DOCUMENTO

Habitação: direito e governança

*Duas sugestões para ação governamental**

Sonia Rabello de Castro**

1. Introdução

O Seminário Internacional sobre Direito e Governança nos propõe um interessantíssimo tema para debate: *direito e governança*. Para desdobrá-lo nos é sugerido abordar aspecto relativo às "novas tendências da gestão urbano-ambiental, e a reforma do setor público".

Tanto o tema geral como aquele proposto para seu desdobramento são extremamente vastos; daí porque nos propomos a examiná-los pelo enfoque da política pública urbano-ambiental da *habitação.*

Antes, porém, de adentrarmos em aspectos específicos do tema *habitação*, como política pública de gestão urbano-ambiental, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca das relações entre direito e governança.

Nosso objetivo ao abordar, preliminarmente, a questão de direito e governança é o de esclarecer nosso ponto de vista acerca destas duas palavras, cheias de significados tão diferenciados e, ao mesmo tempo, tão interdependentes. Podemos mesmo afirmar que, para alguns profissionais do direito elas

* Este documento, apresentado originariamente no Seminário Internacional sobre Direito e Governança, realizado em Belo Horizonte, MG, em dezembro de 1998, foi recebido em dez. 2000 e aceito em abr. 2001.

** Professora adjunta da Faculdade de Direito da Uerj, pós-graduada em ciência política pelo Iuperj, livre docente em direito administrativo pela Uerj, pós-doutorada pela Universidade de Paris II, especialista em planejamento urbano pela Barttley School of Architecture and Planning da Universidade de Londres e *visiting fellow* junto ao Lincoln Institute of Land Policy (Cambridge, EUA).

são, muitas vezes, tratadas como se fossem praticamente sinônimas, ao se admitir que governar seria simplesmente executar previsões legais.[1]

Hoje, porém, tanto a palavra *governo,* aqui entendida como função executiva do Estado, como o próprio direito administrativo, que regula o funcionamento do governo e suas relações com os cidadãos e com a sociedade em geral, ainda não têm contornos conceituais, e limites, completamente definidos. Isto se deve, em grande parte, ao recente surgimento de ambos, tal como hoje se apresentam no contexto político: somente há pouco mais de um século é que a função executiva do Estado vem crescendo e transformando atividades econômicas em serviços públicos, assumindo sua execução. Paralelamente, o Estado vem estabelecendo, cada vez mais, regramento para atividades privadas, intervindo nestas atividades, seja através do fomento, seja através de sua participação direta na própria atividade privada, considerada de interesse público; enfim, vem assumindo o perfil do chamado *Estado-providência e interventor* que atualmente conhecemos.

Conseqüentemente, o conjunto de regras de direito que, de forma sistemática e própria, pretende regular todo este funcionamento, ainda não tem figuras e categorias jurídicas perfeitamente definidas e claras.

O que nos parece importante afirmar, no momento, em relação ao tema é que *direito e governança,* embora interdependentes, têm espaços conceituais próprios.

Embora o direito possa dar os limites, os objetivos e a forma das ações executivas do Estado, a ação de governo, materializada pela execução das políticas públicas, terá sempre conteúdo amplo, isto é, não exclusivamente restrito a previsões normativas específicas.

Isto significa dizer que o *direito* é a moldura normativa da *governança*, mas não se identifica com seu conteúdo; este é matéria concernente às políticas públicas, a serem desenvolvidas pelos representantes do povo no governo, que, democraticamente escolhidos, detêm legitimidade para tal.

É neste enfoque que pretendemos localizar as reflexões acerca da questão *habitação;* primeiramente como *política governamental*, para então tentar identificar quais suas relações reais e potenciais com nosso direito.

---

[1] Um dos mais ilustrados administrativistas brasileiros, o professor Miguel Seabra Fagundes (1967) cunhou a famosíssima expressão de que: "administrar é cumprir a lei de ofício", que vem sendo lida e relida, hoje de forma radical. Em nosso artigo "A autonomia do direito administrativo como disciplina jurídica: reflexões sobre sua metodologia" (Castro, 1997) preferimos propor uma nova colocação da expressão, para melhor adequar sua compreensão e leitura: "Administrar é cumprir o ofício segundo a lei".

2. Habitação: identificação do interesse jurídico

O que é que representa a *habitação* dentro da organização jurídica do Estado brasileiro?

Respondemos que a habitação deve ser, em princípio, considerada uma atividade econômica, a ser desenvolvida pela iniciativa privada, para a qual a Constituição brasileira estabelece, no mínimo, *o interesse público do Estado.*

Na organização político-jurídica brasileira todas as atividades econômicas pertencem ao âmbito privado e, portanto, estão sujeitas aos respectivos princípios constitucionais: art. 170 e incisos I a IX da Constituição Federal.[2] Entre eles, e é o que nos interessa no momento, encontram-se previstos os princípios do *livre exercício* e da *livre concorrência.*

Em contraposição ao regime jurídico privado das atividades econômicas estão os serviços públicos, chamados pela doutrina jurídica de impróprios, ou derivados, ou ainda serviços públicos industriais e comerciais. Consistem em atividades que não seriam congenitamente estatais, mas que a lei (constitucional ou ordinária) entendeu que, à vista de sua essencialidade ou interesse público, seriam insuscetíveis de prestação sob os princípios e o regime jurídico de direito privado. Conseqüentemente, transmutou estas atividades em serviços públicos.

Assim, hoje temos diferenciados os regimes jurídicos das atividades consideradas, por lei, serviços públicos, daquele regime jurídico de direito privado, aplicável às atividades econômicas em geral. Para bem separar os campos das atividades estatais daquele das atividades privadas, o art. 173 da Constituição Federal só permite ao Estado explorar a atividade econômica (privada) quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, *conforme definidos em lei*. Portanto, será a lei (campo do direito econômico) que definirá os casos que considera o interesse coletivo relevante, a justificar o desempenho de atividade econômica pelo Estado.

---

[2] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I — soberania nacional;
II — propriedade privada;
III — função social da propriedade;
IV — livre concorrência;
V — defesa do consumidor;
VI — defesa do meio ambiente;
VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII — busca do pleno emprego;
IX — tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer *atividade econômica*, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (grifos nossos).

No caso específico da habitação, nosso entendimento é que a Constituição Federal, ao mencionar, no seu art. 23, IX, a competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para promoverem "programas de moradia e a melhoria das condições habitacionais e do saneamento básico" estaria indicando, por este dispositivo, e no próprio texto constitucional, o interesse público da *habitação* e, portanto, justificando a intervenção do Estado nesta atividade econômica privada, seja através de ações de fomento, seja através de atividade direta de produção e comercialização.

Poder-se-á eventualmente entender que este dispositivo constitucional não esteja apenas explicitando o interesse público do Estado na habitação, embasando, desta forma, sua intervenção direta ou indireta neste mercado privado, mas sim transformando a questão da moradia em um *serviço público* do tipo *comum*, ou seja, quando prestado pelo Estado, fica sujeito ao regime de direito público, mas para o qual o Estado não reservou a exclusividade de sua titularidade (à semelhança dos serviços públicos nas áreas de educação, saúde ou assistência social).

Sem adentrarmos na discussão acima, cuja importância não deve ser desprezada, mas cujo destrinchar apresenta relevantes dificuldades jurídicas, o que nos parece fundamental estabelecer, no momento, é que a Constituição Federal, ao mencionar no seu art. 23 os programas de moradia, ou habitação, como competência dos entes federativos do Estado, imprimiu nestes *a marca do interesse público*, com suas respectivas conseqüências jurídicas.

Assim é que podemos concluir, por ora, que a questão da moradia já não é somente um assunto concernente ao mercado privado e às suas possibilidades mercadológicas de suprimento, mas tornou-se uma atividade de interesse público, a justificar a intervenção do Estado.

3. O Estado e os programas habitacionais: aspectos jurídico-constitucionais

Desde logo se faz necessário dizer que não trataremos, aqui, da competência legislativa do Estado sobre habitação ou moradia, questão esta que pode apresentar interessantes reflexões jurídicas. Queremos nos ater à competência executiva do Estado, já que o tema do seminário é focado em *governança*, *gestão urbano-ambiental* e suas relações com o *direito.*

Dentro da competência executiva do Estado e, portanto, dentro das possibilidades jurídicas de ação governamental dos entes estatais dos três níveis de governo (União, estados e municípios), é que o art. 23 da Constituição Federal situou o interesse público da habitação, quando diz: "É da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX — promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico".

Esta competência executiva, conferida aos três entes políticos, deve ser examinada e considerada, conjuntamente, com a competência da União, prevista no art. 21 para: "(...) XX — instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos".

Embora este dispositivo refira-se a "instituir diretrizes", devemos, numa primeira leitura, deduzir que diga respeito a uma competência da União diferente daquela contida no art. 24, I, da Constituição Federal, ou seja, competência para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico. Preferimos entender que o art. 21, XX, trata de competência da União para estabelecer diretrizes de uma política nacional para programas de investimentos e condições de fomento ao desenvolvimento urbano, aí incluídos investimentos em habitação, saneamento básico e transportes urbanos. A formulação de diretrizes para uma política nacional nesta área serviria para orientar ações a serem executadas tanto pela União quanto pelos estados e municípios, bem como para integrar as ações federal, estadual e municipal concernentes.

Bem sabemos que o desenvolvimento urbano se faz, hoje, não só através dos investimentos privados, ou pelo controle urbano pelo poder público, mas também, e de forma significativa, pelos investimentos públicos em serviços e atividades urbanas. Sabemos também que os três entes políticos da Federação interferem, de um modo ou de outro, nestas atividades e que hoje, no Brasil, isto é realizado de forma completamente desintegrada e aleatória, isto é, sem clareza dos objetivos, das metas ou das prioridades.

As mencionadas diretrizes nacionais deveriam indicar, com clareza, estes objetivos de governo e gestão, condicionando, assim, os investimentos públicos dos entes políticos no âmbito das políticas públicas de desenvolvimento urbano e de gestão urbano-ambiental.

É importante ressaltar que o disposto no inciso XX do art. 21 nos indica que a matéria — habitação —, além de se entender contida no âmbito do desenvolvimento urbano, também se sujeita à intervenção estatal a ser realizada de conformidade com as diretrizes de uma política nacional, se e quando esta estiver formulada.

Deste modo, encontra-se juridicamente justificada e amparada qualquer ação governamental, em qualquer nível de governo, para a realização de atividades concernentes à moradia e à melhoria de suas condições, seja pela execução direta de programas pelo Estado, seja pelo fomento, pelo subsídio, ou, ainda, pela regulação do mercado privado.

Moradia é hoje matéria de interesse público, diz a nossa Constituição

Ainda analisando as possíveis interpretações que poderiam ser deduzidas do art. 23, gostaríamos de destacar que, se compreendermos que a Constituição não criou, por este dispositivo, um serviço público, conseqüentemente tam-

bém não criou o correspondente direito público subjetivo ao seu acesso, que decorreria do seu regime jurídico. A especificação desta matéria como de interesse público, para qual o Estado poderá desenvolver programas para seu atendimento, não lhe cria, em função desta formulação, uma obrigação estatal de fornecimento geral.

Vale destacar, neste passo, que o referido dispositivo constitucional também não especificou qualquer distribuição de responsabilidades, ou melhor, de áreas de atuação, entre os três níveis de governos, para a execução de políticas públicas de moradia. Eventualmente, poder-se-á admitir que a especificação de áreas de atuação será objeto das "diretrizes" (art. 21, XX), matéria de competência da União. Mas sem esta transparência quanto às responsabilidades, a quem cobrar os programas, e em que medida?

4. Algumas dificuldades encontradas na implantação de projetos de melhoria e regularização de moradias de populações de baixa renda

Justificada que está, pelo direito constitucional posto, a atividade governamental, em qualquer nível de governo no âmbito habitacional, passamos a tecer considerações acerca de algumas dificuldades que verificamos na implementação de projetos habitacionais relativos à regularização de moradias de população de baixa renda.

Projetos de melhoria de condições de moradia em núcleos urbanos indicam, na maioria das vezes, aqueles denominados "regularização fundiária".

Estes projetos sempre envolvem questões jurídicas que, ordinariamente, escapam à competência do governo que executa a parte urbanística do projeto, geralmente os municípios ou os estados. Além disto, as questões jurídicas, que se apresentam cada vez mais difíceis e complexas, não são do conhecimento do cidadão, seu usuário, que, por este motivo, deixará de ser seu principal agente propulsor.

Em qualquer projeto de regularização fundiária é necessário ficar claro, desde o início, o objetivo do programa, eis que muitas vezes seus aspectos, com diferentes efeitos jurídicos, se confundem:

- O objetivo é assentar de forma urbanisticamente correta (acessos, infra-estrutura, segurança, higiene, meio ambiente etc.) uma comunidade, garantindo a moradia minimamente adequada aos que lá se encontram?
- O objetivo é uma regularização de eventuais direitos fundiários das pessoas que lá habitam ou que lá tenham seus negócios? Em que nível de direito, ou de título?
- O objetivo é alcançar com a regularização fundiária uma propriedade, sob a forma jurídica do domínio pleno, fazendo com isto uma política de redistribuição de propriedades? Como e para quem?

Comumente, estas questões não têm respostas claras, ou sequer têm respostas. Porém, há profundas diferenças entre estas metas.

Nas sugestões que iremos apresentar em seguida, estamos descartando a terceira hipótese; não porque ela não seja desejável, sob determinados aspectos, mas porque:

- entendemos que o poder público, em princípio, só tem meios disponíveis para atuar na garantia da moradia, o que não se identifica, necessariamente, com o direito de propriedade;
- de modo geral, a distribuição de títulos de propriedade não alcança os objetivos finais do programa, em face de seus custos e de sua complexidade, bem como das demais dificuldades de ordem burocrática, jurídica e econômica destes títulos, conseqüência da forma com que se acha estruturado o sistema registrário no Brasil.

Destaque-se, outrossim, que qualquer projeto de regularização fundiária que tenha por objetivo final a titulação plena e regular da propriedade da moradia só poderá ser realisticamente materializado se contar com grandes recursos materiais e humanos e com um longo prazo de execução, de cinco a 10 anos. Além disto, na maioria das vezes, deve-se levar em conta que, em muitos casos, será necessária a interferência do Poder Judiciário para solução de inúmeras lides relativas a questões de terras, que não são nada simples ou rápidas.

Além de tudo isto, acreditamos que, para que um projeto de regularização fundiária, realizado através da materialização de títulos de propriedade, dê certo e tenha continuidade, é preciso que os titulares destes direitos não só tenham acesso material e econômico aos meios que garantam a continuidade desta titulação regular, mas também tenham conhecimento e informações suficientes para compreensão deste sistema registrário formal. Enfim, que exerçam sua cidadania de forma consciente, e não por atribuição ou intermediação de terceiros.

As propostas que vamos apresentar são ainda bastante imperfeitas. Porém, elas pretendem atender ao objetivo básico de formalizar, junto aos órgãos públicos, a situação fática das moradias. O que se pretende é aproveitar os mecanismos que operam na informalidade, e fora da estrutura oficial, e chancelá-los através do reconhecimento pelo poder público. Com isto aproveita-se o conhecimento produzido e internalizado por estas comunidades para consolidar as situações existentes, já que qualquer processo de regularização fundiária deverá ter, como ator principal de sua implementação, os próprios interessados.

Para tornarmos possível que os interessados sejam os protagonistas da regularização de suas moradias, é comum enfrentarmos grandes dificuldades. Entre elas, destacamos aquela decorrente da complexidade do nosso sistema legal, normativo e doutrinário, inclusive em função de sua característica de ser, na sua maior parte, um sistema jurídico de “importação”. Em decor-

rência, é importante superar este impasse, em qualquer projeto que envolva questões jurídicas. Entendemos que a compreensão do sistema legal pelo próprio interessado, e da forma como operacionalizá-lo, é aspecto crucial não só para a realização de qualquer projeto de regulamentação legal de moradias, mas também para a manutenção da regularidade da situação eventualmente conquistada.

Outro aspecto que dificulta a realização de projetos de regularização de moradias é a falta de uma lei (federal) de direito urbanístico, que faça um contraponto com o Código Civil (outra lei federal) em matéria de direito de propriedade. A existência tão-somente do Código Civil (com suas disposições privatistas, como lhe é próprio) deixa um grande vácuo normativo e, conseqüentemente, jurídico, dificultando uma leitura e uma interpretação das relações jurídicas relativas à propriedade urbana com um conteúdo necessariamente mais social. Falta, na construção desta "nova" concepção do direito de propriedade, uma lei federal de direito urbanístico que explicite que a propriedade urbana se rege, fundamentalmente, por princípios que lhe impõem o uso vinculado à função social, vedando-lhe, por conseguinte, que ela seja ou permaneça subutilizada. Enquanto não houver regra de igual nível do Código Civil, que explicite o conteúdo desta nova veste social da propriedade urbana, continuar-se-á negando plena eficácia aos dispositivos constitucionais hoje existentes a este respeito.

Enfim, falta lei federal que explicite que o direito de propriedade não só pode ser limitado em função de interesses públicos, mas também que a função social impõe obrigações aos titulares do domínio, isto é, que vige hoje a fórmula jurídica de que a propriedade obriga.

5. Projeto de regularização "posse-moradia" em áreas de população de baixa renda

O primeiro projeto a ser apresentado, reconhecemos, não é "ortodoxo" em termos jurídicos. Nele estaremos usando determinadas categorias jurídicas previstas no direito, sobretudo o conceito de posse, conforme esta é vivenciada no dia-a-dia de nossas comunidades e, parcialmente, como poderia ser concebida pelo nosso direito. Isto é, tentando, na medida do possível, encaixar o direito na realidade, e a realidade no nosso direito — cedendo um pouco de cada lado.

O outro aspecto deste projeto, que a nosso ver o torna realizável, é que ele não pretende, de uma só vez e num único passo, resolver definitivamente toda a questão da regularização fundiária, entendendo-a aí como sinônimo de uma distribuição de títulos materializadores de direitos reais. Estes modelos, por todos os seus custos (econômicos, burocráticos e registrários), quando chegam a acontecer, o que é raro, nunca se mantêm regulares, pelos mesmos motivos mencionados.

Finalmente, é necessário deixar claro que este projeto tem como objetivo, no seu plano básico, o reconhecimento, pelo poder público, do espaço da moradia e, conseqüentemente, a segurança de sua posse como tal.

Entendemos que o resgate do "direito de posse", como forma de uso útil da propriedade, com os seus conseqüentes meios processuais de defesa e manutenção, resgata os valores culturais mais elementares contidos na nossa formação étnica e presentes no conhecimento cultural do nosso povo; recupera também nossas raízes jurídicas, provenientes tanto da legislação portuguesa, quanto da legislação imperial brasileira (especialmente, refiro-me à Lei de Terras de 1850), para as quais a posse útil era o conteúdo legitimador do direito de propriedade.[3]

O projeto que ora expomos tem como meta básica a segurança da moradia, através da legitimação da posse útil (tradição de nosso direito fundiário, antes da vigência do Código Civil). Ele apresenta algumas vantagens que, a nosso ver, são facilitadoras da sua implantação:

- ele independe de qualquer mudança, alteração ou previsão legislativa, de qualquer nível da Federação; pode ser criado, portanto, como uma ação de governo, organizada por um decreto executivo;
- ele pode ser realizado diretamente pelo município; aliás, é concebido para que assim o seja;
- ele aproveita todo o conhecimento e o reconhecimento dos valores de posse existentes na própria comunidade onde será implantado; portanto, as pessoas dessa comunidade darão continuidade às práticas vivenciadas, e que lhe são familiares, mas agora com a chancela e com o reconhecimento do poder público municipal;
- pretende-se usar o próprio sistema através de figuras legais existentes no ordenamento jurídico, em vários ramos do direito (civil, tributário, administrativo etc.), para vestir a realidade das moradias "irregulares" com, ao menos, alguns aspectos de oficialidade, dando os primeiros passos para sua integração ao sistema jurídico.

É forçoso reconhecer, no entanto, que, não obstante esta proposta tenha aspectos políticos e sociais significativos, o alcance de seu objetivo de longo prazo depende da adesão de outros parceiros na interpretação da lei: depende do convencimento do Judiciário.

O objetivo de longo prazo, diga-se desde já, é que os moradores, a partir de indicadores claros de seus direitos de posse, busquem, pela consolida-

[3] Sobre defesa da posse no direito brasileiro atual, ver interessantíssimo artigo de Benjó (1994).

ção destes, sua transmutação em direitos de propriedade plena, ou direitos reais sobre o bem.

O projeto de regularização da posse-moradia, pelo município, foi especialmente pensado para áreas de favelas, onde é, na maioria dos casos, dificílimo demarcar com clareza o lote e, conseqüentemente, uma relação possessória exclusiva de um titular sobre ele. Na maioria das vezes, há uma sobreposição possessória de várias famílias de possuidores sobre determinada área que, num desenho urbanístico não-ortodoxo, poderia ser concebida como um lote urbano. Daí porque, de início, seria necessário admitir que as áreas de posse-moradia a serem reconhecidas não terão a mesma conformação dos lotes da cidade dita formal.

É fato real e inconteste, no entanto, que a posse factual existe sobre as áreas das "moradias"; é inconteste também que estas têm valor comercial, e que são negociadas, e, portanto, são objeto de "negócios jurídicos" válidos e prestigiados dentro daquela comunidade. O que se pretende, desta forma, é reconhecer estes negócios jurídicos como válidos dentro do direito oficial, adaptando-se-lhes as figuras existentes no ordenamento jurídico, de modo que o direito se aproxime da realidade.

Para que esta proposta venha a se realizar, é preciso que se elabore um desenho urbanístico destas habitações que retrate a realidade existente nas favelas. Certamente não iremos ter o tradicional desenho de lotes regulares, nem mesmo parecidos com aqueles de condomínios de casas ou apartamentos, para os quais se esperam uma certa simetria e equilíbrio. Talvez o desenho das posses-moradias resulte em algo que, sob o aspecto de valores tradicionais e acadêmicos, seja denominado caótico. Mas existe uma ordem dentro desta aparente desordem. E esta ordem é o que devemos apreender, para retratá-la no desenho e depois oficializá-la tanto nos documentos de posse conjunta (composse) quanto nos documentos relativos às suas transações comerciais.

A retratação física, ou melhor, urbanística, da situação das posses-moradias é o ponto de partida da proposta. Esta deve retratar com a clareza possível, e sem preconceitos, os espaços de uso exclusivo e comum dos co-possuidores, bem como as linhas que separam os espaços de uso privativo dos indivíduos daqueles espaços de uso comum da comunidade. Somente os espaços de uso exclusivo privativo serão objeto de cadastro, ou registro, urbanístico-fiscal possessório pelo município.

É provável que, com razoável freqüência, haja vários possuidores sobre o que seria futuramente concebido e considerado como um "lote" no plano urbanístico da favela. É esta situação fática, decodificada para a linguagem e para as figuras oficiais dos planos do loteamento, que deve ser retratada; sobre ela será necessário adaptar, em seguida, as categorias jurídicas que lhe são análogas.

No passo seguinte, o que se pretende é que os possuidores ajustem entre si, de forma análoga às convenções condominiais de propriedade, sua con-

venção de co-possuidores, para nela pactuarem tudo o que for necessário para o bom uso das áreas de moradia privativa e daquelas destinadas ao uso comum.

Dir-se-á que não está previsto na lei civil nada a este respeito. Mas também não está proibido! E como no direito privado o ajuste de vontades, cujo objeto não lhe é ilícito, é lei entre as partes, no nosso entender, esta convenção é um contrato multipartidário, juridicamente possível e plausível.

E nada obsta também que o município seja o tutor, o árbitro, e o registro destas convenções, já que são negócios que dizem respeito aos seus interesses urbanístico e fiscal.

O terceiro passo é a inserção da presença do poder público nas transações feitas, para negociar os direitos de posse. Queremos deixar claro que nos parece fundamental que o poder público tenha este papel. À uma, ele tem esta função em todas as transações imobiliárias no mercado oficial, seja pela exigência de que as escrituras de transações de direitos reais (salvo aquelas exceções previstas em lei) sejam feitas por cartórios de notas, que são delegatários de serviços públicos, seja porque estas são necessariamente registradas nos cartórios de registros de imóveis, também delegatários de serviços do poder público. Todas estas exigências são feitas pela lei de direito privado, de ordem pública, isto é, obrigatoriamente exigíveis em função de algum interesse coletivo. Este interesse coletivo se traduz na possibilidade de acesso às informações claras, transparentes e públicas dos direitos reais sobre a propriedade, operando efeitos *erga omnes*. Tudo isto para, afinal, trazer segurança jurídica coletiva, em relação a estes negócios jurídicos.

Ora, não se justifica que o poder público deixe de ser agente chancelador e cadastrador (registrador) dos negócios jurídicos feitos em relação a posses nos bairros de favelas. Este cadastro é de interesse não só das próprias comunidades, mas também do poder público municipal, tanto em função do planejamento urbano, como para efeitos de incidências de impostos e taxas municipais. Poderíamos mesmo dizer que este cadastro não só é do interesse do município, como também lhe é necessário para um desempenho eficaz de suas missões urbanísticas e fiscais de serviço público.

O interesse das comunidades em cadastrar suas posses-moradias está materializado na própria existência de seus "registros", realizada de forma precária e privada, pelas associações comunitárias. São elas que, hoje, realizam estes registros negociais e cobram por eles percentagens sobre o serviço, exercendo, assim, um poder dentro da comunidade, por uma "lei" própria e aleatória, e à margem de qualquer controle oficial do Estado.

Enfim, entendemos que o município deve assumir o papel de intermediar e cadastrar, em livros próprios, as transações sobre os negócios relativos "aos direitos de posse-moradia" nessas áreas. Como dissemos, há interesse público manifesto para tanto. Estes cadastros de posse, além de servirem ao município, trazem, a nosso ver, muitas vantagens para a comunidade:

- os cadastros trazem a chancela do poder público à situação jurídica existente, pelo seu reconhecimento oficial, situação esta sempre vista como ilegal, não-oficial e, por conseguinte, insegura;

- as transações passam a ser intermediadas não por um grupo de indivíduos privados que, muitas vezes, por força ou dominação, podem constranger os negócios em função de seus próprios interesses; estes indivíduos seriam ou controlados ou substituídos lentamente por agentes do poder público que, ao menos em tese, se supõe que tenham controles funcionais;

- os cadastros/registros das transações pelo município, por serem do seu interesse, seriam necessariamente gratuitos; assim, interessados da comunidade, para terem estes "registros públicos" de seus negócios e a segurança deles decorrentes, não precisariam pagar as taxas e preços que, para a maioria, são inacessíveis (relativos a cartórios de notas e a registros imobiliários); esta gratuidade, bem como a segurança de terem um registro em um livro de um ente público, certamente contribuiria para que este cadastro abrangesse cada vez mais as transações realizadas, tornando as situações existentes mais claras e seus dados mais completos:

- por não terem a imposição de forma solene, estes negócios jurídicos podem ser realizados de uma maneira mais informal e, portanto, mais adaptada à realidade múltipla dessas comunidades; a forma desses negócios jurídicos deve conter, basicamente, a livre manifestação de vontade daquele que se apresenta, pelos indicadores externos e notórios, como possuidor; para realizar o negócio de transmissão da posse-moradia será, pois, desnecessário adimplir exigências que a lei civil requer para os negócios reais, tais como a situação civil da pessoa (estado civil — nem sempre clara), direitos sucessórios (nem sempre precisos), outros parceiros e interessados (nem sempre presentes), certidões pessoais (nem sempre viáveis) e certidões fiscais e reais (estas quase impossíveis de se obter); além disto, exige-se precisão nas confrontações, medições e matrículas prévias, sem o que os cartórios não elaboram os títulos e seus respectivos registros; enfim, esta infinidade de exigências cartorárias e registrárias torna inviável a realização desses negócios pela via cartorária tradicional;

- a elaboração do registro dos negócios possessórios pelo município é a forma mais viável de sua realização, já que são os municípios os entes da Federação que têm órgãos e agentes, de fato, mais próximos dessas comunidades. Ademais, seria o município que teria a possibilidade de ter o desenho urbanístico das posses-moradias convencionadas em seus registros urbanísticos, como uma categoria diferenciada de "plano de loteamento"; também seria o município que teria os livros de cadastros dessas posses-moradias e de suas transações, para efeito de interesse tributário, por relacionarem-se com o imposto predial e territorial urbano, conforme dispõe o Código Tributário Nacional.

Estes registros, materializados através dos cadastros municipais de posse-moradia, nas áreas de interesse social supririam, de forma mais consistente, os cadastros já existentes nestas áreas, elaborados pelos fornecedores de serviços públicos, especialmente aquele de luz. Por eles, o município poderia até fornecer certidão da posse-moradia ao interessado, da forma em que se acha registrada no seu cadastro urbanístico-fiscal.

Estas certidões podem ser, indubitavelmente, um elemento básico e crucial para que estes interessados prossigam, por seus próprios passos, como cidadãos, na conquista de direitos reais mais plenos sobre sua moradia, quando quiserem e se acharem que isto lhes é necessário.

6. Projeto de arrendamento social com cláusula de aquisição de domínio a termo[4]

O segundo projeto, ainda não totalmente desenvolvido, consiste no que denominamos "arrendamento social com cláusula de aquisição de domínio a termo". Seria uma espécie de *leasing* imobiliário. Este segundo projeto tem pressupostos, justificadores de sua concepção, bem como circunstâncias fáticas específicas que lhe são necessárias.

O "arrendamento social com cláusula de opção de compra a termo", que doravante chamaremos simplesmente de arrendamento social, é um projeto concebido especificamente para imóveis públicos, isto é, pertencentes à pessoa jurídica de direito público. Seriam imóveis públicos dominiais, destinados ao mercado habitacional de pessoas de baixa renda, aí entendida a faixa da população para a qual o mercado privado não provê oportunidades de aquisição de habitação.

O fato de estes imóveis serem públicos favorece sobremodo a implantação do projeto, uma vez que estes não estão sujeitos às regras de direito privado, aplicáveis às locações civis ou comerciais. Assim, cada um dos entes políticos, por lei de seu nível de governo (federal, estadual ou municipal), poderá dispor sobre a forma de gestão de seus bens, sobretudo os dominiais, adequando tanto seu uso, quanto a forma de sua alienação aos interesses públicos que quer realizar.

---

[4] Após a apresentação deste documento, o governo federal regulamentou, pela Medida Provisória nº 1.944-18, que teve sua primeira edição publicada em 29 de abril de 1999, o que chamou de Programa de Arrendamento Residencial, com opção de compra. Não obstante o regime jurídico previsto na referida medida provisória (ainda não convertida) tenha muitas semelhanças com o aqui proposto, há diferenças fundamentais que continuam a justificar o texto, conforme originariamente apresentado.

No caso, o interesse público é a implantação de programas habitacionais para a população sem acesso ao mercado privado de moradias, de conformidade com a previsão constitucional específica para este fim: art. 23, VIII.

Este projeto é também uma alternativa à titulação real imediata, feita através da concessão real de uso, ou mesmo da alienação plena do imóvel, tanto uma quanto a outra alienações a termo, tendo como pressuposto o pagamento de prestações, geralmente de longuíssimo prazo, que encarecem muito o imóvel pela incidência de juros remuneratórios.

Em que consiste o arrendamento social?

O projeto consiste na oferta de casas, de diversos tipos e preços, em arrendamento, pelo poder público. Pressupõe-se que o poder público *não ofereça estas casas em arrendamento pelo preço de mercado, mas que faça um mercado* de arrendamentos habitacionais acessível à realidade de renda da população excluída do mercado habitacional privado.

O cidadão cadastrado no programa escolhe a moradia, cujo valor do arrendamento seja compatível com seu nível de renda. Neste momento, o poder público avalia o *custo* da moradia e fixa o seu valor — referimo-nos ao valor original, e não ao valor de mercado, já que não há interesse público em qualquer ação do poder público, no mercado imobiliário, *agindo como se investidor fosse*.

Não nos parece essencial que se fixe um teto de renda para que se cadastrem as pessoas habilitadas a participar do programa; basta que o candidato necessite do imóvel para moradia permanente e própria, e não possua outro imóvel; o próprio local e a tipologia das habitações, bem como os condicionantes do programa, farão a seleção, destinando a moradia a quem realmente precise dela e flexibilizando a questão da renda individual ou familiar.

O candidato assina com o poder público um contrato de arrendamento, no qual ele terá direito à propriedade do imóvel, *quando a soma das parcelas de arrendamento pagas* atingir o valor de custo do imóvel, acrescido tão-somente de correção monetária sobre este valor. E este prazo pode ser flexível e elástico!

Durante todo o tempo de pagamento do arrendamento o cidadão não terá a propriedade do imóvel e, portanto, não poderá aliená-lo, pois nenhum título terá para tanto. Por outro lado, se precisar mudar-se, seja porque quer uma habitação melhor ou mais barata, seja porque quer simplesmente mudar de local, ele terá sempre o crédito no valor das prestações já pagas, como uma "poupança habitacional", para transferi-lo para outro imóvel, quando fizer a devolução do imóvel original.

Como se vê, o projeto baseia-se na idéia de que o poder público, ao disponibilizar moradia mediante recebimento de um arrendamento, esteja, na verdade, financiando, a custo financeiro zero para o cidadão, uma poupança habitacional. Não há que se falar, no caso, de incidência de *juros*, como remuneração do capital investido pelo poder público, já que o poder público não é banco privado, nem pode sê-lo, nem agir como tal. O poder público não pode

agir no mercado imobiliário da mesma forma, nem com os mesmos pressupostos ou regras de um banco privado, uma vez que a Constituição conferiu esse papel à iniciativa privada.

O subsídio (pela não-incidência de juros) será exatamente a não-remuneração do capital, pelo prazo de sua reposição, através das prestações do arrendamento. No entanto, não há qualquer prejuízo para o setor público, uma vez que este terá o valor do seu capital inicial de volta, com o qual ele poderá voltar a aplicar no setor, para novos necessitados.

Aparentemente, o custo da não-cobrança de juros será, para o poder público, muitíssimo minimizado, ou totalmente nenhum, se compararmos com o que acontece atualmente. É que nos programas habitacionais promovidos pelo poder público, sempre com a incidência de juros, e não raro de juros sobre juros, as prestações ficam, a médio e longo prazos, caríssimas. Desta forma, os adquirentes se tornam inadimplentes. E, então, ou vendem para terceiros "o seu imóvel" sem interveniência do poder público, que perde o controle sobre o bem, ou simplesmente deixam de pagá-lo totalmente. Aí então se descobre o que já se vai tornando óbvio: que o poder público nunca conseguirá executar ou despejar os inadimplentes. O imóvel, antes caro, passa agora a ser gratuito!

Neste projeto, partimos do princípio de que o preço há de ser viável e acessível, para poder ser pago. E é melhor cobrar barato, e ter o capital de volta, do que nada cobrar, ou não ter como cobrar — já que a cobrança do inadimplente o coloca de volta na condição de sem-teto, circunstância que o poder público quis resolver com sua intervenção no mercado!

Além dessas características, o projeto apresenta algumas vantagens, como dispensar todo e qualquer tipo de formalidade cartorária e de registro, bem como seus respectivos custos e despesas, comuns em negócios de alienação de direitos reais sobre imóveis. Tudo poderá ser feito, inicialmente, através de um simples termo contratual de arrendamento com o poder público. E enquanto o Estado não tiver de volta a totalidade do custo do imóvel, continuará com a garantia da titularidade da propriedade plena.

A cobrança de uma prestação flexível e viável, por um prazo médio, fortalece a participação do cidadão na construção de seu próprio patrimônio e na riqueza social. Descarta, por conseqüência, políticas paternalistas de cessões ou concessões gratuitas de áreas públicas, ampliando a abrangência destes programas a um número maior de participantes, já que os recursos para tal não são infinitos. Por outro lado, ao final do prazo do arrendamento, o cidadão, que em princípio não tinha condições de poupança, terá se capitalizado, e aquele bem voltará ao mercado privado, já que integrará seu patrimônio.

Finalmente, o projeto rejeita definitivamente a lógica do imóvel como um valor patrimonial do mercado imobiliário especulativo, no qual o preço é reajustado por simples fluência temporal, e busca retomar e valorizar sua função precípua de moradia (já que o valor do imóvel não será o de mercado, mas seu custo real).

7. Finalizando

Cada um dos projetos apresenta características que lhe são próprias e que não se confundem: o primeiro, por exemplo, só é executável em áreas privadas, apropriadas por terceiros; o segundo é viável em áreas públicas dominiais. Com isto queremos entender que o problema de moradia no Brasil é uma questão tão complexa que acreditamos inviável tentar resolvê-la com uma única fórmula, com um único macroprojeto. Acreditamos que soluções, alcançáveis somente a longo prazo, só virão pela implementação de vários tipos de projetos e programas, que consubstanciem alternativas viáveis para cada situação posta, adequadas ao lugar e às circunstâncias variadas.

As diretrizes no plano do macroplanejamento é que precisam estar delineadas, conforme vimos na seção 3. Porém, a concretização destas diretrizes em projetos vários só se efetivará se os projetos forem concebidos, planejados e executados no nível regional ou local, de acordo com cada situação apresentada.

Porém, seja qual for a iniciativa ou projeto, entendemos indispensável a participação do cidadão na sua realização, tanto através de sua compreensão, quanto na sua efetiva realização — no seu impulsionamento e materialização.

Esta é a forma que entendemos a democracia, não apenas como uma formal e momentânea participação na escolha política representativa no governo, mas também garantida, concretamente, por mecanismos de gestão participativa nas políticas públicas de governo.

Referências bibliográficas

Benjó, Simão Isaac. A exceção de domínio e a Lei 6.820. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj* (2):85-99, 1994.

Castro, Sonia Rabello de. A autonomia do direito administrativo como disciplina jurídica: reflexões sobre sua metodologia. In: *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Renovar, 1997.

Fagundes, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Forense, 1967.