

Regularização fundiária: análises

Daniele Regina Pontes e José Ricardo Vargas de Faria

Doutoranda em Direito pela UFPR, sócia-cooperada da Ambiens Sociedade Cooperativa Professora dos cursos de graduação e Pós-graduação em Direito
Professor da Universidade Federal do Paraná, sócio-cooperado da Ambiens Sociedade Cooperativa, doutorando em Planejamento Urbano e Regional pelo IPPUR/UFRJ

RESUMO: A política habitacional brasileira está pautada, por um lado, pela provisão de moradias com a construção de novas unidades habitacionais e, por outro, pela garantia da segurança da posse e legitimação da propriedade pela regularização fundiária. O objetivo desse texto é analisar a inserção de tal política de regularização fundiária, consideradas as normatizações mais recentes sobre o tema – Estatuto da Cidade, Código Civil de 2002, Resolução n. 364 do CONAMA, Lei 11.977/2009 MCMV e, por fim, a nova MP 547/2011 sobre as áreas de risco e de expansão urbana nos Municípios.

Palavras-chave: regularização fundiária; política pública; posse; propriedade; meio ambiente; urbanismo.

ABSTRACT: The Brazilian housing policy is based on the one hand, by the provision of housing via new units construction and, secondly, ensuring the security of tenure and legitimacy of the property via regularization. The aim of this paper is to develop a brief analysis of regularization policy, considering the most recent norms on the subject - the City Statute, Civil Code of 2002, Resolution no. 364 of CONAMA, Law 11.977/2009 and, finally, the new MP 547/2011 that deal with the subject of risk areas and urban sprawl in the cities.

Palavras-chave: regularization; public policy; possession; property, environment, urban planning.

Introdução

A regularização ganha status de política pública a partir da entrada em vigor da Lei Federal n. 11977 de 2009, anunciada no bojo da política de habitação orientada no sentido de promover programa voltado à provisão habitacional em um sentido e, em outro sentido, em possibilitar a formalização de áreas ocupadas e consolidadas.

Antes do anúncio da nova legislação, outras medidas, inseridas em textos normativos voltados à questão urbana já podiam ser vistas, assim como em legislações tradicionais, caso das inserções realizadas no Código Civil, voltadas à valorização da questão possessória.

A Política Pública de Regularização Fundiária passa, então, pela necessária observação acerca dos instrumentos jurídico-urbanísticos que podem permitir ou criar obstáculos à sua efetivação. Possivelmente, em um passo anterior, é relevante compreender que as legislações que trataram do regime de apropriação com base na titularidade proprietária moderna e nas normas de direito urbanístico foram significativas da medida definida entre aquilo que pode ser considerado formal ou informal.

Tal divisa se constituiu ao mesmo tempo como a tentativa de proteção ou tutela de um regime constituído na segurança da propriedade e do planejamento e, por outro lado, na segregação daqueles que não apresentavam condições objetivas de permanecer do lado reconhecido oficialmente e legitimado a partir dos critérios definidos para a obtenção da titularidade ou para o reconhecimento da inserção em determinada ordem urbanística.

Não suficientes os percalços decorrentes do próprio histórico da apropriação de bens imóveis no Brasil e das sujeições impostas pela força “bruta” traduzida em violência, também política e econômica, e dos limites institucionais estruturais do Estado para regular e fiscalizar as definições por ele mesmo impostas, as normas atinentes aos regimes proprietários e urbanísticos foram significativos da mais objetiva separação.

Como questão interveniente e não menos importante, outra ordem, a ambiental, também estabelecia objetivamente alguns limites à apropriação e ao uso de bens.

Com o anúncio do capítulo da Política Urbana na Constituição de 1988, essas questões sobrepostas e controvertidas restaram evidenciadas e o passo empreendido no sentido de compreender a apropriação de bens em suas respectivas condições avançou no sentido de permitir a valorização possessória com o instituto da usucapião especial e a tentativa de redução de desigualdade e cumprimento de função social, mais tarde traduzida no Estatuto da Cidade como flexibilização de parâmetros urbanísticos e compatibilização com as questões ambientais, reconhecidos na demarcação de zonas especiais de interesse social.

O instrumental jurídico superou o marco da regulação federal com a determinação de estudos específicos para cada município, organizados em legislações municipais denominadas como planos diretores e, ainda a legislação federal avançou consideravelmente sobre o tema definindo novos instrumentos ou novas utilizações de velhos instrumentos para flexibilizar a velha ordem e permitir a mudança de lugar da linha divisória entre regularidade e irregularidade.

Assim, o objetivo desse texto é o de analisar a inserção de tal política de regularização fundiária, consideradas as normatizações mais recentes sobre o tema – Estatuto da Cidade, Código Civil de 2002, Resolução n. 364 do CONAMA, Lei 11.977/2009 MCMV e, por fim, a nova MP 547/2011 sobre as áreas de risco e de expansão urbana nos Municípios.

Ainda que não se pretenda analisar a política habitacional de forma geral, entende-se que a regularização fundiária está inserida no contexto da política habitacional voltada a dar conta da provisão habitacional com a construção de novas unidades

habitacionais¹ e, por outro lado, a de garantir a legitimação apropriativa, via propriedade privada e garantia de oficialização urbanísticas de áreas ocupadas e consolidadas e não reconhecidas pelos órgãos oficiais. Assim, a análise deste trabalho está localizada no segundo item da política habitacional.

Para tanto, demarca-se aqui a própria concepção de regularização fundiária estabelecida pela legislação, constante do art. 46 da Lei Federal n. 11.977/2009:

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização fundiária de assentamentos irregulares e a 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.

Diante da perspectiva apontada no texto da Lei é possível observar que a garantia da formalidade passa por uma complexa gama de questões, e que o conjunto de fatores a serem observados está relacionada, para além da terra, ao aparato oficial do Estado e a sua capacidade de fazer valer os instrumentos existentes na ótica dos diferentes poderes.

1. Regularização Fundiária: o tratamento da posse nos Planos Diretores

Assim como em outros campos da questão urbana, a aprovação do Estatuto da Cidade em 2001 foi saudada à época como um marco de inflexão para a regularização fundiária no meio urbano. O diagnóstico que se fazia era de que sem este instrumento jurídico que regulamentava o Capítulo da Política Urbana, não seria possível avançar nos processos de regularização. Nos termos de Alfonsin² “os operadores das políticas habitacionais estiveram a perseguir um fantasma” o que explicaria o fracasso ou os resultados insignificantes dos programas de regularização até aquele momento. A possibilidade de reversão desse quadro era anunciada como um dos propósitos da nova lei. O entusiasmo de uma parcela dos militantes da questão urbana assentava-se na expectativa de que a lei criava as condições para: (i) viabilização jurídica das “promessas da Constituição Federal” relacionadas à regularização, por meio da criação de instrumentos que permitiam operacionalizar aquilo que a Constituição estabelecia em termos de usucapião e concessão de uso e (ii) uma mudança de paradigma no tratamento da propriedade urbana, deslocando seu tratamento da concepção individualista e liberal do direito civil para o direito público (urbanístico), consolidando o princípio da função social³.

Em relação à primeira condição, é importante notar que o Estatuto da Cidade valoriza, a exemplo dos dispositivos constitucionais, o uso para moradia, reduzindo as

¹ O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV está estabelecido na primeira parte da Lei Federal n. 11977/2009 e define as regras de incentivo referentes à aquisição de moradias via provisão habitacional por novas unidades habitacionais ou pela requalificação ou reformas de imóveis já construídos.

² ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para a Regularização Fundiária no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio. Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003. p.94.

³ ALFONSIN, idem p.94-6 e FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

exigências para usucapião – no caso das propriedades privadas – ou obrigando a concessão de uso de propriedades públicas quando ocupadas para moradia⁴. Com essa perspectiva e a partir do reconhecimento das dificuldades para efetivar os processos de titulação em função da impossibilidade, na maioria dos casos, de individualização e delimitação dos lotes em ocupações irregulares – requisito para uma ação de usucapião nos moldes previstos anteriormente à aprovação do Estatuto da Cidade – a lei propõe mecanismos com a finalidade de reduzir alguns desses obstáculos. Nesta dimensão, especificamente, cabe o argumento de Alfonsín e Fernandes de contraposição ao Direito Civil, tradicionalmente individualista⁵, pois os novos instrumentos jurídicos criados previam ações de regularização coletiva.

A despeito da inovação legislativa, contudo, o ajuizamento de ações coletivas para regularização fundiária ainda se ressentia da dificuldade de recepção pelo Poder Judiciário. O número de ações de usucapião coletivo ainda é pequeno, principalmente no que diz respeito às regularizações já concluídas. Apenas como exemplo, vale destacar que, apesar dos dez anos de existência desta modalidade de usucapião, o Instituto Inovare, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), premiou recentemente tal instrumento como inovação jurídica na categoria advocacia uma ação de usucapião coletiva.

A segunda condição criada pelo Estatuto da Cidade teria implicação para regularização fundiária na medida em que relativizaria o direito de propriedade e valorizaria a posse – ainda que sem equipará-la a propriedade. O princípio da função social da propriedade é frequentemente acionado por organizações comunitárias, movimentos sociais e assessores técnico-jurídicos para justificar ocupações de terrenos ou edificações vazias ou para resistir a ações de despejo. Este princípio também é acionado na esfera jurídica como critério para sentenças em ações possessórias. De acordo com Souto Maior

a ocupação, para fins de moradia, de uma terra improdutiva, abandonada, sobre a qual o proprietário não exerce o direito de posse, que não serve sequer ao lazer e que pela sua localidade e tamanho precisa, necessariamente, atender a uma finalidade social, não é mera invasão. Trata-se, em verdade, de uma ação política que visa pôr à prova a eficácia dos preceitos constitucionais [representando] uma desapropriação indireta do imóvel, que recupera a função social da propriedade, agindo o particular em substituição ao Estado, que se mostra inerte em duplo sentido: no aspecto da realização de políticas públicas efetivas de construção de moradias dignas para todos; e no que tange à exigência plena das finalidades sociais das propriedades privadas.⁶

Na propositura de ação por parte do proprietário, visando recuperar a posse de área, não é suficiente apresentar apenas o título de propriedade, “deve-se demonstrar a posse e provar que a propriedade cumpre uma função social”⁷.

⁴ O dispositivo da concessão de uso especial para fins de moradia, na verdade, foi vetado no Estatuto da Cidade e instituído posteriormente pela Medida Provisória 2220/2001.

⁵ ALFONSIN, idem. FERNANDES, idem.

⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Pinheirinho: direito de propriedade deve atender a sua função social. Publicado em CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social>>. Acesso em : 01 fev. 2012, p. 1.

⁷ SOUTO MAIOR, idem. p.1

Contudo, o princípio que é critério fundamental para regularização fundiária, também é, reconhecidamente, subordinado ao ordenamento territorial, conforme indicado no art.182 da Constituição Federal e reforçado no Estatuto da Cidade. A função social da propriedade urbana será definida pelo município em seu plano diretor. Como afirma Alfonsín “o proprietário de terreno urbano deve atender às especificações do Poder Público adotadas pelo Plano Diretor – sob pena de perder seu direito”⁸.

Assim, ainda que os instrumentos de regularização do Estatuto da Cidade guardem relativa autonomia, pois a concessão de uso especial para fins de moradia e a usucapião coletiva não dependem de previsão no plano diretor, o tratamento despendido às áreas irregulares no ordenamento territorial é critério para decisão.

Mesmo com a obrigatoriedade de participação popular na elaboração dos planos diretores, não há necessariamente prevalência, nas situações de conflito de interesse, da perspectiva popular ou do interesse social sobre outros interesses ou direitos, como por exemplo, o ambiental. De fato, os conflitos de uso entre moradia e conservação ou preservação ambiental são freqüentes, em função mesmo da dinâmica do mercado imobiliário e do processo capitalista de urbanização, que impele o encontro entre aqueles despossuídos de recursos para aquisição da moradia com aquelas áreas de reduzido valor imobiliário em decorrência das restrições ambientais para sua utilização. Diante do evidente conflito, alguns autores aspiram pelo encontro entre estas dimensões.

No que diz respeito à regularização fundiária, é claro que isso [a gestão democrática prevista no Estatuto da Cidade] implicará a ‘reinvenção’ de mecanismos de inclusão da população no debate sobre o projeto de regularização/urbanização do assentamento e que a variável ambiental deverá ser introduzida nesses processos dos quais, pelo menos até o momento e na imensa maioria dos casos, geralmente esteve divorciada.⁹

O Plano Diretor e a lei de zoneamento seriam uma das expressões da possibilidade desse encontro. Não é demais lembrar, contudo, que os planos diretores, como demonstram os estudos sobre a história do planejamento urbano no Brasil, nunca se constituíram em arenas privilegiadas para expressão dos interesses populares. No entanto, os militantes da reforma urbana, alegando a subordinação da função social da propriedade aos planos diretores municipais prevista na Constituição, têm disputado seu conteúdo e proposto a incorporação de mecanismos de realização de determinadas bandeiras sociais. Tem-se como exemplo a formulação da figura das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) que cumpre o papel de fazer constar nos mecanismos de ordenamento a função moradia de interesse social. Contudo deve-se notar que a criação deste instrumento se baseia na necessidade de promover a adequação dos parâmetros urbanísticos mínimos estabelecidos na lei de parcelamento às características concretas das ocupações irregulares, sem o que não seria possível a regularização urbanística.

⁸ ALFONSIN, idem p.96.

⁹ ALFONSIN, idem p.97.

Nesse sentido, deve-se relativizar a afirmação da “mudança paradigmática”, pois o tratamento da irregularidade nesta dimensão já é estritamente associada ao direito público e, portanto, já estaria livre, de acordo com a tese defendida por Edésio Fernandes, “das garras da visão liberal e individualista que situa o direito de propriedade como objeto do direito privado”¹⁰. Os Planos Diretores e seus instrumentos correlatos, como as leis de zoneamento, sempre estiveram no campo do direito público, o que certamente não impediu que fossem elaborados e utilizados de modo a aprofundar desigualdades materiais na apropriação da riqueza urbana, promover a segregação sócio-espacial e inventar a irregularidade fundiária e urbanística – independente dos discursos que os justificavam. Portanto, apesar de não se questionar a crítica ao caráter liberal e individualista do direito civil, não se pode confundi-la com um maniqueísmo que equipara o direito público com o interesse geral, o bem comum, e o direito privado com o interesse particular. De fato, também o direito público é fértil na promoção e reprodução de injustiças e iniquidades.

Feita essa ressalva, destaca-se que a flexibilização dos parâmetros urbanísticos por intermédio da adoção das ZEIS pelos municípios, “normalmente associada com ações de regularização urbanística e fundiária em áreas ocupadas por população de baixa renda, configura-se no instrumento de maior expressão entre o conjunto de dispositivos associado à questão da moradia”¹¹. Os resultados da pesquisa da Rede de Avaliação para Capacitação dos Planos Diretores Participativos¹² indicam que cerca de 80% dos 524 Planos Diretores analisados instituíram ou previram a criação de ZEIS, ainda que menos da metade as tenham delimitado, ou seja, a maioria dos municípios apenas prevê a possibilidade de sua utilização.

As informações obtidas a partir da pesquisa do Perfil dos Municípios, elaborada pelo IBGE¹³ são menos promissoras, indicando que menos de 30% dos municípios que possuem Planos Diretores, prevêem – seja na própria Lei do Plano Diretor ou em lei específica – a utilização de ZEIS. Essa informação é significativa, tendo em vista que em 61% da totalidade dos municípios brasileiros e em 96% daqueles com mais de 100.000 habitantes, foi identificada a existência de ocupações irregulares¹⁴.

Tabela 01. Municípios que possuem Planos Diretores e regulamentação de ZEIS no Brasil

Tamanho do Município	Possui Plano Diretor			
	Sim		Não	
	Regulamenta ZEIS		Possui Lei específica de ZEIS	
	Sim	Não	Sim	Não

¹⁰ Em ALFONSIN, idem p.95.

¹¹ CARDOSO, Adauto Lucio; SILVEIRA, Maria Cristina Bley. O Plano Diretor e a Política de Habitação. In: Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011. p.113.

¹² Ação coordenada pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades com o objetivo de avaliar os Planos Diretores e capacitar a sociedade para sua implementação.

¹³ Pesquisa de Informações Básicas Municipais – Munic. IBGE, 2009.

¹⁴ Pesquisa de Informações Básicas Municipais – Munic. IBGE, 2009. Os dados sobre irregularidade não constam da pesquisa do Perfil dos Municípios realizada em 2009, portanto foram utilizados os dados relativos à pesquisa de 2008.

	(No Plano Diretor/Em Lei Específica)			
1. Até 20.000	169 (99+70)	716	2022	1014
2. 20.001 até 100.000	369 (256+113)	793	95	114
3. Maior que 100.000	155 (125+30)	116	-	2
Total Geral	693	1625	2117	1130

Fonte: Perfil dos Municípios (IBGE, Munic, 2009)

Ainda assim, Cardoso e Silveira¹⁵ afirmam que a consideração das ZEIS pelos aparelhos de planejamento público municipais em um número significativo de casos é “potencialmente favorável a implementação de políticas de urbanização e regularização fundiária em favelas e loteamentos”.

É possível, como hipótese, a partir das pistas indicadas pelas pesquisas, supor que em tempos diferentes foram elaboradas as legislações municipais que enfrentavam diretamente a necessidade de se realizar a legislação referente ao planejamento, os planos diretores e, em outro tempo e com outra motivação, a do estabelecimento de uma política habitacional, os municípios se mobilizaram pela definição de suas áreas para a moradia, de modo a, então, definir imóveis para a demarcação das ZEIS.

De qualquer modo, tal suposição, ainda que apresente base nas informações referidas, deve ser colocada à prova para a efetiva comprovação, mesmo que esteja evidenciada a constituição de ZEIS, em muitos casos, fora do âmbito dos planos diretores municipais.

Para compreender também a articulação desse instituto com as demais questões referentes à regularização, faz-se necessário observar os rumos da legislação na implementação dessa “nova” política.

2. A titularidade e a norma urbanística

Duas dimensões da regularização fundiária perfazem a sua efetivação, a titularidade e a observância da norma urbanística. Tais questões foram tratadas em diversas legislações, sendo que a titularidade tradicionalmente foi tratada pelo Código Civil, ainda que suas alterações tenham ocorrido em decorrência da Constituição de 1988 e das demais normas de direito urbanístico. De qualquer forma, a Lei Federal n. 11977 de 2009 também inscreveu em seu texto novas possibilidades de titulação como poderá ser verificado adiante. Enquanto isso, as normas urbanísticas foram flexibilizadas de modo a tentar resolver a outra parte da questão. Assim, o Estatuto da Cidade e a Lei Federal de Parcelamento do Solo apresentaram regras diferenciadas para a ocupação considerada de interesse social e a recente legislação da política habitacional, adicionou como possibilidade de regularização, as áreas denominadas “zonas especiais de interesse específico”.

¹⁵ CARDOSO; SILVEIRA, idem. p.123.

Tais áreas, diferentemente daquelas caracterizadas como de interesse social, não apresentam qualquer justificativa relacionada à questão econômica ou renda dos ocupantes, de modo que geralmente são caracterizadas pela ocupação das populações de renda média e alta. Nesses casos, o legislador prevê para a regularização, uma vez que esta forma de ocupação não está fundamentada na necessidade, mas, em regra na mera inobservância pelos ocupantes dos preceitos definidos na legislação, medidas compensatórias que propiciem a amenização dos ônus causados em decorrência do aproveitamento ilegal das áreas, decorrente da prática de ato ilícito.

A caracterização das duas formas de ocupação e dos motivos para a irregularidade são, nesse sentido, relevantes no que diz respeito à atuação do Poder Público e a priorização na ação do Estado. Sem dúvida, a atenção para a regularização fundiária deve estar voltada prioritariamente à regularização fundiária de interesse social, tal assertiva está explicitada na própria legislação.

Considerando o arcabouço jurídico sobre regularização fundiária, faz-se necessário revisitar legislações mais tradicionais e as novas manifestações legislativas sobre a temática.

Além das mudanças e dos limites ao objetivo de se regularizar terras urbanas ocupadas e consolidadas e das demais questões propostas no item anterior quanto ao Estatuto da Cidade e aos planos diretores municipais, podem ser observadas também algumas alterações ocorridas a partir da Constituição de 1988 relativas aos novos instrumentos de regularização fundiária no Novo Código Civil.

Assim, mesmo considerando que este guarda as velhas formas praticamente inalteradas do Código anterior¹⁶, velhos institutos ganharam diferentes delineamentos e novas questões apareceram desenhadas a partir do “ambiente” constitucional, absorvido nos artigos do Livro que se destina à regulação referente ao direito das coisas.

Enquanto a parte reservada ao tratamento da posse foi praticamente mantida, mais especificamente, foi na redação dos textos voltados ao tratamento da propriedade que se verificaram certas modificações. Pode-se dizer, nesse sentido que, buscou-se por um lado, estabelecer algum limite ao direito-poder tradicionalmente conferido ao proprietário e, por outro lado, pretendeu-se alterar o peso da posse em relação ao instituto da propriedade, ocorrendo em relação a esta, certa valorização.

Para a concretização do intuito de se conferir algum limite à propriedade, além da inserção de dispositivos mais tardiamente somados ao rol de direitos reais estabelecidos no Código Civil, tal como as duas formas de concessão expostas no artigo 1225¹⁷ e o direito de superfície, também a referência ao cumprimento da função da propriedade estabelecida nos primeiros parágrafos do artigo 1228 e as alterações na usucapião e no instituto do abandono podem ser compreendidas no bojo das mudanças referidas.

¹⁶ Sobre o processo de elaboração e as manutenções do antigo modelo de codificação, ver TEPEDINO, Gustavo. O Velho Projeto de um Revelho Código Civil. In.: TEPEDINO, Gustavo (org) Temas de Direito Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁷ Duas espécies de concessão foram inseridas no rol de direitos reais estabelecidos no Código Civil, os incisos XI e XII tratam da concessão de direito real de uso e da concessão de uso especial para fins de moradia.

Todos esses elementos e instrumentos podem ser considerados como intervenientes quando lidos como conjunto de medidas, se considerarmos a existência de uma política de regularização fundiária que apresenta uma das dimensões da política mais ampla de habitação.

Também, no contexto da regularização fundiária, é necessário reconhecer que somente parte da questão está evidenciada em tal instrumental jurídico, uma vez que as determinações de caráter propriamente urbanístico estão presentes em outras legislações¹⁸. O Código Civil apresentou meios de potencializar as discussões sobre a titularidade dos bens e a sua respectiva legitimidade, alterando, dessa forma, certa idéia de perenidade da propriedade independentemente de sua destinação ou da comprovação efetiva da posse nas modalidades direta ou indireta.

A leitura articulada entre o sentido exposto no Código Civil sobre o ato ilícito, estabelecendo limites ao exercício de direitos que signifiquem dano a terceiros realizados em virtude de excessos cometidos por seus titulares, que extrapolem os fins econômicos e sociais, bem como, a boa-fé e os bons costumes relacionados a tais direitos e, o estabelecimento de regras impostas pelo já referido artigo 1228 que determina o exercício do direito de propriedade “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, portanto, ainda estabelecendo limites ao exercício de tal direito em virtude de condicionantes ambientais e históricas, de caráter coletivo e difuso, altera os conteúdos de ambos os direitos, de posse e de propriedade.

Nesse contexto, a valorização possessória, como foi dito, está presente no Código nas mudanças de concepção sobre o instituto da usucapião que, para além, da redução dos prazos para o reconhecimento da titulação dos possuidores¹⁹, ainda definiu em referência expressa à moradia as especificidades para os casos de usucapião extraordinária, ordinária, especial e familiar e no controverso instituto da “desapropriação judicial” ou “compra e venda compulsória”²⁰. Para além do olhar sobre o fato da posse como ocupação, também a ausência da posse efetiva em área própria à utilização, significou a instituição de mecanismo que garante o direito tácito à abdicação do direito de propriedade, de modo mais ágil do que o estabelecido no Código anterior. Com a finalidade de garantir aproveitamento para bens que não mais apresentam legitimação de titularidade em função da inércia absoluta do titular do direito em relação à sua validação, o instituto do abandono, com expressiva redução de prazo, permitiu ao Poder Executivo a arrecadação de imóveis rejeitados por seus proprietários.

¹⁸ Como explicitado no item anterior, as leis do plano diretor, uso e ocupação do solo e parcelamento do solo, atingem mais diretamente o núcleo das funções e condicionantes urbanísticas.

¹⁹ Em 2011, para além da redução dos prazos já estabelecidos para as demais formas de usucapião e da referência expressa relativa à destinação – moradia –, ainda houve o acréscimo da usucapião “familiar” com redução expressiva, dois anos de posse para o reconhecimento da titularidade.

²⁰ O instituto em questão apresenta algumas lacunas do ponto de vista da forma de seu aproveitamento, mas deixa evidente a valorização possessória em detrimento da vontade do proprietário, conforme se verifica nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil.

Por fim, em 2007, foram acrescentadas, como direitos reais, as concessões de uso voltadas a permitir, principalmente, a garantia de moradia em imóveis públicos não passíveis de aquisição por possuidores pela via da usucapião. Com esses instrumentos, perdia-se a idéia de precariedade de tais concessões a partir do momento em que o reconhecimento, principalmente da concessão especial de uso para fins de moradia, desde a MP 2220/2001 estabeleceu o reconhecimento obrigatório pelo Poder Público das posses existentes até 2001.

Evidentemente todos esses mecanismos representam do ponto de vista jurídico, avanços no sentido de se garantir posses até então passíveis de contestação pelos proprietários em virtude de antigas alegações. De qualquer modo a efetivação de tal objetivo ainda passa por obstáculos outros que permitem interpretações voltadas a manutenção de velhos resultados, admitindo o descumprimento da função social por proprietários que ignoram as regras estabelecidas²¹, evidenciadas tais ações no novo instituto da regularização fundiária de interesse específico.

Sem prejuízo dos instrumentos presentes nas legislações referidas, dois outros foram inseridos no rol de possibilidades de acesso à titularidade por possuidores. A Lei Federal n. 11977 de 2009 acrescentou aos dispositivos já existentes a demarcação urbanística e a legitimação de posse²². Ambos de caráter administrativo, também compreendidos como “usucapião administrativa”, permitem ao Poder Executivo, por meio de inúmeras medidas descritas na Lei, a demarcação de imóveis públicos ou privados para que, na ausência de contestação dos proprietários a conversão da posse em propriedade seja realizada no Registro de Imóveis.

Diante da realidade dos fatos, mais do que a aposição de mecanismos para garantia da posse, a própria construção codificada mesmo do instituto da posse insiste, na via judicial, em garantir a manutenção do regime estabelecido no Código anterior. Nesse sentido, o dever ser do direito, proposto a dar conta da regularização fundiária podem ser significativos por um lado, mas, demonstram-se insuficientes quando observados do ponto de vista da garantia de moradia da população que apresenta mais dificuldade em defender o direito possessório frente ao direito proprietário.

3. Moradia e Meio Ambiente: conjugação de interesses

Para além das questões sociais expostas normalmente na concretização do direito à moradia via regularização fundiária, outro ponto está presente em todas as legislações que tratam dos instrumentos propícios à sua efetivação. O meio ambiente, em regra, é objeto de análise nos estudos que apresentam a possibilidade de permanência da

²¹ Nesse sentido, casos conhecidos de despejos forçados como o do prédio Prestes Maia em São Paulo e, mais recentemente, do Pinheirinho em São José dos Campos, são exemplos amplamente veiculados que demonstraram a garantia da propriedade em detrimento da posse, ignorando preceitos estabelecidos nas legislações que tratam do direito material. Disponível em: <<http://www.forumreformaurbana.org.br/index.php/documentos-do-fnru/41-cartas-e-manifestos/67-carta-as-autoridades-de-sp-sobre-os-despejos.html>>. Acesso em: 12 fev. 2012; e <http://www.dhescbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=517:pinheirinho&catid=69:an-tiga-rok-stories>. Acesso em: 12 fev. 2012.

²² A ausência de análise sobre o aproveitamento de tais medidas ocorre em virtude do tempo de existência do instrumento e a complexa gama do conjunto de elementos necessários à sua efetivação.

população em áreas consolidadas, mas consideradas “informais” do ponto de vista da legislação.

Lembrando que a irregularidade fundiária não está presente somente nas ocupações de áreas que são caracterizadas como precárias e que abrigam população de baixa renda, as legislações que permitem determinadas flexibilizações do ponto de vista ambiental visam coibir, em geral, a regularização de áreas ocupadas indiscriminadamente por aqueles que poderiam adquirir e ocupar imóveis que estivessem fora dos limites impostos pela legislação ambiental e não o fizeram, ignorando as normas voltadas a tais limitações.

De qualquer modo, parece válida a tentativa de não criar oposição direta entre os direitos à moradia, aqui considerada a moradia popular e ao meio ambiente e a proposta normativa de atenuar possíveis conflitos que envolvam os dois temas. Nessa linha de preocupação, alguns autores afirmam tal perspectiva de colisão de interesses como um falso conflito que pode ser conduzido de modo a negar veementemente quaisquer desses dois direitos.

Com o objetivo de minimizar tais problemas, a Resolução n. 369/2006 do CONAMA veio estabelecer medidas que flexibilizam consideravelmente a oposição entre normas relativas às áreas urbanas, desde que comprovada a posse contínua e consolidada, de modo a, nos casos de conflito normativo, prevalecer a situação de fato, e garantir, quando for o caso, a diminuição ou até a supressão de áreas de preservação permanente quando outra saída significar ônus considerável aos moradores de áreas ocupadas. Havendo áreas de preservação permanente remanescentes sem ocupação, tais áreas não podem ser suprimidas. Além disso, o parâmetro estabelecido na Resolução somente será permitido se lei geral – plano diretor – ou legislação específica gravar a área como zona especial de interesse social.

No ano de 2009, a Resolução do CONAMA n. 412, seguindo a mesma orientação, estabeleceu a adoção de procedimentos simplificados para a concessão de licenciamento ambiental de novos empreendimentos voltados à construção de unidades habitacionais caracterizados como de interesse social, em que o potencial de impacto seja classificado como baixo. Dentre as justificativas para essa medida, inclusive liberada para áreas de expansão urbana, está a necessidade de relocação de moradores que ocupam áreas de risco.

De qualquer forma, tais medidas já estavam anunciadas no Estatuto da Cidade, quando a Lei Federal n. 10257 de 2001 estabeleceu logo em seu início que a “regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda” seguiria o “estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”.

Mais recentemente, a legislação que trata da regularização fundiária – Lei Federal n. 11977/2009 - permitiu que, mediante decisão motivada, o Município pode admitir flexibilização de regras em áreas de preservação permanente ocupadas até 31 de dezembro de 2007, desde que inseridas em área urbana consolidada, caracterizadas como de interesse social e tecnicamente justificadas no sentido de garantir que a

intervenção signifique “melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior”²³.

A Medida Provisória n. 547 de 11 de outubro de 2011, também estabeleceu normas para a regularização fundiária em áreas de risco, considerando a obrigatoriedade para determinados municípios de produzirem mapeamento sobre áreas de fragilidade ambiental que apresentem ocupação e determinado o controle e a fiscalização de tais áreas para impedirem novas edificações. A saída estabelecida pela Medida Provisória, além do monitoramento e das demais medidas citadas, está na possibilidade de implementação de plano de contingência que minimize os riscos para a população residente podendo chegar a situação mais drástica de remoção das famílias.

Nesses casos, a norma prevê que as pessoas atingidas pelas medidas mais severas devem ser abrigadas e cadastradas pelo Município para integrarem o rol das listas para a inserção aos programas habitacionais. Evidentemente a saída esboçada pela Medida se por um lado visa a segurança da população ocupante de área de risco, por outro lado, não apontou nenhuma segurança jurídica do ponto de vista da moradia, pois a situação de abrigo é, em regra, precária e a inscrição em programas habitacionais apresenta tempo diferente da necessidade habitacional, situação que a maioria dos municípios não está preparada para enfrentar.

Outro ponto questionável da Medida Provisória diz respeito ao controle sobre os laudos técnicos. A justificativa técnica pode ofuscar outros interesses sobre áreas ocupadas predominantemente por moradia da população de baixa renda. É sabido que historicamente muitas atividades potencialmente mais agressivas ao meio ambiente foram instaladas em áreas desocupadas via justificativa ambiental, de modo que são pertinentes as cautelas e o controle público sobre os laudos emitidos sob o manto da neutralidade técnica.

Assim, é possível considerar que não há como se tratar de regularização fundiária no Brasil sem que se passe pela questão ambiental. As legislações atinentes ao tema demonstram que as duas questões, moradia e meio ambiente, devem ser tratadas de modo conjunto sem que isso signifique, necessariamente uma oposição.

Considerações Finais

Como se pode observar ao longo do texto, a regularização fundiária como expressão de uma dimensão da política habitacional é relativamente recente no país. Para além disso, o que havia na discussão sobre formalidade estava adstrito à questão mais diretamente relacionada à titularidade.

Com a evidente necessidade de se tratar das questões referentes à titularidade e às normas urbanísticas e ambientais de modo articulado, um conjunto de normas vêm, nos últimos anos constituindo um ambiente que permite o diálogo entre as várias questões expostas à inclusão institucionalmente anunciada de áreas não inscritas nos mapas oficiais.

Sem dúvida, a legislação apresenta inúmeras lacunas e mesmo a manutenção de velhas ordens. A propriedade privada não foi superada e direitos antes estabelecidos na

²³ O dispositivo está definido no parágrafo primeiro do art. 56 da Lei Federal n. 11977/2009.

ordem proprietária foram assegurados por meio de novas medidas, tal como a regularização fundiária de interesse específico.

Quer-se dizer com isso, que no bojo das mudanças, manteve-se a ordem, ainda que não se possa considerar que não houve qualquer alteração no sentido de possibilitar a inclusão ou a tentativa de efetivação do direito à moradia. Ainda que tais direitos venham a ser verificados mais expressivamente no contexto da política pública habitacional e menos na decorrência da entrada em vigor das legislações voltadas à discussão da propriedade privada como direito-função.

Também, a questão ambiental aparece flexibilizada nessa nova ordem de interesses. É perceptível a necessidade de se garantir certa compatibilização das dimensões sociais e ambientais, sob pena do anúncio da nova política restar esvaziado em virtude da coincidência de ocupação de áreas consideradas frágeis do ponto de vista ambiental.

Contraditória a política, mas possíveis os avanços se considerados os modelos tradicionalmente disseminados do conteúdo da propriedade privada moderna. Vale apenas considerar também os limites impostos, sob as garantias e privilégios, por um sistema que permite compreender a terra como mercadoria fundada no valor de troca e na apropriação particular da renda.

Bibliografia

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para a Regularização Fundiária no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). Reforma Urbana e Gestão Democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/> Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. Disponível em: http://www.dhescbrasil.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=517:pinheirinho&catid=69:antiga-rok-stories Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012

BRASIL. Medida Provisória n. 547 de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/547.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

CARDOSO, Adauto Lucio; SILVEIRA, Maria Cristina Bley. O Plano Diretor e a Política de Habitação. In: Os Planos Diretores Municipais Pós-Estatuto da Cidade: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Pinheirinho: direito de propriedade deve atender a sua função social. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-30/pinheirinho-direito-propriedade-atender-funcao-social>>. Acesso em: 01 fev. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O Velho Projeto de um Revelho Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Artigo recebido em 10 de fevereiro de 2012.

Aprovado em 13 de fevereiro de 2012.