Regularização Fundiária: Direito Fundamental na Política Urbana

José dos Santos Carvalho Filho[1]

1 Introdução

Os grandes centros urbanos, em regra, apresentam-se com graves problemas no que tange à higidez do direito de propriedade. Conquanto muitas propriedades sejam regularizadas, situando-se na legítima esfera jurídica dos respectivos *domini*, é absolutamente certo que outras, desde antigas eras, permanecem em estado de domínio meramente virtual. De um lado, existem áreas em que sequer se pode apontar o titular do domínio; de outro, há terrenos que, objeto de domínio de seus proprietários, foram por estes verdadeiramente abandonados, gerando sua ocupação por várias pessoas, em períodos às vezes mais longos e, em outras ocasiões, menos extensos.

Semelhante estado de coisas não se concretizou em frações de minuto ou segundo. Ao contrário, é o resultado da incidência de vários fenômenos de natureza urbanística. Sem dúvida, a densificação demográfica, o êxodo de populações menos favorecidas, o crescimento desordenado das cidades, o interesse de grupos econômicos e políticos, as alterações sociais, o descaso administrativo – todos eles, dentre outros – repercutem sobre o sistema de regularização fundiária.

Os instrumentos para a regularização da propriedade não são mais os tradicionalmente conhecidos – aqueles forjados sob o impacto do individualismo social e da propriedade como direito imune a qualquer tipo de investida. O ordenamento

[1] Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Professor da UFF – Universidade Federal Fluminense (Curso de Pós-Graduação). Professor da UCAM – Universidade Cândido Mendes (Pós-Graduação). Professor da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Mestre em Direito (UFRJ). Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Consultor Jurídico.

jurídico, a partir da própria Constituição, tem procurado indicar os novos mecanismos, não mais levando em conta o indivíduo, ou proprietário, e sim os interesses transindividuais, caracterizados exatamente por serem pertencentes a grupos sociais e dispersos entre seus membros.

O direito urbanístico, todavia, voltado basicamente para a organização das cidades e para a adequada e razoável ocupação dos espaços habitáveis, não se constitui apenas de normas jurídicas positivadas. São reconhecidos atualmente princípios gerais de direito que, embora despidos de positivação, têm inteira aplicabilidade sobre a questão da regularização fundiária. Aqui é preciso relembrar a advertência de GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ de que tais princípios

> *"expressam os valores materiais básicos de um ordenamento jurídico, aqueles sobre os quais se constitui como tal, as convicções ético-jurídicas fundamentais de uma comunidade".*[2]

Quando se alude a *"princípios"*, dizem os citados juristas espanhóis, está sendo focado seu caráter básico, *"em sentido ontológico, não somente lógico, como suportes primários estruturais do sistema inteiro do ordenamento"*. Esses postulados são gerais, e o são *"porque transcendem de um preceito concreto e organizam e dão sentido a muitos"*.[3]

Sendo relativamente recentes no direito positivo e na consciência social, as instituições urbanísticas têm avançado sobre vários aspectos das cidades. No entanto, não é um avanço rápido, nem se concretiza desorganizadamente. Na correta visão de BIELSA, se as instituições são despidas de fundamento histórico e não se enquadram numa mentalidade político-jurídica, terão elas pouca virtualidade e poderão afundar-se perigosamente no descrédito.[4]

Dentre as instituições urbanísticas merece destaque a regularização fundiária e, nas breves linhas que se seguem, procurar-se-á demonstrar que essa providência não resulta apenas de uma ação de política urbana; significa que, onde for possível, constitui direito fundamental do indivíduo e das coletividades.

2 Política urbana

Diversamente do que sucedeu com as Constituições anteriores, a Carta vigente dedicou um capítulo especial à política urbana,[5] situando-o dentro do Título referente à Ordem Econômica e Financeira. A proposta do Constituinte foi evi-

---

[2] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas Edic. (Madri), v. I, 10. ed. 2000, p. 83.

[3] Ob. e loc. cit.

[4] RAFAEL BIELSA, *Derecho administrativo*, Roque Depalma Ed. (Buenos Aires), t. I, 5. ed., 1955, p. 17.

[5] Arts. 182 e 183, CF.

dentemente a de transmitir a preocupação da sociedade com a ordem urbanística e, sobretudo, com as funções sociais da cidade, de modo a permitir melhor qualidade de vida a seus habitantes e usuários permanentes. O art. 182 da CF o demonstra claramente ao enunciar que os objetivos fundamentais da política urbana consistem na ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e na garantia de bem-estar a seus habitantes.

No dispositivo ficou prevista a edição de lei na qual ficariam definidas as diretrizes gerais de política urbana. Na verdade, não houve a intenção de impor-se um planejamento cogente, nem de subverter-se a dominialidade dos imóveis da cidade.[6] Pretendeu o Constituinte conferir densidade ao fato de que, acima dos interesses individuais e econômicos, devem sobrelevar os interesses urbanísticos gerais e sociais. A cidade, assim, não mais poderia ser o instrumento de ampliação desordenada e descontrolada, mas, ao revés, teria que configurar-se como centro urbano sujeito a planejamento e organização, considerando-se as peculiaridades de cada cidade.

Política urbana, pois, indica a necessidade de previsão de ações, estudos, planos, pesquisas, tudo, enfim, que se revele adequado ao crescimento sustentável das cidades. Em obra que escrevemos sobre o assunto, tivemos a oportunidade de definir política urbana como

> *"o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades".*[7]

O instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana é o *plano diretor*, como consignou peremptoriamente a Constituição (art. 182, § 1º). Trata-se realmente do documento urbanístico fundamental dos Municípios para planejar o futuro da cidade e procurar corrigir eventuais desacertos do presente em virtude de omissões pretéritas.

Como assinalou corretamente JOSÉ AFONSO DA SILVA, o plano diretor é *"plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las"*. Além disso, *"é diretor, porque fixa as* ***diretrizes*** *do desenvolvimento urbano do Município"*.[8]

No propósito de regulamentar o capítulo constitucional concernente à ordem urbanística, foi editada a Lei nº 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade), que traçou as diretrizes gerais de política urbana e disciplinou diversos instrumentos

---

[6] CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, v. 7, 1990, p. 203.

[7] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Lumen Juris, 2. ed., 2006, p. 12.

[8] *Direito urbanístico brasileiro*, Malheiros, 3. ed., 2000, p. 134 (grifo no original).

jurídicos para melhor implementá-la nas cidades. Logo após, foi editada a Medida Provisória nº 2.220, de 4.9.2001, que regulou a ocupação do solo urbano em terras públicas através da concessão de uso especial para fins de moradia e a autorização de natureza especial para fins urbanísticos. Esses diplomas são os que atualmente estabelecem os contornos da ordem urbanística e que relacionam os instrumentos de que os governos municipais podem socorrer-se para implantar a política urbana em suas cidades.

Vale a pena relembrar, ainda neste tópico, que são duas as competências constitucionais básicas para a matéria relativa à política urbana: primeiramente, a da União Federal para legislar sobre as diretrizes urbanas (182, CF) e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX, CF), mandamentos que deram suporte ao Estatuto da Cidade; depois, a dos Municípios, para legislar suplementarmente e dar execução às estratégias e ações de política urbana, o que outorga a esses entes imensa responsabilidade quanto à forma de planejar a cidade e aos meios de satisfazer a suas comunidades (art. 182 e 30, I e II, CF).

3 Princípios urbanísticos

O Direito, globalmente considerado, está permeado de postulados e axiomas inspiradores de leis, normas, condutas, restrições e imposições. Muitos deles têm caráter geral por serem aplicáveis a vários ramos jurídicos: são os *princípios genéricos*. Outros, porém, incidem sobre campos próprios e usualmente guardam correlação direta com a matéria deles constante: são os *princípios específicos*.

O Direito Urbanístico, como ramo jurídico constituído de normas de diversos outros ramos, recebe o influxo de princípios genéricos, como não poderia deixar de ser, e também de princípios específicos – aqueles que se irradiam direta e incisivamente sobre a ordem urbanística. Não há na doutrina uma completa sistematização dos princípios urbanísticos. Sem a pretensão de esgotar o assunto, entretanto, é possível extrair alguns deles das diretrizes gerais de política urbana, não sendo desconhecido o fato de que tais diretrizes refletem, na maioria das vezes, a formalização jurídico-positiva daqueles princípios e a concretização de seu modelo na ordem jurídica.

Um desses princípios – e o consideramos essencial à ordem urbanística – é o da *justiça social*. Este princípio decorre de um dos objetivos de política urbana mencionados na Constituição: o da garantia de bem-estar aos habitantes da cidade.[9] De fato, a política urbana não pode estar a serviço das elites e dos grupos sociais mais abastados. Infelizmente, são esses segmentos que dominam as políticas públicas em geral, de modo que suas ações acabam sendo direcionadas aos próprios atores. A justiça social implica a necessidade de buscar o atendimento

[9] Art. 182, CF, e art. 1º, parágrafo único, Estatuto da Cidade.

das classes sociais excluídas e menos favorecidas, inclusive dispensando-lhes a garantia de direitos individuais e coletivos, entre eles, com destaque, os direitos de propriedade e de moradia. Enquanto os responsáveis pelos planos urbanísticos não perseguirem um razoável equilíbrio entre os vários segmentos comunitários, não haverá, verdadeiramente, o respeito ao princípio da justiça social.

Outro princípio de relevo é o da *função social da propriedade*, consagrado no art. 5º, XXIII, da Constituição, e inspirador de muitas das diretrizes urbanísticas relacionadas no Estatuto da Cidade. Já acentuou ilustre estudioso, com absoluto acerto: *"Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo direito de nossos dias à realidade social – na busca de uma integração entre os ideais individuais e sociais – as modernas concepções de propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social."*[10] Longe nos dias de hoje da visão individualista tradicionalmente dispensada ao instituto, a propriedade tem que ser vista como direito social e como meio de mitigação de injustiças sociais. Reconhecemos não ser fácil difundir esses ideais numa sociedade acostumada a ver na propriedade um instrumento de poder e riqueza. Nem por isso, contudo, deve ser relegada a segundo plano a luta no sentido da transformação dessa consciência – de nítida configuração e ortodoxia burguesas, aliás, e oposta ao cenário socializante contemporâneo, como já averbou eminente constitucionalista.[11]

Quando se tem em mira a natureza da função pública, o postulado que a ela se relaciona constitui o *princípio da publicização da função urbanística*. Nesta é o Poder Público que atua com predominância e executa as ações voltadas ao equilíbrio da ordem urbanística; é a ele, afinal, que *"cabe ordenar a realidade no interesse coletivo, sem prejuízo do princípio da legalidade"*.[12] A natureza pública da função urbanística, todavia, não significa a exclusão de ações do setor privado em benefício da cidade. Alguns instrumentos de política urbana demandam a participação da comunidade através de seus vários setores – associativos, empresariais, corporativos, ambientais etc. O que se quer ressaltar é que essa participação deve ser respaldada pela função estatal e só pode ter-se como legítima se estiver em consonância com as diretrizes e estratégias fixadas pelo Poder Público, sobretudo pelo governo municipal.

Incluído no rol de princípios, está também o *princípio da distributividade*, segundo o qual os benefícios e encargos oriundos da implementação de atividades urbanísticas devem ser repartidos por toda a coletividade. O sentido do axioma está a indicar que os dividendos da política urbana não podem ser atribuídos apenas a determinados grupos, principalmente àqueles que compõem o estamento social mais favorecido. Ao mesmo tempo, os ônus advindos da atuação urbanística não podem refluir apenas sobre os grupos sociais mais pobres. Cumpre, pois,

[10] A asserção é de EROS ROBERTO GRAU, firmada com suporte em obra de FEDERICO SPANTIGATI (*Direito urbano*, RT, 1983, p. 66).

[11] PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*, Saraiva, v. 1., 1989, p. 100.

[12] JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Dir. urbanístico* cit., p. 44.

repartir ônus e benefícios, sempre com a visão futura de preservar ou restaurar a ordem urbanística e garantir o bem-estar dos habitantes.[13]

É claro que outros princípios poderiam ser mencionados, ainda que sua existência dependa da interpretação sistemática do Direito Urbanístico e das entrelinhas do sistema normativo disciplinador da matéria. Ativemo-nos, contudo, aos já mencionados por serem eles – a nosso juízo – os que mais expressivamente repercutem sobre todas as ações e estratégias relacionadas à política urbana. E, como adiante veremos, valem como verdadeiro suporte para a identificação de direitos fundamentais a providências urbanísticas e, entre estas, à regularização fundiária.

4 Regularização fundiária

Regularização fundiária é o processo através do qual se estabelece um legítimo vínculo jurídico entre um bem imóvel e o respectivo titular do direito de propriedade ou de outro direito real. Em outras palavras, é a supressão da clandestinidade em relação à propriedade. Bem analisando o processo, CARLOS ARI SUNDFELD aponta que tal processo decorre de duas orientações convergentes: de um lado, a *"transferência dos grupos marginalizados para dentro do mundo jus-urbanístico"* e, de outro, a *"adequação da ordem urbanística à situação real da população por meio de normas especiais de urbanização (ordem urbanística popular)"*.[14]

A Constituição não aludiu diretamente à regularização fundiária. Fê-lo, porém, de forma indireta. O art. 182 faz menção ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes. Tanto numa quanto noutra expressão está implícita a idéia da regularização fundiária. Trata-se de função social porque, em linha de princípio, abrange as camadas excluídas da sociedade. A garantia do bem-estar consiste em dois aspectos: um, objetivo, consubstanciado pela regularização jurídica da área ocupada pelo interessado; outro, subjetivo e de caráter psicológico, representado pela convicção do indivíduo de que é menos acentuada a sua exclusão em virtude da benesse capitalista.

Da mesma forma, o art. 183 da Carta vigente retrata implicitamente a regularização do vínculo real ao tratar do usucapião especial urbano para fins de moradia (*usucapião pró-moradia*), garantindo que, mediante certos requisitos, o possuidor passa a adquirir a propriedade urbana. No parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, a Constituição faz alusão à *"concessão de uso"*, instrumento de regularização fundiária adequado para imóveis públicos. Embora o usucapião especial e a concessão de uso sejam institutos excludentes, porque esta última não se compatibiliza com o direito de propriedade, conforme adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA,[15]

[13] No mesmo sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 44.

[14] *Estatuto da Cidade* (obra coletiva), Malheiros, 2003, p. 58-59.

[15] *Direito constitucional positivo*, Malheiros, 20. ed., 2002, p. 794.

ambos densificam a regularização fundiária, conferindo aos respectivos beneficiários direitos reais legítimos e reconhecidos na ordem jurídica.

No Estatuto da Cidade, a regularização fundiária aparece como uma das diretrizes de política urbana. Dispõe o art. 2º, XIV, que constitui diretriz do desenvolvimento urbano a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, devendo criar-se normas especiais de caráter urbanístico e de uso e ocupação do solo e edificação, levando-se em consideração a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Não obstante se possa afirmar que a regularização fundiária não tenha destinatários específicos, há que se reconhecer que tal processo se direciona mais freqüentemente a populações de baixa renda ocupantes de áreas públicas ou privadas e quase sempre com o intuito de fixar sua moradia ou de sua família. Apenas à guisa de informação, tivemos a oportunidade de registrar, com base em dados estatísticos, que cerca de 23% dos 5.561 Municípios possuem favelas em seus centros urbanos e em 10% deles se instalaram cortiços.[16] Por outro lado, o número de domicílios em favelas, entre 1999 a 2001, passou de 921 mil pra 2,36 milhões – um crescimento de 156%. Além disso, o número dessas comunidades (favelas, mocambos, palafitas e outras do gênero) alcançava, há pouco tempo, o montante de 16.433.[17] Somente o Município do Rio de Janeiro contabilizava, até 2003, o total de 752 favelas cadastradas.[18]

Sem dúvida, com a regularização fundiária, devidamente acompanhada dos serviços de infra-estrutura urbana, poder-se-á conseguir a extinção de invasões e a regularização de loteamentos clandestinos transformados em situação real de moradia.[19] Trata-se – seja-nos perdoada a insistência – de poderoso instrumento de justiça social e fonte de fortalecimento do sentido associativo das comunidades, inegavelmente forma de apoio para a veiculação de pressões ao Poder Público para implementar o desenvolvimento e a expansão urbana.

5 Direitos fundamentais

A partir da construção do Estado de Direito, os direitos fundamentais passaram a constituir o ápice material das Constituições. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão condicionou a existência da Constituição à proteção dos direitos individuais. A idéia, contudo, tem nítido valor emocional e não retrata um axioma verdadeiro no que toca à existência de uma Constituição. Mas, sem dúvida, teve o mérito de sublinhar a necessidade de conferir-se a tais direitos a

[16] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 54.

[17] Pesquisa do IBGE no "Perfil dos Municípios Brasileiros/2001", divulgado em novembro de 2003.

[18] Dados do Instituto Pereira Passos (publicação no jornal *O Globo*, de 20.4.2003).

[19] MAURÍCIO BARBOSA DOS SANTOS, *Estatuto das Cidades*, Ed. Mizuno, 2. ed., 2004, p. 34.

proteção digna de sua particularidade, inclusive para o fim de afastar a costumeira interferência do Estado no círculo das liberdades individuais.[20]

A evolução das idéias protetivas dos grupos sociais impôs algumas alterações acerca da definição dos direitos fundamentais. Com o afastamento do extremismo a que chegaram os direitos individuais, foram sendo tutelados, também com a fisionomia de fundamentais, outros direitos de caráter social – direitos que, diga-se de passagem, passaram a representar um verdadeiro símbolo de resistência contra o próprio Estado. Tais idéias socializantes foram adotadas pelas Constituições mexicana (1917) e alemã (Weimar, 1919) e, logo depois, pela espanhola (1931). Na prossecução desse processo evolutivo, os direitos fundamentais passaram a ser objeto da preocupação em nível internacional e, nesse sentido, foi firmada a primeira Declaração Internacional de Direitos do Homem, votada pelo Instituto de Direito Internacional, em sessão de 12 de outubro de 1929 na cidade de New York.[21]

A despeito da evolução jusfilosófica, *"a teorização dos direitos fundamentais"*, como registra PAULO BONAVIDES, *"se acha no estado atual da doutrina rodeada de obscuridade e incertezas"*, em que pese a constância dos debates travados pelos estudiosos a respeito da matéria.[22] Não obstante – e ainda aqui temos a lição do grande constitucionalista – por esses debates já foi possível reconhecer a importância da referida teorização para definir os rumos do Estado e nortear a jurisprudência, por via interpretativa, em direção tal que permita conferir real eficácia à proteção da liberdade. Em suspiro de reconhecimento, confessa o autor que *"os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas"*.[23]

A noção de direitos fundamentais, como não poderia deixar de ser, implica a certeza de que, no vastíssimo campo dos direitos, alguns deles existem que prelevam sobre outras categorias. Não que se possa falar em direitos irrelevantes; nenhum direito é irrelevante, porque, por menos expressivo que seja, integra o patrimônio jurídico do indivíduo. Contudo, não é menos verdadeiro que algumas categorias de direitos representam o ângulo externo da própria personalidade e o reverso da moeda em relação ao *status* de cidadania, de modo que não mais se poderia conceber sua ausência no cenário das proteções constitucionais. Compreensível, portanto, a exacerbação dos tempos da Revolução Francesa ao considerar que tal ausência refletiria a ausência da própria Constituição.

Os direitos fundamentais decorrem não somente dos princípios que indicam a concepção do mundo como também dos postulados ideológicos que inspiram cada sistema jurídico. Por essa razão, a expressão, como consigna JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"é reservada para designar,* ***no nível do direito positivo****, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas*

[20] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 17. ed., 1989, p. 247.

[21] ROSAH RUSSOMANO, *Curso de direito constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 5. ed., 1997, p. 59.

[22] PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, Malheiros, 7. ed., 1998, p. 340.

[23] PAULO BONAVIDES, ob. e loc. cit.

as pessoas".[24] Pode afirmar-se, aliás, sem medo de errar, que o direito se qualifica como fundamental quando indispensável para a própria sobrevivência de uma determinada sociedade, considerados os fatores políticos, sociais, econômicos e o momento histórico em que são declarados pelo Poder Constituinte.

O nascedouro do direito fundamental não ocorre de inopino. Não surge do nada, de forma repentina. Sua origem se concretiza com o processo histórico-evolutivo das sociedades. Trata-se de aspecto que merece acurada observação. A qualificação do direito como fundamental é resultado de um processo nitidamente dinâmico dentro do qual vão ocorrendo as transformações sociais. Muitos direitos que anteriormente nem se qualificavam como tais revelam-se fundamentais e intangíveis na época contemporânea; afinal, *"natura juris ab homine repetenda"* (*"A natureza do direito deve ser buscada no homem"*). Referido *dinamismo transformador* é aqui destacado em função do tema sob análise: na moderna concepção urbanística indivíduos e grupos sociais passaram a titularizar direitos que se podem caracterizar como fundamentais, e entre eles se insere o direito à regularização fundiária, como adiante buscaremos demonstrar.

A vigente Constituição introduziu alguns avanços no que se refere à tutela dos direitos fundamentais. O Título II alude aos *direitos e garantias fundamentais* e nesta parte não houve maior novidade: se, de um lado, enunciou os direitos e, por isso, os declarou, de outro ofereceu as garantias necessárias à sua proteção. A *garantia* não deixa de ser um *direito*, mas sua peculiaridade reside na circunstância de assegurar o exercício do direito e daí a sua natureza *assecuratória*. No entanto, como bem lembrou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, pela primeira vez a relação não conteve somente os direitos, mas, ao revés, contemplou também os *deveres*. Outra inovação, também na ótica do mesmo autor: a Constituição *"timbra em sublinhar que não reconhece direitos fundamentais apenas a indivíduos, mas também a grupos"*.[25]

Esse, aliás, um ponto de relevo na tutela constitucional: a percepção de que existem direitos que ultrapassam a órbita jurídica dos indivíduos isoladamente considerados e que protegem grupos sociais, permanentes ou episódicos, em que o indivíduo integrante assume papel secundário. São os direitos (ou interesses) *transindividuais* ou *metaindividuais*, nos quais o círculo de proteção abrange o grupo e não o indivíduo, tudo para equilibrar o regime das diferenças sociais entre os poderosos e os mais frágeis no contexto da sociedade.

Não custa atentar para o fato de que os direitos e garantias fundamentais não se exaurem no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constante do art. 5º da Constituição. Ao contrário, espraiam-se por outras subcategorias de direitos, como os direitos sociais (arts. 6º a 11), o direito de nacionalidade (arts. 12 e 13), os direitos políticos (arts. 14 a 16) e o direito de filiação em partidos po-

[24] *Direito constitucional positivo* cit., p. 178.

[25] *Comentários à Constituição de 1988*, Saraiva, v. 1, 1990, p. 25.

líticos (art. 17). Esse é o sistema adotado na Carta vigente ao agrupar todas essas subcategorias em título único – o Título II – nominado *"Dos Direitos e Garantias Fundamentais"*.

6 Direito à regularização fundiária

Já se mencionou anteriormente que a regularização fundiária, juntamente com a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, se configura como uma das diretrizes de política urbana, conforme previsão no art. 2º, XIV, do Estatuto da Cidade. A implementação da política urbana através dessas diretrizes tem cunho de obrigatoriedade para os Municípios. De fato, a tais entes federativos a Constituição, no art. 182, assinou peremptoriamente a obrigação de executar a política urbana, ou seja, de adotar as providências efetivas para a preservação e restauração da ordem urbanística. Portanto, deve o governo municipal incluí-las em seus planos diretores e suas leis de uso e ocupação do solo urbano.[26]

Como o acertamento jurídico da propriedade e de seu uso se mostra imprescindível no cenário da política urbana, pois que, na verdade, não há falar em ordem urbanística sem que se promova a regularização da propriedade, pode-se entrever, nas linhas e nas idéias contidas no direito positivo, que tal providência se caracteriza realmente como *direito fundamental* – direito esse em favor de pessoas e grupos.

Sem considerar as várias categorias de direitos reais que incidem sobre a propriedade, relacionados, como sabido, no art. 1.225 do Código Civil, três são os instrumentos básicos para promover-se a regularização fundiária dentro da política urbana: o usucapião especial urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia e a autorização urbanística. No Estatuto da Cidade, a regularização fundiária está relacionada juntamente com o usucapião especial urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia como instrumentos de política urbana (art. 4º, V, *q*, *j* e *h*). Cabe registrar, todavia, que, a despeito de serem todos considerados "instrumentos" gerais de política urbana, o usucapião e a concessão são, a seu turno, instrumentos da regularização fundiária. Em outras palavras: a regularização fundiária se efetiva por intermédio desses institutos – o usucapião especial e a concessão especial para fins de moradia.

O usucapião especial urbano atende aos clássicos fatores de segurança jurídica e paz social, em ordem a não permitir a permanência de situações indefinidas em inaceitável ofensa ao princípio da estabilidade das relações sociais. O mesmo princípio incide sobre as outras modalidades de usucapião. Não obstante, apontam-se outros fatores que também inspiram o modelo do usucapião *sub examine*

[26] A correta advertência é de TOSHIO MUKAI, *O Estatuto da* Cidade, Saraiva, 2001, p. 6.

e entre eles podem citar-se o bem-estar dos habitantes, o equilíbrio da ordem urbanística, o desenvolvimento da cidade, o combate à especulação imobiliária e, sobretudo, o acesso do cidadão à regular titulação de domínio.[27]

Quase todos esses fatores incidem também sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, regulada pela Medida Provisória nº 2.220/2001. Aqui o princípio da estabilidade das relações sociais se torna aplicável à regularização *do uso* da propriedade, mais especificamente das áreas públicas. Sendo inviável a aquisição de imóveis públicos por usucapião (art. 183, § 3º, CF), a regularização fundiária se faz efetiva por meio da outorga da concessão de uso, exigindo-se, da mesma forma, o cumprimento de vários requisitos – de ordem temporal, territorial, finalístico e patrimonial, como já assinalamos em obra dedicada ao assunto.[28] É claro que semelhantes requisitos não podem ser rigorosamente os mesmos atribuídos ao usucapião especial, e isso o reconhece a doutrina.[29] Mas a densidade principiológica tem base bastante assemelhada.

A autorização urbanística (ou autorização urbanística de uso especial) está prevista no art. 9º da já citada MP 2.220/2001 e, tal como a concessão de uso especial, incide sobre terras públicas. Por esse instrumento, o Poder Público pode outorgar título de uso ao ocupante de área pública para fins comerciais, desde que cumpridos determinados requisitos. Cuida-se de ato incluído entre os *atos de consentimento estatal*, com suporte na atividade de gestão dos bens públicos a cargo do Estado, como já tivemos a oportunidade de registrar.[30]

No usucapião especial para fins de moradia, a regularização fundiária se materializa pela conversão do estado de posse em direito de propriedade em determinado período fixado em lei. O possuidor, por tal instrumento, adquire a propriedade privada em virtude da inércia do antigo titular do direito. O fator tempo é fundamental para a ocorrência do usucapião. Por isso, a doutrina se divide quanto à natureza do instituto, considerando alguns estudiosos que se trata de prescrição aquisitiva em virtude de o tempo funcionar como uma energia positiva,[31] ao passo que outros o consideram apenas uma forma de aquisição da propriedade sem interferência da prescrição, e isso porque esta é um modo de extinguir pretensões.[32] Não cabe aqui aprofundar a discussão; o foco do instituto – repita-se – é a aquisição da propriedade resultante do estado anterior de posse.

O instituto – é fácil constatar – tem intrínseca relação com o princípio da justiça social. Pois que, como anota MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, "*afinal de contas, nada mais justo do que uma pessoa que agregou valor a determinado bem em*

[27] São observações de SÉRGIO FERRAZ, *Estatuto da Cidade* (obra coletiva), Malheiros, 2003, p. 141.

[28] JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 369/370.

[29] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Estatuto da Cidade* (obra colet.), Malheiros, 2003, p. 158.

[30] Nosso *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 389.

[31] MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, *Direito das coisas*, Lumen Juris, 2007, p. 106.

[32] ORLANDO GOMES, *Direitos reais*, Forense, t. 1, 1962, p. 222.

razão da utilização, do trabalho, produção ou pela moradia, dentre outros, seja contemplado pelo reconhecimento social e jurídico de ser proprietário do bem".[33] Tem razão o autor. A permanência da situação de posse para aquele que usou devidamente a propriedade, sobretudo para sua moradia e de sua família, contraria frontalmente os mais comezinhos princípios de justiça social e também o axioma da estabilidade das relações jurídicas. Manter infinitamente a propriedade no patrimônio jurídico do proprietário mesmo quando este demonstre total desinteresse em relação ao bem constituiria, sem dúvida, locupletamento oriundo da própria torpeza do *dominus*.

A regularização fundiária decorrente da concessão de uso especial para fins de moradia consiste não na aquisição da propriedade, tendo em vista incidir sobre imóveis públicos, mas sim na *regularização da posse*, passando esta a ser algo mais do que uma situação de fato e sendo reconhecida pela ordem jurídica através de ato administrativo formal, no caso a outorga do título de concessão. Logicamente, a MP 2.220/2001 estabelece alguns requisitos para a aquisição do direito, como o prazo de cinco anos, a posse ininterrupta, o uso familiar, o limite territorial de duzentos e cinqüenta metros quadrados e a não-titularidade de outro imóvel, seja como proprietário seja como concessionário. Mas, observados tais requisitos, o possuidor faz jus à regularização fundiária em relação ao imóvel ocupado. Corolário da regularização é a viabilidade de registro do direito no respectivo cartório imobiliário.[34]

As situações de fato decorrentes da posse e o cumprimento dos requisitos que a lei estabelece geram para os interessados o *direito subjetivo à regularização fundiária* dos imóveis urbanos que ocupam através dos institutos do usucapião especial urbano e da concessão de uso especial para fins de moradia. Tratando-se de direito subjetivo, aos interessados se atribui a prerrogativa de buscar-lhe a tutela em sede administrativa ou judicial. No que concerne à concessão de uso especial, aliás, a denegação ilegal do direito na via administrativa pelo titular da área pública ocupada rende ensejo à propositura de ação judicial, de modo que, julgado procedente o pedido, deve o juiz declarar a legitimidade da posse e conferir o título da concessão.

No caso da autorização urbanística de uso, também prevista na MP 2.220/2001, a questão do direito subjetivo apresenta-se com maior complexidade. É que, nos termos do art. 9º do referido diploma normativo, *"é **facultado** ao Poder Público competente dar autorização de uso"* ao possuidor que, até 30 de junho de 2001, ocupou imóvel público urbano de até duzentos e cinqüenta metros quadrados por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, para fins comerciais. A *faculdade* a que alude o dispositivo reflete, como regra, a prática de atos discricionários, em relação aos quais *"o Poder Público tem a possibilidade jurídica de avaliar sua conduta, aferindo-a mediante critérios de conveniência e oportunidade"*, como já consignamos em outra ocasião.[35] Resulta, por conseguinte, que, em tese, não tem o interessado

[33] *Direito das coisas* cit., p. 107.

[34] Art. 167, I, nº 37, da Lei 6.015/73 (alteração do art. 15 da MP 2.220/2001).

[35] Nosso *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 390.

propriamente *direito subjetivo* oponível à Administração Pública, mas, ao contrário, mero interesse fático na legalização da posse.

Entretanto, ainda nessa hipótese, parece-nos deva interpretar-se a prerrogativa da Administração como *discricionariedade mitigada*, isto é, aquela que não permite uma decisão ampla e livre da parte do Poder Público e exige a verificação dos suportes fáticos lógico-sistemáticos que envolve a atividade pretendida pelo administrado. A mitigação da discricionariedade, no caso da autorização urbanística em foco, consiste na *aferição presumidamente positiva* dos critérios de valoração administrativa, de modo que a denegação do pedido de autorização só se revele legítimo se houver justificada e peremptória causa para tanto. Em outro vetor, o pedido formulado pelo possuidor deve, em linha de princípio, merecer deferimento e, por tal motivo, é de se considerar ser ele titular de direito subjetivo à regularização fundiária. O substrato jurídico desse direito reside na natureza urbanística da autorização de uso, voltada, já o vimos, para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes.

Não há, pois, como deixar de considerar a regularização fundiária como um direito subjetivo outorgado pela ordem jurídica aos possuidores de imóveis públicos ou privados que preencherem os requisitos estabelecidos na lei. Acrescente-se que esse direito pode ser *individual* ou *coletivo*, vale dizer, tanto integra o patrimônio jurídico de indivíduos como de grupos sociais. Não é escusado relembrar que o direito positivo passou a contemplar o usucapião especial urbano *coletivo* e a concessão *coletiva* de uso para fins de moradia - institutos destinados às situações em que não seja possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. [36]

7 A regularização fundiária como direito fundamental urbanístico

Não parece restar qualquer dúvida de que, em sede de Direito Urbanístico, a regularização fundiária se qualifica como direito subjetivo, individual ou coletivo, e isso não só porque a legitimação imobiliária se situa entre as diretrizes urbanísticas, como ainda porque é a ordem jurídica que, de forma incisiva, outorga o direito após o preenchimento pelo interessado dos requisitos nela fixados.

Entretanto, mais do que um simples direito subjetivo, a regularização fundiária se caracteriza por ser um *direito fundamental* de indivíduos ou de grupos sociais dentro do cenário urbanístico. O fato de não estar inserido expressamente no elenco do art. 5º da Constituição nem nos demais dispositivos constantes do Título referente aos direitos e garantias fundamentais não lhe retira o *status* de direito fundamental. Bem a propósito, diz o art. 5º, § 2º, da CF, que, além dos direitos e garantias expressos, não se podem excluir outros que emanem do regime e dos princípios adotados na Carta, sendo estes os direitos e garantias implícitos.[37]

[36] Art. 10, Estatuto da Cidade, e art. 2º da MP 2.220/2001, respectivamente.

[37] KILDARE GONÇALVES DE CARVALHO, *Direito constitucional didático*, Del Rey, 3. ed., 1994, p. 186.

Esse é justamente o caso do direito à regularização fundiária. Embora não expresso na Constituição, está interligado a princípios e direitos fundamentais nela dispersos, formando-se um conjunto de fundamentos que o levam à caracterização de direito fundamental. A seguir, veremos, sucintamente, a densidade desse direito à vista de outros elementos norteadores da Constituição.

O primeiro direito fundamental conexo com o direito à regularização fundiária é o de *propriedade*, consagrado no *caput* do art. 5º e no inciso XXII, em que a Carta assevera: *"É garantido o direito de propriedade."* Trata-se de direito que, além da clássica perspectiva civilista, se espraia modernamente pelos princípios e regras de direito público, inclusive e principalmente a Constituição, como bem adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA.[38] Desse modo, quando o indivíduo ou o grupo social preenche determinados requisitos para o usucapião especial urbano, passa a titularizar o direito à aquisição da propriedade e, com esta, à regularização fundiária em virtude da conversão da situação de fato consistente na posse em situação de domínio, sujeito à regularização por meio do competente registro imobiliário. Como é fácil observar, a garantia da propriedade na hipótese se entrelaça com o próprio direito à regularização fundiária.

Outro axioma inerente à regularização fundiária é o *princípio da função social da propriedade*. Note-se que aqui não se cuida do direito de propriedade em si, mas sim da função que se lhe reserva no cenário constitucional. Sob o manto desse princípio se situam tanto o usucapião urbano como a concessão de uso especial para fins de moradia. Embora nesta última não ocorra a aquisição da propriedade, a densidade do direito, de natureza real, confere o cunho de definitividade ao uso de imóvel público e, por isso mesmo, retrata modalidade de regularização fundiária. E esta se caracteriza pela formalização do direito, quer o de propriedade, quer o de uso; há, pois, uma transformação de situação informal para situação jurídica formal, o que é comprovado através dos respectivos títulos.

Não bastassem tais elementos de ligação, pode apontar-se outro princípio fundamental como conexo ao direito de regularização fundiária: o da *dignidade da pessoa humana*, incluído entre os fundamentos da República (art. 1º, III, CF). O sentido do preceito foi o de partir da premissa de que o Estado se ergue sob a noção da dignidade da pessoa humana. Na verdade, *"o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas"*,[39] ou seja, que possam ser afastadas do âmbito da exclusão social. Uma das formas de dispensar dignidade às pessoas é a de atribuir-lhes posição de regularidade no que concerne aos imóveis que ocupem para fins de moradia ou de comércio em comunidades carentes. Se o desabrigo precisa ser enfrentado diuturnamente, a regularização fundiária deve ser a cada momento incentivada como direito fundamental, com o que se tornarão de maior dignidade as pessoas que dela venham a beneficiar-se.

---

[38] *Direito constitucional positivo* cit., p. 272.

[39] CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA MARTINS, *Comentários* cit., v. 1., 1988, p. 425.

Entre os objetivos fundamentais da República, a Constituição incluiu a *redução das desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III). Os objetivos mencionados na Carta caracterizam o que alguns autores, com destaque para JOAQUIM GOMES CANOTILHO, classificam como "Constituição dirigente", modelo em que se procura realçar mais os planos governamentais do que a própria organização estatal.[40] Seja como for, o certo é que o usucapião especial urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia são mecanismos de regularização fundiária que favorecem, em sua maior parte, as camadas mais carentes da população. Portanto, incluí-las entre as pessoas titulares de legítimo direito real sobre imóveis representa inegavelmente tentativa de reduzir desigualdades sociais. Não se pode negar, assim, que, por mais esse elemento, tem caráter fundamental o direito àquela regularização.

Outro fator que não pode ser desprezado na presente análise consiste nos *objetivos da política urbana*, mencionados no art. 182 da Constituição. Fica bem claro que o Constituinte erigiu, como objetivos básicos dessa política pública, o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade* e a garantia do *bem-estar de seus habitantes*. Já chegamos a assinalar que esta garantia resulta naturalmente daquele primeiro objetivo: ao desenvolver-se a função social da cidade, estar-se-ão favorecendo os seus habitantes. Assim, o citado art. 182, em relação aos dois objetivos urbanísticos, deve ser interpretado *"como resultante da ênfase que o Constituinte quis dispensar à satisfação que os habitantes da cidade devem merecer"*.[41] De qualquer modo, é inquestionável que a regularização fundiária se encontra inserida em tais objetivos e tanto o fato é verdadeiro que constitui uma das diretrizes gerais decorrentes desses mesmos objetivos, conforme previsão no art. 2º, *caput*, e inciso XIV, do Estatuto da Cidade. Assim como é fundamental o desenvolvimento urbano, não pode deixar de ser fundamental o próprio direito à regularização fundiária, estando ele alojado dentro daquele objetivo urbanístico.

Por fim, é de invocar-se, como mais um fator de inerência, o *direito à moradia*, inscrito no art. 6º da Constituição, como modalidade de direito social e, por via de conseqüência, como direito fundamental. Aqui, a conexão lógica entre esse direito e o de regularização fundiária está a revelar nitidamente a caracterização desta última como direito fundamental. Já se afirmou, com razão, que esse objetivo espelha o *"piso vital mínimo"* no que se refere ao direito de moradia.[42] Por outro lado, são realmente indissociáveis a vida digna e a moradia: *"Não há remota possibilidade de satisfação do direito à vida digna sem a garantia da moradia – também digna."*[43] Não custa lembrar, neste passo, que o usucapião especial urbano e a concessão urbanística de uso especial demandam, como um dos requisitos da regularização fundiária, o uso do imóvel para moradia do interessado ou de sua família. A regularização,

[40] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários* cit., v. I, p. 20.

[41] Nosso *Comentários ao Estatuto da Cidade* cit., p. 14.

[42] CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, *Estatuto da Cidade comentado*, RT, 2002, p. 52.

[43] É a correta afirmação de LIANA PORTILHO MATTOS, *Nova ordem jurídico-urbanística*, Lumen Juris, 2006, p. 59.

desse modo, alcança direito fundamental – o de moradia – e, conseqüentemente, retrata também um direito, indiscutivelmente de natureza fundamental.

Todos esses elementos são acima invocados para conduzir à conclusão de que *ter direito à regularização fundiária é ter um direito fundamental,* tantos são os princípios e outros direitos fundamentais a que é indissoluvelmente atrelado. Não é um direito simples e inexpressivo, mas sim um direito associado à justiça social, à propriedade, à dignidade humana e à moradia. Direito com semelhante perfil não pode mesmo deixar de qualificar-se como fundamental.

8 Conclusões

Algumas conclusões podem extrair-se das premissas que assentamos neste trabalho.

A política urbana, como conjunto de ações, estratégias, estudos e planos, tem por objetivos fundamentais o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia de bem-estar de seus habitantes.

A ordem urbanística tem sede constitucional e funda-se em vários princípios urbanísticos, como justiça social, função social da propriedade, publicização da função urbana e distributividade.

O usucapião especial urbano, a concessão de uso especial para fins de moradia e a autorização urbanística são poderosos instrumentos de regularização fundiária, permitindo a constituição de um vínculo jurídico formal entre o interessado e o imóvel regularizado. Cumpridos os requisitos estabelecidos em lei, o interessado ou o grupo social têm direito subjetivo à regularização dos imóveis que ocupam como possuidores.

Direitos fundamentais não são apenas os relacionados expressamente na Constituição, mas também aqueles que se espraiam por dentre as linhas de seu sistema e, sobretudo, aqueles cuja fisionomia jurídica se entremeia com princípios e normas fundamentais ou que são deles decorrentes.

A regularização fundiária, no cenário da política urbana, *configura-se como direito fundamental* pela inafastável conexão existente entre ele e os princípios fundamentais da propriedade e de sua função social, da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais, do desenvolvimento urbano e bem-estar dos habitantes da cidade e do direito à moradia.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, v. 7, 1990; v. 1, 1988.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo.* 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955. t. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito constitucional didático*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.

FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade*. Coord. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. 1.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MATTOS, Liana Portilho. *Nova ordem jurídico-urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Estatuto da Cidade*. Coord. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2003.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SANTOS, Maurício Barbosa dos. *Estatuto das Cidades*. 2. ed. Mizuno, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Estatuto da Cidade*. Coord. Adilson Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2003.