessidade, terminado; direitos à igualdade de tratamento na provisão de serviços e acesso à equipamentos necessários ao uso residencial (2008, p. 15)

De acordo com Marcuse, os conceitos de usufruto (direito romano), de propriedades comunais de sociedades não capitalistas, de propriedade em cooperativas

de capital limitado sem fins lucrativos se aproximam de tal sistema alternativo. Do mesmo modo, os sistemas implementados em sociedades de socialismo de Estado seriam um bom exemplo no que diz respeito à estrutura legal, havendo críticas relativas à qualidade da habitação construída e à natureza burocrática da gestão das habitações.

A grande questão, em suma, para Marcuse, é que entendido o direito à moradia como direito humano, a sua definição deve se dar por direitos de uso e não por direitos de propriedade.

Por fim, com a proposta do quinto sistema, em que os direitos de propriedade são ambíguos e mal implementados, Marcuse traz a reflexão sobre como manter leis pouco claras, ou mesmo restringir os direitos dos proprietários, dificultando o despejo do inquilino, por exemplo, pode ser mais eficiente do que um sistema claro de direitos dos despossuídos que nunca será implementado. Assim, a questão da segurança da posse seria deixada a cargo das forças políticas e não seria uma questão técnica legal.

Todas as opções dadas por Marcuse nos ajuda a identificar a limitação do marco constitucional brasileiro, ainda que se possa considerar avançado em relação a uma visão meramente liberal. De fato, o direito à moradia e a política urbana, embora tenham tido proteção relevante na Constituição, esta última de forma inédita, tem menor densidade de proteção do que outros direitos sociais, como a previdência, a saúde ou a educação, que tem a regulação constitucional mais detalhada.

Para garantir a universalização da moradia e do acesso à terra urbana, é necessário condicionar efetivamente o direito de propriedade ao exercício da função social da propriedade e da posse. Existem diversas formas de proteger direitos sobre a terra, sem que esta esteja aprisionada pelo direito de propriedade e possa atender às necessidades humanas de vida digna.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível perceber que, do ponto de vista jurídico, o direito à moradia se efetiva transversalmente, através de diretrizes, princípios, instrumentos e outros direitos instituídos em lei e na Constituição.

Não há um tratamento sistemático, que vincule um orçamento mínimo para a produção pública de moradia ou que regulamente a divisão de responsabilidades entre



os entes federativos na execução da política pública de moradia. Isso é feito a partir de políticas governamentais criadas paulatinamente, que dão respostas às demandas da sociedade civil. Por outro lado, a lei esclarece que as comunidades que ocupam irregularmente imóveis públicos e privados tem direito à regularização fundiária. A lei é clara também quando dita que o solo urbano deve ter seu uso controlado pelo planejamento participativo da política urbana, atendendo-se aos ditames das funções sociais da cidade.

Entendo que a ausência de uma “lei nacional sobre a moradia”, como existe com a saúde e a educação<sup>32</sup>, por exemplo, não significa propriamente uma falha, pois nada mais adequado do que proteger esse direito no contexto geral do uso do espaço urbano. Mas a falta de um tratamento sistemático sobre a gestão desse direito pode dificultar também sua efetivação nos diversos conflitos em que o direito à moradia é subjacente, em especial, quando compete com a propriedade.

De todo modo, o ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerado avançado em relação ao tratamento do direito à moradia das populações pobres, tendo em vista que possui uma legislação flexível e atenta à realidade urbana. Não há um estímulo à dicotomia entre a ocupação legal e ilegal do solo urbano, no que diz respeito à ocupação de áreas por famílias de baixa renda, mas sim medidas e instrumentos jurídicos plenamente aplicáveis que buscam a superação da situação de irregularidade formal da ocupação, com vistas a melhoria das condições econômicas e sociais de vida dessa população.

Além disso, é preciso fortalecer cada vez mais o entendimento que condiciona o exercício do direito de propriedade ao cumprimento da sua função social, valorizando-se, sobretudo, a função social da posse, ligada diretamente à relação entre o uso do solo e as necessidades coletivas.

## 5. REFERENCIAS

BRASIL. Código Civil. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em 05 mar. 2015.

---

<sup>32</sup> A exemplo da Lei 9394/96 (Lei de Diretrizes e básicas da educação) e 8.080/90 (Lei orgânica da saúde).

\_\_\_\_\_. Conselho das Cidades. Resolução Recomendada 87, de 08 de dezembro de 2009. Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. Disponível em <[http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Grupo\\_trabalho/resolucao\\_87\\_2009.pdf](http://www.concidades.pr.gov.br/arquivos/File/Grupo_trabalho/resolucao_87_2009.pdf)>. Acesso em 14 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal. (1988). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 05 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 05 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)> Acesso em: 05 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977compilado.htm)> Acesso em: 05 mar. 2015.

CARDOSO, Adauto Lúcio e ARAGÃO, Thêmis Amorim. Do fim do BNH ao Programa Minha Casa Minha Vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. In: CARDOSO, Adauto Lúcio e LAGO, Luciana Correa do. *O Programa Minha Casa, Minha Vida e seus efeitos territoriais*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei nº 10.257 de 10.07.2001 e Medida Provisória nº 2220, de 04.09.2001. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMENTÁRIOS Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Disponível em < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>> Acesso em: 15 nov. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 1, n. 3, p. 92-99, set-dez, 1997.

ERHARDT, Ana Carolina Cavalcante. *O direito à moradia dos ocupantes de áreas públicas: análise crítica do discurso do Superior Tribunal de Justiça*. 262f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*, Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: Valença, Marcio Moraes (org) *Cidade (i)Legal*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p.43-62.

\_\_\_\_\_. Reformando a ordem jurídica urbanística no Brasil. In: Valença, Marcio Moraes (org) *Cidade (i)Legal*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 63-72.

FERRAZ, Camila de Araújo: *Crédito, exclusão financeira e acesso à moradia: um estudo sobre financiamento habitacional no Brasil e o Programa Minha Casa, Minha Vida*. 127f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informação. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012: resultados preliminares* / Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informação – Belo Horizonte, 2014. (Nota técnica,1) 19 p.: il.

\_\_\_\_\_. Centro de Estatística e Informações. *Déficit habitacional municipal no Brasil*. / Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações – Belo Horizonte, 2013.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução Rubens Eduardo Frias. 1ª reimpressão. São Paulo: Centauro, 2009.

MARCUSE, Peter. O caso contra os direitos de propriedade. Tradução Márcio Moraes Valença. In: Valença, Márcio Moraes (org) *Cidade (i)Legal*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p. 9-20.

MARICATO, Ermínia. A terra é um nó na sociedade brasileira. *Revista Cultura*, Petrópolis: Ed. Vozes, vol 93 nº 6 p. 07 a 22, 1999.

\_\_\_\_\_. Conhecer para resolver a cidade ilegal. in: CASTRIOTA, L.B. (org.) *Urbanização Brasileira: Redescobertas*. Belo Horizonte: editora Arte, 2003. p. 78-96.

SARLET, Ingo W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista de Ciências Jurídicas*, São Paulo, ULBRA – Universidade Luterana do Brasil, vol.4, n.2, 2003.

\_\_\_\_\_. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benett (Org). BARCELLOS, Ana Paula de et al. *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Bozarcchiello da. O mercado de trabalho e a cidade brasileira. (Entrevista). Entrevistador Márcio Moraes Valença. In: Valença, Marcio Moraes (org) *Cidade Ilegal*. Cidade: Maud, 2008. p 135 – 162.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. *Revista Brasileira da Direito Constitucional*, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.