

## REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO SOCIAL DE MORADIA: A POSSE COMO EXPRESSÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA.<sup>1</sup>

### *LANDHOLDING REGULARIZATION AND THE SOCIAL RIGHT TO A STANDARD OF LIVING: LAND POSSESSION AS A CENTRAL FUNDAMENTAL CONDITION OF BASIC RIGHT TO DECENT HOUSING*

Gilson Ferreira

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.  
Professor da Universidade Nove de Julho – Uninove.

**Submissão em 04.04.2015**

**Aprovação em 22.05.2015**

**Resumo:** A partir das noções de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, busca-se promover uma análise crítica da posse como categoria de direito privado contrastando-a com seu perfil promocional que se radica a partir do reconhecimento dos direitos sociais, como fruto de lutas sociais e como mecanismo de superação da crise mundial da segunda metade do século XIX. O problema é analisado pela dimensão retórica e argumentativa dos Direitos Humanos que método que aponta para a necessidade de uma prática judicial inovadora como via alternativa de concretização do direito de moradia pelo reconhecimento da função social da posse, na medida em que somente assim é possível superar o paradoxo da ineficácia social dos Direitos Humanos e do direito a moradia digna com sua concretude judicial o que demonstra que os Direitos Humanos são o resultado de luta constante de sua afirmação. A questão primordial a ser enfrentada reside nisso: a regularização fundiária em áreas de proteção ambiental, porque são áreas de fragilidade. Os valores que se contrapõem são de um lado, o direito à moradia e de outro, o direito a meio ambiente sadio e equilibrado e entre essas duas garantias constitucionais estão a posse e a propriedade com a sua função social-ambiental.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Moradia; Posse; Propriedade; Regularização Fundiária.

---

<sup>1</sup> Os resultados apresentados neste trabalho são parte de uma pesquisa acadêmica mais ampla desenvolvida no âmbito do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente (GEAMA/USP), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Associada Patrícia Faga Iglecias Lemos.

**Abstract:** *From the concept of Fundamental Rights and Human Rights, this article is addressed to promote a critical analysis of possession as a category of private law by contrasting it to its promotional profile whose roots can be found in the recognition of social rights, as a result of social struggles and as a mechanism to overcome the global crisis occurred in the second half of the nineteenth century. The problem is analyzed by the argumentative and rhetorical dimension of Human Rights which points to the need for a innovative judicial practice as an alternative way of realizing the rights to adequate housing by the recognition of the social function of possession, which is the only way the paradox of ineffectiveness of social human rights and the right to adequate housing can be overcome by judicial decision which demonstrates that human rights are the result of constant struggle of its statement.*

**Keywords:** *Human Rights; Possession; Adequate Housing Rights*

**Sumário:** Introdução. 1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: aproximações, distanciamentos e reaproximações necessárias. 2. Direitos Humanos: luta e resistência no percurso formativo. 3. Posse: de categoria de direito privado a expressão de Direitos Humanos. 4. As ocupações (ir)regulares em áreas de vulnerabilidade socioambiental e o direito fundamental à moradia. Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Parece pouco verossímil que a posse, como fenômeno social e econômico possa se ver articulada com problemática dos direitos humanos, especialmente porque a Constituição ao tratar dos Direitos Fundamentais do Cidadão, no artigo 5º, faz referência expressa à propriedade e no capítulo da Ordem Social e Econômica, elemento condicionante da construção de uma sociedade justa fraterna e solidária, repete essa referência à propriedade e a sua função social.

No âmbito dos direitos fundamentais e das garantias dadas pela Constituição, a propriedade tem papel de destaque e permanece entronizada, como o demonstra a história das Constituições. A posse, de outro lado, possivelmente, em razão das históricas dissonâncias teóricas que lhe minam o campo, ainda continua tratada como um mecanismo de acesso à propriedade, sendo que, de uma perspectiva autônoma, isto desvinculada da propriedade, dela tratam os autores apenas timidamente.

Contudo, a partir do momento em que se deflagra um processo de reconceptualização das tradicionais categorias de direito privado, com o deslocamento do aspecto social e promocional do Direito para o primeiro plano de modo que a posse, a propriedade, o contrato, a empresa e a família ressurgem com uma nova face. É face da função social, que levará a um redesenho desses ancestrais institutos.

O mundo contemporâneo é marcado por intensa complexidade em suas relações internas, circunstância que faz instaurar na ordem política e, por con-

seguinte na ordem jurídica, um processo de relativização do direito, que pretendendo dessacralizar-se, deixa de ser absoluto e oponível para se apresentar funcionalizado, isto é, destinado a se harmonizar com as diferentes dimensões e aspectos da vida social.

O aspecto funcional de categorias jurídico-normativas é uma dimensão que toma como medida o aspecto subjetivo das relações jurídicas. Esse movimento de deslocamento das preocupações normativas do patrimônio para o sujeito de direito, implica num verdadeiro processo de repersonalização das relações jurídicas, cuja consequência é o abandono das fórmulas oitocentista.

Assim, quando socialmente funcionalizadas as relações jurídicas trazem como consequência a revitalização do Direito a partir da compreensão de que o Direito é um fenômeno político, cultural e econômico e deve ser encarado como um instrumento realizador da vida humana em sociedade e não mero produto estatal.

Direito e sociedade são simbioticamente relacionados; um e outro são necessária e umbilicalmente inseparáveis: não podem ser compreendidos independentemente um do outro, disso derivando, portanto, que as fórmulas normativas devem apresentar uma tessitura mais delgada, mais aberta e plástica para que nelas sociedade e direito se ajustem, a cada movimento de transformação social e política.

Nessa nova circunstância, a posse passa a se relacionar mais direta e frontalmente com a propriedade, colocando-se ao seu lado como o mesmo grau de importância. A partir da compreensão de que a propriedade não apenas tem uma função, mas ela mesma é uma função, deflagrou-se a discussão acerca da perspectiva funcional da posse como categoria de direito fundamental.

Trata-se de uma perspectiva que repercute no âmbito dos direitos humanos, na medida em que a tradição romano-canônico herdada pelo direito português e transmitida ao direito brasileiro já naqueles momentos de ensaio de projeção de código civil, propriedade e a posse sempre foram tratados de maneira relacional, preponderando a propriedade, como expressão de poder político e econômico, sobre a posse, como fato social cede lugar a uma nova compreensão do fenômeno possessório, no qual se articulam valores como trabalho e moradia.

Nesse cenário, questão relevante que se põe como pano de fundo para a vertente discussão é, primeiro saber se para além de direito fundamental, a posse quando funcionalizada assume ou pode assumir aspectos de Direitos Humanos; uma vez assentada essa premissa, cumpre discutir em que medida a posse que se materializa no trabalho e na moradia, revelando o aspecto promocional da dignidade da pessoa

humana se efetiva no âmbito dos Direitos Humanos, por meio do processo de regularização fundiária, excedendo os limites categoriais de Direito Privado.

A análise da questão proposta toma em linha de consideração as transformações conceituais porque passaram os institutos de direito privado, que de *locus* privilegiado do indivíduo, isto é, do burguês livre das interferências do Estado<sup>2</sup> referencial do Estado Liberal passa, no Estado Social, a representar um *locus* que harmoniza legalidade e justiça social, expressões usadas por Pietro Perlingieri para descrever os contornos do Estado Social<sup>3</sup>.

Essa passagem do Estado Liberal para o Estado Social, cujas fronteiras se alargaram e suprimiram áreas de contraste como o direito público e o direito privado, por exemplo, implicou na alteração das forças, técnicas, organização e epistemologia do Direito, aspectos que segundo François Ewald teria transformado o Direito Civil em Direito Social.<sup>4</sup>

Essa transformação que se opera em alguma medida no conteúdo do direito privado, sem ignorar suas raízes históricas e ancestrais, passou a apresentar novos contornos e conteúdos; instaurou-se verdadeiro processo antropofágico: as categorias tradicionais de direito privado amalgamaram-se a outros elementos, possibilitando compreender que o direito num mecanismo legitimador de usos e práticas de coação e sanção sociais. Para Marcio Alves da Fonseca é esse movimento e processo de renovação do direito permite pensá-lo diferente.<sup>5</sup>

Objetiva-se, portanto, com este artigo de revisão demonstrar que a posse funcionalizada é uma categoria de direito fundamental do cidadão a partir do assentamento no texto constitucional da garantia do direito à moradia; reconhecida essa dimensão da posse reveste-se ela dos caracteres de Direitos Humanos a possibilitar, no âmbito das práticas político-jurídicas, a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil, por meio da regularização fundiária.

Para esse desiderato, o artigo principia por estabelecer as eventuais fronteiras entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a fim de compreender em que medidas esses dois termos se aproximam e se distanciam para verificar, a partir desse movimento, o diálogo entre eles como um fenômeno social e político; em seguida, este trabalho discute o processo de formação dos Direitos Humanos, examinando a questão da perspectiva migratória da tradição à resistência.

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.13-15.

<sup>3</sup> PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14.

<sup>4</sup> EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Grasset, 1986, p.29.

<sup>5</sup> FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.37.

Nesse ponto, quer-se discutir, em sede de Direitos Humanos, a transformação vetorial que se deu com a passagem da dignidade da pessoa humana para a noção de Direitos Humanos, observando-se a perspectiva processual dessa transformação em princípio expressão de resistência e de luta políticas.

Objetiva essa discussão estabelecer a moldura teórica dentro da qual se move a posse, como representação da luta que se trava no terreno do direito privado com vistas a sua emancipação para se colocar como direito fundamental e, por via de consequência, como expressão de Direitos Humanos.

Ao final, em arremate às discussões travadas no espaço desse trabalho, são feitas algumas considerações, sujeitas que estão como a própria dinâmica das relações possessórias, a alterações que ampliem, conformem e até mesmo redesenhem suas fronteiras e seus interstícios. Este trabalho se desenvolve a partir de uma perspectiva crítica ao discurso tradicional e ideológico do tratamento dogmático emprestado à posse como categoria de direito subjetivo de natureza privada e como produto da tecnologia jurídica da modernidade.

## **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: APROXIMAÇÕES, DISTANCIAMENTOS E REAPROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS**

Direitos Fundamentais são um produto da modernidade; nascem com o Estado Moderno como mecanismo legitimador da prática do Estado de assegurar direitos como fator limitador de sua própria atuação; configura a tradição inaugurada com o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e nem separação de poderes determinada não tem constituição.

Lynn Hunt informa que com que partir da queda da Bastilha em 14 de julho de 1789, a Revolução Francesa precisava com urgência de uma declaração oficial de direitos e diferentemente do que acontecera com a Declaração Americana,<sup>6</sup> cujo rascunho fora redigida por Thomas Jefferson cerca de treze anos depois, a Declaração Francesa passou por uma discussão na Assembleia Nacional.

O resultado final foi a adoção provisória em dezessete de agosto como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão um documento com dezessete artigos que, atribuindo à nação a soberania, declarava que os direitos naturais do

---

<sup>6</sup> Este documento não tinha natureza constitucional e apenas quinze anos depois, em 1791, depois de discutido pelo Comitê dos Cinco, composto por Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin e Roger Sherman e oitenta e seis alterações é que o Congresso ratificou o *Bill of Rights*, conforme notícia Lynn Hunt (2009, p. 16)

homem eram não apenas inalienáveis e sagrados, mas também a fundação de todo e qualquer governo.<sup>7</sup>

O termo “Direitos do Homem” empregado na Declaração de 1789 não o aproxima semanticamente do termo “Direitos Humanos” de uso recorrente na contemporaneidade; aquele termo – Direitos do Homem - mesmo quando na obra de Thomas Paine, a quem se atribui o uso da expressão direitos humanos pela primeira vez na obra *The Rights of Man*, de 1791, estava associado aos direitos naturais.

Conforme ensina André Ramos Tavares, a expressão importava na somatória dos direitos naturais titularizados pelo Homem, natural porque o Homem existe e direitos civis porque eles existem em sociedade.<sup>8</sup>

É na Alemanha, entretanto, que o termo - Direitos do Homem - se reconfigura no sentido de significarem as garantias mais elementares de todo ser humano, seja considerado como indivíduo seja ele considerado como elemento integrante de uma comunidade, assentada sobre um território. Representam os Direitos do Homem nessa dimensão aqueles valores que devem não apenas ser respeitados, mas igualmente garantidos pelo Estado, a quem compete assegurá-los por meio da criação de mecanismos de proteção a essas prerrogativas.

A noção de Direitos Humanos, de outro lado, não nasce do mecanismo de normalização do Direito a partir do processo de constitucionalização, mas, como anota Lynn Hunt de um “(...) um conjunto e convicções sobre como são as pessoas e como elas distinguem o certo e o errado no mundo secular (...)”<sup>9</sup>

Essa perspectiva representa no plano das mentalidades uma luta entre o social e o político, com avanços e retrocessos a partir da noção primeira de dignidade da pessoa humana a salvaguardar-se contra as violações e o desprezo recorrente pelo homem.

Se, desde logo é possível identificar as aproximações entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a partir da noção de empatia como o motor que aproxima semanticamente os termos, o distanciamento, de outro lado, entre os termos precisa ser compreendido. O desafio é saber em que medida os Direitos Fundamentais, como fatores de limitação do Estado, porque são geneticamente políticos e produto do Estado Liberal e da burguesia, se distanciam dos Direitos Humanos.

<sup>7</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 14.

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.447.

<sup>9</sup> HUNT, Lynn. *op. cit.* p.25.

A resposta pode ser encontrada em Karl Marx no ensaio *Sobre a questão judaica* em que o autor aponta para o artificialismo do homem político, a quem a garantia dos direitos fundamentais, buscava apenas assegurar a sua natureza individualista, desarticulando-o da sociedade ao ponto da sua desestruturá-lo. É essa desintegração e segregação do homem que demonstrarão o nascimento dos Estados Totalitários, no século XX, conforme Marcio Morena Pinto.<sup>10</sup>

Sobre esse aspecto, Lynn Hunt observa que já em 1789 os franceses haviam afirmado que o desprezo e a negligência dos direitos do homem eram as únicas causas dos males públicos e da corrupção governamental, tanto assim que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 emerge de um quadro de desrespeito e desprezo pelo homem de que resultou atos bárbaros ofensivos à consciência da humanidade.<sup>11</sup>

A empatia, enquanto sentimento e razão, que fomentou as lutas sociais pelo reconhecimento da dignidade do homem como fundamento da sociedade politicamente organizada, numa escala global, a transcender, portanto, os limites do assentamento territorial e da qual derivou a consciência sobre os Direitos Humanos estabeleceu a reaproximação com os Direitos Fundamentais.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que não se limitou às garantias dos direitos políticos da Declaração de 1798, teve início uma jornada de reconstrução do homem, na busca de transformá-lo de homem abstrato dos séculos XVIII, XIX e XX num homem autêntico, concreto; as muitas gerações de Direitos demonstram o itinerário formativo desse novo homem bem como as reaproximações com a ordem interna dos Estados.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> PINTO, Marcio Morena. "A Questão Judaica" e a crítica de Marx à ideologia dos direitos do homem e do cidadão. *Controvérsia* - v.2, n.1, jan-jun 2006, p. 13.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 205.

<sup>12</sup> As gerações de Direitos Fundamentais permitem observar essa reaproximação da ordem política com o sentimento de humanidade de que derivam os Direitos Humanos: Direitos de 1ª Geração - Os Direitos Individuais: pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; Direitos de 2ª Geração - Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto como inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; Direitos de 3ª Geração - os Direitos dos Povos ou os Direitos de Solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; Direitos de 4ª Geração: Os Direitos de Manipulação Genética: relacionam-se à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia. Ver nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer. *Novos pressupostos para a temática de Direitos Humanos*. In: Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015, pp. 13-29.

## 2. DIREITOS HUMANOS: LUTA E RESISTÊNCIA NO PERCURSO FORMATIVO

A trajetória dos direitos humanos é marcada por uma série de contradições; desde a vitória inaugural dos revolucionários em 1789, passando pela formação dos Estados totalitários até presentemente, os direitos humanos vão se sucedendo em avanços e retrocessos.

Das propostas do Estado Social, de seu ideal e valores solidaristas seguiu-se, como observa Fabio Konder Comparato uma vaga neoliberal que não apenas demonstrou a fragilidade daqueles ideais, mas também implicou numa espécie de retorno ao individualismo ancestral, circunstância que para o autor implicou em “retomar reflexão sobre o fundamento ou a razão de ser dos direitos humanos”.<sup>13</sup>

A questão, nesse ponto, principia, por examinar os Direitos Humanos como razão que justifica e legitima ordem social, cujos valores consignados no preâmbulo assim como nos artigos 1º e 3º, da Constituição da República representam em última análise o princípio ético do Estado Social e Democrático de Direito; para Fabio Konder Comparato essa relação significa reconhecer que a “validade dos direitos humanos se assenta em algo mais profundo e permanente que a ordem estatal.”<sup>14</sup>

Os direitos humanos estão, portanto, para além de toda a ordem jurídica tanto quanto das suas estratégias e tecnologias as quais sendo produto da cultura e da ação humana sobre o mundo é no homem e na dignidade da pessoa humana que os direitos humanos assentam sua razão justificadora e os Direitos Humanos lançam a sua pedra angular.

A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, serve de vetor para a reflexão acerca do problema que se põe nesse artigo: discutir em que medida a função social da posse se articula com os direitos fundamentais e com os direitos humanos e constitui, como resultado, instrumento de uma ordem jurídica justa, fraterna e solidária destinado a dar efetividade aos direitos humanos.

O Estado Brasileiro estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, mas não o seu fundamento, diversamente do que outros Estados soberanos fizeram como nota Fabio Konder Comparato<sup>15</sup>; na Constitui-

---

<sup>13</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Artigo apresentado ao Instituto de Estudos Avançados da USP. Texto disponível em [www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos). Acesso em 16 de março de 2013.

<sup>14</sup> COMPARATO, Fabio Konder, *op. cit.*, p. 6.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 8.

ção da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana vem estampada no inciso III, do artigo 1º, depois da soberania e da cidadania.

O ser humano é eminente histórico, porque se refaz permanentemente pelo recurso à memória e por sua projeção para o futuro; essa refazimento encontra sua razão na socialidade que marca a natureza humana; em outras palavras que apenas quando está entre seu pares é que o homem realiza todas as suas potencialidades, o homem se faz pela alteração mecânica do mundo em que vive e nisso consiste a sua dignidade como aponta Fabio Konder Comparato ao sustentar, de uma perspectiva kantiana, que

a dignidade é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem<sup>16</sup> em sua essência, independentemente das qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social ou qualquer outra. Disso decorre a lei universal do comportamento humano (...) porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual, inerentes a cada homem. (...) o fato sobre o qual se funda titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem. (...) <sup>17</sup>

Assentada a noção de dignidade da pessoa humana como razão justificadora da ordem jurídica, o direito subjetivo se renova ao mesmo tempo em que se refaz, trazendo para o primeiro plano a dimensão social e mesmo coletiva dos interesses que lhe servem de fundamento.

Opera-se uma transformação estrutural fundamental porque se desloca da periferia para o centro de sua estruturação conceitual a dimensão social, que nesse novo cenário consiste num mecanismo de reinserção do homem na comunidade, aproximando o homem do cidadão que num Estado solidarista não é permitido mais ignorar a miséria do outro, o que impacta qualitativamente no direito objetivo.

Norberto Bobbio observa que mudanças no tecido social implicam no nascimento de novos direitos, o que faz com que o quadro geral normativo, apoiado em tradicionais categorias jurídico-normativas, se amplie, para atender não apenas a fatores econômicos, expresso pelo aumento da tutela de bens, antes excluí-

<sup>16</sup> Para Jacques Maritain "O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade; não existe apenas de maneira física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir espiritualmente em conhecimento e amor. É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microcosmo. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1967. p.16-17.

<sup>17</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento ...*, p. 19.

dos de proteção, mas particularmente para compreender o homem não como um ser abstrato.<sup>18</sup>

Essa ampliação do quadro normativo impõe um novo olhar sobre o homem, que passa a ser percebido e considerado na sua concretude e na sua especificidade; revela-se diante dos olhos o reconhecimento da diversidade de ser do homem que, por sua vez, se reflete nas estruturas sociais; a consequência inafastável dessa pluralidade e dessa diversidade é o remodelamento das categorias jurídicas, que para dar conta dessa modificação substancial exige que elas sejam mais plásticas, moldáveis.

O processo de multiplicação de direitos por especificação se dá, particularmente, na esfera dos direitos sociais<sup>19</sup>; eles se inserem no quadro normativo do Estado de Direito a partir do momento em que se aos direitos de liberdade negativa, representada pelos chamados direitos humanos de primeira geração se segue uma nova era de direitos, desta feita de natureza social, tradicionalmente conhecidos como direitos humanos de segunda geração, como se refere Norberto Bobbio<sup>20</sup>.

A partir desse ponto de mutação, ou seja, a partir da multiplicação dos direitos sociais, passou-se a exigir do Estado uma atuação mais direta, que se estende para além da criação daqueles mecanismos de contra poder das liberdades negativas; criaram-se estruturas e mecanismos que fizeram com que a pessoa humana fosse reconhecida tanto como valor-fonte de todos os valores sociais quanto fundamento da ordem jurídica, como afirma Miguel Reale<sup>21</sup>.

Os Direitos Humanos no seu contraponto com os Direitos Fundamentais são mais do que normas internacionais que vinculam moralmente Estados Soberanos; os Direitos Humanos permitem ao homem, concreto e real, perseverar na sua luta por dignidade, disso resultando a ideia de Direitos Humanos como processo.

Assim, os Direitos Humanos como processo pode ser melhor compreendido quando se tem em vista que eles são um produto cultural e, dessa perspectiva

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.68.

<sup>19</sup> Os direitos sociais tal como ficaram consagrados foram pela primeira vez mencionados na Constituição do México, de 1917 e na Constituição de Weimar, de 1919. No Brasil, esses direitos foram consagrados na Constituição da República de 1934. De acordo com Paulo Bonavides “o constitucionalismo social (...) jamais operou por via eliminatória, cancelando direitos e garantias expressos nas declarações anteriores, mas antes obrou com vistas a conservá-los, modificando-lhes tão somente a índole e o espírito, de tal maneira que os acréscimos de inspiração social se impusessem dominantes.” In: *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, 1988, p. 321.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 70.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.63.

processual como eles estão inseridos num determinado contexto político, econômico e social. Esse modo de pensar os Direitos Humanos afasta a tradicional afirmação de que haja direitos que todas as pessoas têm pelo simples fato de serem humanas.

Afirma Joaquim Herrera Flores<sup>22</sup> tratar os Direitos Humanos como uma essência é insistir no tratamento do Direito como essencialista de que fala François Ewald em *L'Etat providence*, quando a bem da verdade os Direitos Humanos derivam de práticas sociais que constroem as relações sociais, políticas e jurídicas que dão sentido ao sujeito e a forma que ele se insere no mundo. Em outras palavras, para Joaquim Herrera Flores os Direitos Humanos devem ser tomados como:

Los derechos humanos deben ser entendidos como los procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuren materialmente –a través de procesos de reconocimiento y de mediación jurídica– ese acto ético y político maduro y radical de creación de un orden nuevo; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales (...) y consolidan – desde el “reconocimiento”, la “transferencia de poder” y la “mediación jurídica” – espacios de lucha por la particular concepción de la dignidade humana.<sup>23-24</sup>

Entre a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 que há uma série de continuadas ações sociais e políticas representativas de lutas históricas que são expressão de resistências contra a violência que o poder, diuturnamente, exerce contra os indivíduos e os coletivos.

Não se trata apenas da violência decorrente do Poder Público, mas também daquela derivada do exercício das categorias de direito subjetivo de natureza privada – contrato, empresa e propriedade, apesar da sua funcionalização e do seu aspecto promocional dado pelo direito objetivo e pela ordem jurídica.

---

<sup>22</sup> FLORES, Joaquim Herrera. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. In: Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015, p. 75.

<sup>23</sup> Em tradução livre: Os Direitos Humanos devem ser entendidos como os processos sociais, econômicos, políticos e culturais que por um lado, configuram materialmente – através de processos de reconhecimentos e de mediação jurídica – esse ato ético e político maduro e radical de criação de uma nova ordem: e, por outro lado, a matriz para a constituição de novas práticas sociais (...) e consolidam – desde o reconhecimento, a transferência do poder e a mediação jurídica – espaços de luta por uma particular concepção de dignidade da pessoa humana.

<sup>24</sup> FLORES, Joaquim Herrera. *Op. cit.*, p. 108.

### 3. POSSE: DE CATEGORIA DE DIREITO PRIVADO A EXPRESSÃO DE DIREITOS HUMANOS

Nessa esteira do que se vem afirmando é preciso não perder a linha de consideração segundo a qual os Direitos Humanos se estendem para além das tradicionais fronteiras entre o público e privado; mostra-se imperioso lançar um novo olhar para o fenômeno social, econômico e político denominado posse bem como sobre a função social que desempenha particularmente quando se tomada desarticuladamente do seu par correlato – a propriedade – e se a examina como possível expressão do direito social de moradia.

Discutir as origens da propriedade assim como a natureza da posse no espaço desse trabalho seria deslocar o problema para a seara da tradicional dogmática jurídica, levando o tema dos Direitos Humanos para um segundo plano, do que decorreria um desnecessário afastamento do olhar da questão primordial.<sup>25</sup>

Feito o alerta, no cenário contemporâneo dessas duas categorias de direito privado, posse e propriedade não disputam mais um local de primazia, nem tampouco buscam estabelecer novas relações hierárquicas, sequer pretendem redefini-las, circunstância que outrora justificou o tratamento dogmático desses institutos nos estatutos de direito privado, que subordinaram tradicionalmente a posse à propriedade.

Mesmo que pares correlatos, posse e propriedade são realidades bem distintas cujos pressupostos marcam muito claramente suas fronteiras; em suas relações com a propriedade, a posse busca se firmar e reafirmar como categoria autônoma; nesse movimento de renovação conceitual que se insere o direito a moradia e toda a sua arquitetura jurídico normativa, que se revela pela resistência ao peso da herança romano-germânica e liberal da propriedade e às suas funções econômicas e jurídicas.

A problemática da moradia como direito social e elemento funcional dos Direitos Humanos não é nova, como poderia parecer em razão da sua inserção no artigo 6º da Constituição da República, a partir da edição da Emenda Constitucional de nº 26, de 2000, porque não foi, contudo, apenas nesse momento que a moradia assumiu esse *status* – direito social e passou a ocupar esse *locus* – o texto constitucional.

O direito a moradia ou direito à habitação foi pela primeira vez consagrado na Declaração de Direitos Humanos 1948, no seu artigo XXV, item 1; sendo no-

---

<sup>25</sup> Para um retrospecto sobre as discussões em torno da posse e sua construção dogmática, recomenda-se a leitura do insuperável tratado sobre a posse de José Carlos Moreira Alves: *Posse – estudo dogmático*. Rio de Janeiro: Forense.

vamente referido na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, artigo V; foi repisado no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no artigo 11 e, posteriormente na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, no artigo 22, para citar alguns documentos internacionais de Direitos Humanos envolvendo a moradia.

A moradia desde sempre foi compreendida como inerente à dignidade humana e mesmo reconhecida e assegurada como direito social, o desafio no cenário social e político brasileiro foi e, de fato, tem sido superar o aspecto retórico dos Direitos Humanos, tornando-o concreto; dando-lhe eficácia e concretude no plano das práticas sociais e políticas.

É no direito à moradia que se encontra, essencialmente, a função social da posse, particularmente no espaço urbano, historicamente, marcado pela ausência de moradia digna, em razão da atuação dos grandes proprietários a quem coube atuar e dirigir o processo de urbanização, que no seu movimento de expansão levou grande parte da população urbana de baixa ou nenhuma renda para áreas de vulnerabilidade socioambiental.

A negação de acesso à moradia digna às populações de baixa assim como o processo de empobrecimento da classe trabalhadora, de que resultou um novo grupo de cidadãos, categorizados como sem teto e, portanto, sem moradia, representam uma violação aos Direitos Humanos, que segundo Flávia Piovesan se explica em razão "(...) tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção"<sup>26</sup> a despeito de a Constituição Federal garantir os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos de forma mais ampla possível.

Enquanto o espaço urbano tiver suas funções, fundamentalmente, orientadas para os aspectos econômicos, a moradia para os não proprietários encontra obstáculo para sua materialização, disso resultando que a simples referência constitucional à função social se mostra insuficiente para o cumprimento da promessa de redução das desigualdades e para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária e a posse, por sua vez, não exercerá a função a que ontologicamente se destina.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 1997, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 200.

<sup>27</sup> É no espaço urbano que se realiza o direito à cidade, compreendido como "o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social. Entendido como o direito coletivo dos habitantes das cidades em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que se conferem legitimidade de ação e de organização, baseado nos usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado." Carta Mundial do Direito

Para que se tenha uma noção da dimensão da questão, segundo o estudo do IPEA:

apesar dos avanços obtidos, o grau de alcance do direito à moradia (...) é bastante desigual (...). A população negra (pretos e pardos), os pobres (renda domiciliar *per capita* até ½ salário mínimo), as crianças (pessoas com até 12 anos de idade) os moradores de assentamentos informais apresentam piores condições de moradia do que a média da população brasileira. Para dar uma ideia da dimensão das desigualdades raciais (...) enquanto o grau de adequação das condições de moradia entre a população branca é de 70,7%, entre os pretos e pardos é somente 48,2%. (...) “ainda existe no país uma vasta gama de necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando violações do direito à moradia, que incidem, sobretudo, nas camadas mais pobres da população. Nas áreas urbanas brasileiras ainda há 59,7 milhões de brasileiros que convivem com pelo menos um tipo de inadequação habitacional.”<sup>28</sup>

A questão primordial do direito social à moradia reside, fundamentalmente, no problema possessório. O Brasil apresenta, desde há muito, um crescente déficit habitacional que, em 2011, foi de 5,8 milhões de famílias, número que representa um índice de 9,3% de famílias que não têm onde morar ou vivem em condições inadequadas; em 2012 esse número caiu para 5,7 milhões, o equivalente a 9,1% de déficit relativo.<sup>29-30</sup>

Diante desse quadro, a despeito da existência de alguma Política Pública Habitacional, o fenômeno possessório se reafirma como um mecanismo capaz de concretizar a promessa constitucional de redução das desigualdades e fortalecer a base do Estado Socioambiental e Democrático de Direito com a elevação para o plano das práticas sociais, políticas e judiciais a dignidade da pessoa humana do plano retórico.

Esse movimento de elevação importa em dispensar à posse um tratamento diverso daquele que dogmática jurídica consolidou na sua experiência jurídica; trata-se de um processo de reconfiguração em que ocorre o abandono da perspectiva jurídica formal herdada do direito romano-canônico e a compreensão da posse com um conteúdo que a coloque a serviço da dignidade humana e do cidadão.

---

à Cidade, disponível em <http://normativos.confex.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2015.

<sup>28</sup> MORAIS, Maria da Piedade. GUIA, George Alex Da. PAULA, Rubem de. *Monitorando o Direito À Moradia no Brasil (1992-2004)*. In: IPEA. *Políticas Sociais acompanhamento e análise*. Brasília, nº 12, fevereiro de 2006, p. 238.

<sup>29</sup> PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011.

<sup>30</sup> PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 32, 2012.

Os instrumentos desenhados ao tempo do Estado de orientação liberal, cuja centralidade era a defesa do patrimônio não se ajustam ao novo modelo de Estado e nem aos seus fundamentos, quanto mais aos aspectos funcionais de categorias como o contrato, a propriedade, a empresa; assim, ao se lançar os olhos sobre os conflitos possessórios, sejam urbanos sejam rurais, constata-se que eles são coletivos e orientados apenas pela necessidade social e política de concretização daquela promessa constitucional de realização de justiça distributiva mínima.

Essa circunstância – a ação da coletividade na busca da promessa constitucional de dignidade - implica em reconhecer que os atores sociais e políticos envolvidos nesses conflitos são grupos sociais vulneráveis e expostos a constantes e recorrentes situações de risco social; o olhar, ainda que superficial, aponta que esses atores sociais e políticos são mulheres, transgêneros, crianças e idosos e, também, portadores de necessidades especiais.

Moradia digna é aquela que se revela tanto pela garantia de segurança da posse quanto pela presença de instalações e aparelhamento sanitário adequado, que garanta condições de habitabilidade, porque atendida por serviços públicos de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo, pavimentação e transporte coletivo; trata-se, como vê de um vetor de inclusão sócio-territorial, que garante a construção da cidadania.<sup>31</sup>

A questão, portanto, da funcionalização da posse como mecanismo garantidor do direito à moradia e instrumento de efetivação dos Direitos Humanos está centrada, de um lado, no desenvolvimento de políticas públicas<sup>32</sup> voltadas para o problema de habitação especialmente nos grandes centros urbanos com a tomada de medidas sancionatórias previstas na Constituição da República para a reprimenda à propriedade desfuncionalizada.

De outro lado, essa efetivação pode residir na prática judicial democratizada pela adoção de um modelo decisional, pautado pela lógica do razoável e do proporcional o que pressupõe o abandono do dedutivismo formal, que se funda no aspecto artificial da autoridade, construída ficcionalmente pela atuação de políticos profissionais, que desumanizando o direito, despe-o de seu conteúdo.

<sup>31</sup> MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Plano Municipal da Habitação Social da Cidade de São Paulo: 2009-2029*, p. 12.

<sup>32</sup> De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, “as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001, p.11

As circunstâncias reais e concretas tornam as políticas públicas de direitos humanos e de moradia, primordialmente, uma questão de política partidária e de alianças políticas, dependendo sua concretização de decisão, fundamentalmente, de economia e de recursos financeiros disponíveis, o que torna, de um lado, o discurso constitucional enfraquecido e de outro fortalece a dominação da minoria que controla política e financeiramente o Estado.

Nisso consiste o paradoxo dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos: ao mesmo tempo em que assegurados, porque prometidos constitucionalmente, sua concretização depende de questões políticas e econômicas, que os torna ineficazes de um ponto de vista prático, mas discursivamente tornados eficazes, na medida em que recorrentemente são invocados nas decisões judiciais que pontualmente resolvem o conflito, fazendo com que os grupos perseverem na luta por sua eficácia social.

Num panorama político e social em que os Direitos Humanos assumem a conformação de questão política e sua concretização um problema que se revela não apenas pela carência de políticas públicas mas também pela ausência de soluções habitacionais que permitam atender ao projeto global de redução da pobreza e da desigualdade, ganha expressão significativa a atuação do Estado-juiz com práticas inovadoras que consubstanciem alternativas na solução dos conflitos possessórios orientados pelo direito de moradia digna.

Boaventura de Souza Santos observa que:

(...) quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes, maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito.<sup>33</sup>

A luta e a resistência que se revela na base dos Direitos Humanos tem em vista a essencial natureza indivisível dos Direitos Humanos, expressão importada do campo do direito privado para significar que não é possível fragmentar os diversos aspectos que envolvem o homem em sua relação com seus pares e com a estrutura estatal.

Em outros termos, a impossibilidade dessa fragmentação significa dizer que a violação ao direito de moradia, representa a violação de todos os outros direitos fundamentais assegurados, na medida em que estão todos eles – os direitos

<sup>33</sup>SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade..* São Paulo: Cortez, 2001, p. 178.

civis e os direitos sociais – para dizer o mínimo - visceral e umbilicalmente vinculados, como, aliás, observa Hector Gross Espiell, para quem:

Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação.<sup>34</sup>

A ideia de uma necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade de quanto ao conceito assim quanto à realidade mesma do conteúdo dos direitos humanos, de alguma forma já podia ser decotada da Carta das Nações Unidas; no entanto, essas relações se ampliam e são sistematizadas com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, reafirmando-se categoricamente e em caráter de permanência nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, assim como na Proclamação de Teerã, de 1968 e, também, na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais, de acordo com a Resolução n. 32/130.<sup>35</sup>

A garantia da posse, portanto, representa a via de acesso à moradia digna, sobretudo nas áreas de vulnerabilidade socioambiental, que são sobretudo áreas de risco quase que permanentes; a garantia da posse é uma das recomendações feitas pela ONU no documento denominado de Recomendação de nº 4, que se refere à segurança jurídica da posse, cabendo ao Estado-Juiz impedir que ocorram os despejos forçados, que representam uma violação ao direito de moradia.

Na esteira dessa recomendação, emerge o Comentário Geral nº 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas segundo o qual os Estados devem assegurar, antes da efetivação de qualquer despejo, particularmente daqueles que envolvem grande número de pessoas, que alternativas viáveis sejam buscadas mediante consulta à população afetada, com o objetivo de evitar ou, pelo menos, minimizar o uso da força.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986, p. 16

<sup>35</sup> ESPIELL, Hector Gros. *op. cit.* p. 17.

<sup>36</sup> Comentário Geral n.º 7, sobre o direito a uma habitação condigna (artigo 11.º, n.º 1 do Pacto): desalojamentos forçados (adoptado na 16.ª sessão do Comitê, 1997). Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>. Acesso em 9 de março de 2013.

#### **4. AS OCUPAÇÕES (IR)REGULARES EM ÁREAS DE VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL**

As ocupações humanas de áreas, de alguma forma, interditas, não são uma questão social e jurídica própria da contemporaneidade; ao contrário, essa problemática está diretamente relacionada ou à escassez ou má distribuição da habitação urbana, que a partir da intensificação do processo industrialização no século XVIII passou a representar um problema.

Correlato, portanto, à intensificação da industrialização, está a aceleração do desenvolvimento urbano; no Brasil, as cidades se transformaram radicalmente, operando em curto espaço de tempo, uma reestruturação do seu espaço, com a intensificação do processo de ocupação irregular, em que

Nesse processo, a população brasileira passou de cerca dez milhões em 1872, quando ocorreu o primeiro censo para um número próximo a 190.755.799 milhões de pessoas até 2010, quando ocorreu a última contagem da população brasileira.<sup>37</sup>

O aumento do contingente populacional nas áreas urbanas implicou na produção de um déficit habitacional que deflagrou a intensificação das ocupações irregulares como a única via de o acesso a terra e à habitação de que derivou reflexos no meio ambiente, especialmente pela ocupação de áreas que estariam fora do comércio jurídico.

O processo de urbanização nas metrópoles foi expressão da condição proprietária, isto é, ela resultou da fragmentação do solo urbano como manifestação das tradicionais parcelas de cunho econômico e jurídico do direito de propriedade, com nenhuma ou pouca intervenção do Poder Público; dessa atuação mínima do Estado resultou um ambiente urbano fragmentado e socioambientalmente degradado, tanto do ponto vista natural quanto artificial.

A legislação infraconstitucional reconhece o espaço urbano construído como uma das formas em que se realiza o meio ambiente, segundo se depreende dos artigos 2º e 37, da Lei 10.257, de 2001, os quais cuidam, respectivamente, das diretrizes gerais da política urbana e do estudo de impacto de vizinhança, definindo, ainda, os contornos do direito a cidade sustentável, com destaque para as funções sociais de moradia, trabalho e lazer.

Tomando em linha de consideração o atual modelo de Estado Socioambiental e Democrático de Direito, seus valores e perspectivas, não se legitima, como

---

<sup>37</sup>IBGE, disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default\\_sinopse.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_sinopse.shtm). Acesso em 3 de abril de 2015.

prática política e jurídica, que a ocupação do solo urbano se opere de forma a segregar os habitantes da cidade, levando a ocupação de espaços impróprios para habitação, como áreas de encostas e de proteção de mananciais num processo de expansão da cidade para a periferia como observa Pedro Jacobi, produzindo uma cidade clandestina.<sup>38</sup>

É nesta cidade que se estende para além dos seus muros e limites que se assenta o conflito possessório decorrente da ocupação irregular, sobre os quais as decisões judiciais, hegemonicamente, a despeito da reorientação paradigmática da posse, de seu redesenho institucional e de sua crescente funcionalização, ainda se assentam na mentalidade oitocentista, amparadas no apego à forma, à supremacia da propriedade, desenraizando o direito da vida que o fundamenta, de que deriva o esgarçamento do tecido social.

A cidade antes dividida em cidade mapeada pelo Poder Público, visível e a cidade que se ergue, paralelamente, em frontal oposição à legislação urbanística e ambiental, desamparada da tutela do Direito Privado; tende a se reunificar legitimamente na medida em que o direito à moradia se consolida na práxis social como um direito fundamental instrumentalizado a partir da função socioambiental da posse, de que o processo de regularização fundiária se revela um importante instrumento.

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As ações de regularização fundiária estão orientadas a garantir a inserção da área na cidade formal, naquela cidade mapeada pelo Poder Público, em todos os seus aspectos e significados; em outros termos, o processo de regularização fundiária constitui exercício de cidadania que estende para muito além da simples titulação cartorária; não significa, portanto, apenas a titularização de uma situação jurídica de natureza real, trata-se, a bem da verdade, de direito fundamental protegido constitucionalmente.

As ocupações consideradas irregulares para o Poder Público são formas tomadas pelas populações de baixa renda como uma via de regularização da forma de apropriação das terras na cidade, que ocorrendo em desatenção às necessida-

<sup>38</sup> JACOBI, Pedro. *Cidade e meio ambiente: percepções e práticas em São Paulo*. São Paulo: Annablume, 2006, pp. 33-36.

des específicas dessa parte da população resultou numa cidade que não observa o direito à moradia digna, como direito fundamental e categoria de direitos humanos e nem realiza e cumpre as suas funções, especialmente ambientais.

De fato, a ocupação do solo urbano revela situações marcadamente precárias, no sentido de inadequadas e irregulares, no sentido de estarem em desconformidade com aquelas categorias formais do Direito Privado e do Direito Urbanístico, aspectos que aumentam a insegurança jurídica dos moradores em relação à posse que exercem sobre o espaço ocupado.

Essa clandestinidade forçada dificulta o acesso desses moradores aos instrumentos e serviços públicos; assim, impossibilitados de arcar com os altos custos impostos pelo mercado imobiliário formal, resta à população de baixa renda tão somente “a possibilidade de inserir-se no espaço da cidade por meio da ocupação irregular de terrenos ociosos - públicos ou privados - que, em grande parte, incluem as áreas ambientalmente frágeis”<sup>39</sup>

A estratégia empregada para supressão dessa dissonância é o processo de regularização fundiária que não pode ser tido como simplesmente adequar os assentamentos informais ao modelo civil-ambiental de cidade, o que significa dizer que não se trata de apenas formalizar títulos dominiais, com as clássicas atribuições registrarias, bem ao sabor dos oitocentos.

A regularização fundiária dessas áreas demanda um processo de humanização das relações de ocupação do solo e de materialização das funções socioambientais da propriedade, o que significa dizer que esse processo em áreas ambientalmente protegidas não pode ser analisada como um problema pontual; É preciso tomar em consideração as implicações para os ecossistemas.

Assim, partir de um levantamento técnico multidisciplinar, é possível identificar os conflitos existentes e solucioná-los, seja com a manutenção da ocupação com medidas técnicas efetivas de redução dos impactos ambientais e compensações, seja com a recuperação integral da área e recolocação das pessoas, com vistas a conciliar o direito das populações historicamente excluídas que ocuparam áreas de preservação com a manutenção ambiental das áreas de preservação e o direito de propriedade assegurado constitucionalmente.

---

<sup>41</sup> FUTATA, Rosiane Time Pechutto. *Direito à cidade sustentável: análise à luz dos direitos à moradia e ao meio ambiente*. Monografia (Direito) – Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 14.

## CONCLUSÃO

Assentadas as premissas, delas decorrem as seguintes conclusões parcelares:

i) Os direitos humanos estão a demandar, paradoxalmente, uma ampliação dos poderes do Estado para que ele possa atuar no sentido da sua concretização e da efetividade no quadro do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, transformando o discurso em práxis social concreta.

ii) A retomada do valor da pessoa humana e sua dignidade estão não apenas no centro das discussões político-normativas, mas representam o vetor da práxis restauradora desse valor, que é reconfigurado a cada passagem de um momento para outro, num processo de construção de subjetividades.

iii) A constante revisão do modo de o sujeito ver-se no mundo e de inserir-se nele, leva a uma constante reconfiguração social, de que as lutas e as resistências materializam transformações, que representam o enfrentamento dessas mesmas questões sociais, econômicas, políticas e culturais mais do que, propriamente, jurídicas, em termos de efetivação e concretização dos Direitos Humanos.

iv) Os Direitos Humanos devem ser compreendidos como um processo e também como uma arena em que os atores sociais atuam dialeticamente para, na superação de suas contradições, dotar o direito como expressão da cultura e da tecnologia, de instrumentos capazes de dar concretude àquelas promessas constitucionais, particularmente, o direito de moradia, cujo pressuposto fundamental é compreender a posse como um fenômeno social, político e econômico automatizado em relação à propriedade e funcionalizado, com uma dimensão promocional dos valores revelados na ordem constitucional.

v) A funcionalização da posse e a garantia do direito à moradia permitem a um só tempo, nessa moldura que se apresentou nesse trabalho de revisão, que se reduza a opressão e a pressão exercida sobre o tecido social pela situação proprietária e pelo proprietário, suprimindo a violência ao garantir que a população de baixa renda possa experimentar concretamente o significado da dignidade sem a exploração, opressão e alienação, que a recorrente violação dos Direitos Humanos implica.

vi) Não se pode negar a existência de conflito que se estabelece entre esses diversos interesses proprietário-não morador, cuja propriedade é garantida pela ordem constitucional e coletividade-possuidora-não proprietária, cujo direito a uma moradia digna é assegurada também pela ordem constitucional, que não se resolve pela metódica aplicação da subsunção, senão pelo mecanismo da ponderação de valores, que abre a via da zetética para a solução do conflito.

vii) Essa perspectiva topológica, qual seja, a da aceitação de um direito subjetivo do não-proprietário deve emergir da noção mais elementar de proporção

nalidade como aquela que representa o resultado da avaliação entre a restrição de um direito e o atendimento de um fim: a restrição da propriedade privada desfuncionalizada e a garantia de proteção da posse funcionalizada socialmente como categoria de direito social, que realizando a dignidade da pessoa humana e se presta para dar efetividade aos Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Artigo apresentado ao Instituto de Estudos Avançados da USP. Texto disponível em [www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos). Acesso em 16 de março de 2013.

ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986

EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Grasset, 1986.

FLORES, Joaquim Herrera. *Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales*. In: RÚBIO, David Sánchez. FLORES, Joaquín Herrera. CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização* [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUTATA, Rosiane Time Pechutto. *Direito à cidade sustentável: análise à luz dos direitos à moradia e ao meio ambiente*. Monografia (Direito) – Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial S.A, 1969.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JACOBI, Pedro. *Cidade e meio ambiente: percepções e práticas em São Paulo*: Annablume, 2006.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1967.

MORAIS, Maria da Piedade. GUIA, George Alex Da. PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito À Moradia no Brasil (1992-2004). In: IPEA. *Políticas Sociais acompanhamento e análise*. Brasília, nº 12, fevereiro de 2006, p. 230-241.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Plano Municipal da Habitação Social da Cidade de São Paulo: 2009-2029*.

PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011.

\_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: IBGE, v. 32, 2012.

PINTO, Marcio Morena. "A Questão Judaica" e a crítica de Marx à ideologia dos direitos do homem e do cidadão. *Controvérsia* – v.2, n.1, jan-jun 2006, pp. 10-16.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008

WOLMER, Antonio Carlos. *Novos pressupostos para a temática de Direitos Humanos*. In: *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1º de março de 2015, pp. 13-29.