

Introdução

“Aquela sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹

Acaba Mundo, eis uma história que merece ser contada.

Nos anos 1950, a cidade de Belo Horizonte viu nascer uma vila de trabalhadores estabelecida em um lugar longínquo, onde se firmara uma grande mineradora. A partir dos anos 1970, estava ali composta a já denominada Vila Acaba Mundo².

Ocorre que o intenso crescimento das cidades brasileiras quase não viu exceções e a capital mineira, por ironia, viu, nas décadas seguintes, alguns de seus bairros mais nobres (sob a perspectiva do mercado imobiliário) nascerem no entorno daquela distante vila.

Hoje, em 2011, o quadro que se vê é o de uma grande pressão do mercado imobiliário para que se remova aquela comunidade, cuja história se confunde com o local em que se insere e que tem, em cada família que ali reside, um pedaço de tudo o que a vila viveu.

O alarmante nesse caso é que a posse exercida há tanto tempo pelos que lá residem não é, de fato, protegida hoje, o que gera um risco real de ser a comunidade removida. Seria essa realidade um indicativo de falta de instrumentos jurídicos para a proteção da posse consolidada? Seria por falta de políticas públicas de habitação? O que se pode fazer para proteger a quem primeiro destinou uma função àquele espaço da cidade?

Respostas a tais questões, entre outras tantas relacionadas à segurança da posse, exigem um estudo aprofundado da realidade brasileira atual sobre o tema, do que aqui se inicia uma apresentação sobre a mais importante fonte de todos os

¹ Tradução livre do Artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*.

² O Projeto Vila Acaba Mundo integra o Programa Pólos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais e tem por objetivo a proteção da posse, a geração de trabalho e renda e o fortalecimento da Comunidade Acaba Mundo, localizada na Região Centro-Sul de Belo Horizonte.

instrumentos jurídico-normativos que um Estado Democrático que se pressuponha de Direito possui: a sua Constituição.

O termo “Constituição” tem sido objeto de grande debate por parte dos estudiosos do Direito, possibilitando a existência de diversas acepções. Nesse sentido, Riccardo Guastini informa quatro dos principais significados encontrados, quais sejam:

- a) Constituição como todo o ordenamento político de tipo ‘liberal’;
- b) Constituição como um conjunto de normas – em algum sentido fundamentais – que caracterizam e identificam todo o ordenamento;
- c) Constituição simplesmente como um documento normativo que tem esse nome (ou equivalente);
- d) Constituição como um particular texto normativo dotado de certas características ‘formais’, ou seja, de um peculiar regime jurídico.³

A despeito de todas essas acepções, o que hoje compreendemos por Constituição no Brasil tem sua razão de ser fundamentada em momentos históricos pelos quais passou a humanidade e também, como consequência, os pensamentos filosófico e jurídico.

Nesse sentido, o início do século XX presenciou o recrudescimento e a derrocada da escola do pensamento denominada Juspositivismo, que, tendo como marco a centralidade das Cartas de Direitos escritas, movimento fortalecido após as Revoluções Liberais do século XVIII e, embora seja uma escola do pensamento filosófico com inúmeras manifestações, aproximou, em qualquer caso, o Direito da Lei e esse caráter legalista, somado às idéias de Ferdinand Lassalle, ceifaram o poder normativo da Constituição até o início do século XX.⁴

³ GUASTINI, Riccardo. *Sobre el Concepto de Constitución*. In: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid, 2003. P. 15 e 16.

⁴ Com o advento das Revoluções Liberais do século XVIII, como a Revolução Francesa e a Revolução Americana, e das Cartas de Direitos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o mundo ocidental verificou o surgimento de diversos corpos normativos de grande relevância, diversas cartas de Direitos e Constituições que passaram a trazer as diretrizes das novas sociedades que buscavam se libertar da tradicional idéia teocêntrica que dominou o pensamento até o século XV. A ascensão burguesa, portanto, ao representar a derrocada do modelo estatal de sociedade, acompanhou o desenvolvimento das constituições escritas, as quais, contudo, somente possuíam força programática, delineando parâmetros para a verificação dos direitos consagrados pelas revoluções liberais, sem, contudo, verificarem força normativa. Nesse contexto, Ferdinand Lassalle, em sua obra denominada ‘A Essência da Constituição’, ao apresentar resposta sobre a questão que colocava acerca do que seria a Constituição, afirmou, já no

O mundo, entretanto, teve de rever muitos dos seus conceitos com as conseqüências humanísticas trazidas pelo advento da Segunda Guerra Mundial. O horror trazido à humanidade, ilustrado pelas imagens do Holocausto judaico, bem como de diversas outras perseguições étnicas, religiosas e outras tantas fundamentadas em características de determinada condição humana, tudo isso baseado no estrito cumprimento da lei, sem nenhuma violação ao Direito posto, levou muitos estudiosos a questionarem os limites de atuação da norma.

Nesse contexto, há um retorno mais vívido às discussões sobre a importância de elementos para além da lei positivada na construção do Direito, do que os princípios e valores constitucionais passaram a se apresentar como normas de grande importância, clamando-se, assim, por sua efetividade.

Nessa esteira, contrapondo-se francamente às idéias de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse informa que tal pensamento reduziria o conteúdo do Direito Constitucional, posto que, dessa maneira, “se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*.”⁵

ano de 1862, que a Constituição escrita nada mais seria do que uma “folha de papel”, defendendo que esta seria, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Lassalle defendeu que os problemas constitucionais não seriam problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente teria por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigessem e as constituições escritas não teriam valor nem seriam duráveis a não ser que exprimissem fielmente os fatores do poder que vigorassem na realidade social. Essa idéia de uma constituição como um pedaço de papel foi reforçada pelo advento da Escola do Juspositivismo, que tomou o centro das atenções do saber jurídico e social no século XIX e início do século XX.

⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editores. Rio Grande do Sul, 1991. P. 11.

Há que se mencionar também, no mesmo sentido, o clássico embate de Ronald Dworkin e Herbert Lionel Adolphus Hart, sendo aquele crítico severo do Juspositivismo, enquanto este é considerado um de seus mais ilustres representantes.

Dworkin, autor de obras clássicas como ‘Levando os Direitos a Sério’ e ‘Uma Teoria da Justiça’, fora Catedrático da Universidade de Oxford, nos Estados Unidos da América, ocupando o lugar que pertenceu a Herbert L. A. Hart, de quem foi aluno e sobre cuja teoria baseia sua crítica. Seu estudo tem, como foco, a construção de uma Teoria Geral do Direito que não separe o argumento moral do filosófico como demonstra se dar nas escolas do pensamento positivista, até então dominantes no pensamento filosófico jurídico do mundo ocidental, entendendo ser a teoria de Hart o mais refinado exemplar e eis o porquê de basear a sua crítica na teoria deste autor.

Dworkin, assim, colocava como crítica ao pensamento positivista a falta de valor moral, baseando suas proposições em três pilares da teoria de Hart, quais sejam: a Regra do Reconhecimento Última, a Tese da Separabilidade e a Discricionariedade.

Sobre a Regra do Reconhecimento Último, Dworkin afirma que a filosofia positivista reflete o Direito como conjunto de fatos objetivos e, portanto, passíveis, todos os seus conflitos, de

solução a partir de regras válidas, uma vez que estas satisfaçam certas condições. Para a grande maioria das doutrinas positivistas, cada sistema normativo seria detentor de uma ‘norma chave’ empiricamente observada e sob a qual todas as demais normas estariam submetidas, dando conta de solucionar todos os conflitos que surgissem na sociedade. Sendo assim, Hart cria sua teoria da Regra de Reconhecimento Última, empiricamente observada num ordenamento jurídico e fonte de todas as demais regras de reconhecimento e de solução dos conflitos. Para Hart, em todo ordenamento jurídico existiria uma regra social de reconhecimento, que seria a prática correspondente a uma regra suprema de um ordenamento jurídico, sendo o parâmetro de validade de todas as demais regras. Dworkin entende que a teoria de Hart leva a crer que as normas seriam identificadas como válidas através de um teste de reconhecimento ou de *pedigree*, ou seja, a partir da adequação das normas às regras hierarquicamente superiores e, em última instância, à Regra de Reconhecimento Última. Contudo, para Dworkin, esse teste somente é adequado caso se entenda o Direito como conjunto de normas tão-somente. A crítica de Dworkin a essa regra centra-se no fato de que as teorias positivistas deixariam de fora da análise de um caso a observância dos princípios que regeriam o teor da decisão judicial, o que enseja a sua segunda crítica, aquela contra a chamada Tese da Separabilidade.

No que tange a Tese da Separabilidade, Dworkin é contrário à idéia positivista de que haja uma separação entre Regras e Princípios, entendendo que o Direito não é formado tão-somente por regras, mas por aqueles dois tipos de normas. Essa afirmação se dá, posto que o autor entenda que regras seriam normas aplicáveis na base do ‘tudo ou nada’, sempre na ocorrência do fato descrito por ela, o que quer dizer que, desde que válidas, ou seja, desde que passem no teste do *pedigree*, elas podem ser aplicadas. Sendo assim, caso ocorra um fato que uma regra estipula, sendo esta uma regra válida, logo a resposta que oferece à solução do fato apresentado deve ser aceita. Contudo, as regras, por sua própria essência, não são capazes de prever todos os fatos da vida e, portanto, uma teoria positivista seria fatalmente falha na medida em que se predispuesse a solucionar todos os problemas que se apresentassem no mundo dos fatos. Segundo Dworkin, os juízes, ao solucionar questões, muitas vezes não se utilizam de regras, mas de princípios, os quais criariam as condições para a decisão, posto que fossem construções históricas e culturais referenciadas à justiça e à equidade e, portanto, informando as normas concretas, podendo estas ser mesmo desatendidas caso venham a violar um princípio. Assim, Dworkin demonstra a coerência de seu argumento ao trazer casos práticos da jurisprudência estadunidense, nos quais demonstra que as regras, por si só, não seriam capazes de trazer uma solução a um conflito ou, mesmo que trouxessem, estariam frontalmente contrárias aos valores de equidade e justiça. O autor traz à análise alguns dos chamados casos difíceis, nos quais demonstra que as Regras postas não seriam capazes de dar uma solução, obrigando os juízes a se basearem em princípios para editarem decisões baseadas na equidade e na justiça.

A última tese criticada por Dworkin é a Tese da Discricionariedade. Segundo as teorias positivistas, inclusive a descrita por Hart, quando um caso concreto se depara com a situação de não haver uma regra clara para a solução daquele caso, o magistrado poderia se utilizar de seu poder discricionário para solucionar a questão, através de sua capacidade de emitir um julgamento ante um fato controverso, mesmo sem uma norma que abarcasse o fato, o que, para Dworkin, seria absurdo, posto que fonte de decisões injustas, uma vez que, aplicando decisões discricionárias, os juízes estariam aplicando normas criadas naquele momento para fatos passados, ou seja, seria um caso exemplar de aplicação retroativa da norma.

Por outro lado, uma decisão discricionária seria antidemocrática, pois, ao fazê-lo, o juiz estaria, de certa forma, legislando, ou seja, usurpando o papel designado ao exercício de representantes eleitos pelo povo para essa finalidade.

Nesse sentido, Dworkin defende que, pré-existente à interpretação judicial, haveria uma solução correta, a qual seria posta em evidência pelo juiz através da atividade interpretativa baseada nas normas válidas do ordenamento normativo, mas também nos princípios que regeriam a vida na sociedade. Nesse ponto, Dworkin traria a idéia de “direitos jurídicos”, ou seja, o reconhecimento ao indivíduo de ver uma decisão jurídica favorável em caso de uma controvérsia quanto ao direito aplicável.

Muito embora muitas críticas tenham sido trazidas a estes e muitos outros pontos da Teoria de Dworkin pelos autores que o seguiram, bem como pelo próprio Hart, como, por exemplo, que uma mera adequação da Teoria do Reconhecimento Último já seria suficiente para solucionar a crítica, bem como o risco de aproximação do modelo de Dworkin ao Jusnaturalismo, o fato é que o autor foi um grande expoente da ruptura do pensamento Juspositivista, trazendo ao

Hesse informa que “o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade”, citando como exemplares os estudos de Paul Laband, Georg Jellinek e Carl Schmitt. Contudo, para o autor ora em análise, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, *a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.*”⁶ [grifos nossos]

Esse entendimento é central para o chamado neoconstitucionalismo, o qual apresenta como marco filosófico o que muitos autores denominaram por pós-positivismo. Conforme leciona Luís Roberto Barroso,

“a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”⁷

Segundo Antonio Cavalcanti Maia, “as transformações observadas em diversos sistemas jurídicos avançados têm demandado esforços de reflexão teórica: imperioso o desenvolvimento de um novo quadro de referência capaz de dar conta das significativas mudanças acarretadas pela implementação do Estado democrático constitucional contemporâneo.”⁸

O autor ressalta que, nesse momento, a Constituição passa a um papel de, conforme salienta Sastre Ariza, um “programa positivo de valores que deve ser ‘atuado’ pelo legislador, sendo ‘limite e direção ao mesmo tempo’”.

É imperioso observar que as constituições pós-Segunda Guerra Mundial passaram a impor, aos diversos ordenamentos do mundo ocidental, valores e princípios que devem ser objetivamente observados tanto pelo legislador quanto pelos magistrados no momento de gerar ou aplicar a lei.

cerne de sua discussão a importância dos princípios e dos valores morais na construção de uma ciência justa e equitativa do Direito.

⁶ HESSE, Konrad. *Op. Cit.* P. 14.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em 12 de novembro de 2010.

⁸ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Nº 16. Salvador, Maio/Junho/Julho/Agosto de 2007.

A esse fenômeno, Maia informa que os pensadores do saber constitucional nos países de tradição continental (Alemanha, Itália, Portugal e Espanha) passaram a denominar “neoconstitucionalismo”.

No Brasil, esse novo aspecto filosófico e constitucional também sofreu seus influxos, do que traz o autor o seguinte comentário:

“Assim, essas transformações, que ocorreram também em nossa experiência legal – em especial a inclusão de um largo catálogo de direitos fundamentais e inúmeros princípios jurídicos, observada a partir de 1988 –, demandaram a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da estiolada querela jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico.”⁹

Sobre o tema, Paulo Bonavides, ao examinar teoricamente a juridicidade dos princípios constitucionais e ao tratar de sua evolução histórica, informa que “a terceira fase (...) é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX.” E continua no sentido de que “as novas constituições promulgadas [e aqui se inclui a brasileira de 1988] acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”¹⁰

Os princípios, portanto, nas Constituições pós-Segunda Grande Guerra, tomam uma centralidade nunca antes vista nos ordenamentos constitucionais, passando a ter força normativa de aplicação, tornando-se as bases mais importantes em toda a hermenêutica constitucional, não somente sobre os temas de Direito Público, mas também direcionando a interpretação e a atuação da Ciência Jurídica no campo do Direito Privado.

Nesse contexto, os diversos campos do Direito viram a manifestação de escolas do pensamento focadas em seu âmbito de atuação e condizentes com essa posição de destaque adquirida pela Constituição. Com isso, no Direito Civil, houve o desenvolvimento da escola denominada Direito Civil-Constitucional.

Capitaneada pelos italianos Pietro Perlingieri e Stefano Rodotà, sendo introduzida no pensamento jurídico brasileiro através dos estudos de Maria Celina

⁹ MAIA, Antonio Cavalcante. *Loc. Cit.*

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores. 14ª Edição. São Paulo, 2004. P. 264.

Bodin de Moraes e de Gustavo Tepedino, essa escola do pensamento civilista milita pela chamada descodificação do Direito Civil, entendida esta não como uma perda do fundamento do ordenamento civilista, mas sim como a perda de sua centralidade, passando a ser entendido como aquele em que “o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.”¹¹

Perlingieri informa que “o Código Civil certamente perdeu sua centralidade de outrora”¹². Dessa forma, aproximando os fundamentos da citada teoria ao ordenamento civilista pátrio, leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

“Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que *o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado*. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a *Constituição*, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

(...)

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, *os valores propugnados pela Constituição*, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, *inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado*. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento (...)”¹³
[grifos nossos]

As palavras de Maria Celina Bodin de Moraes merecem todo o destaque, pois retratam com fidelidade um momento muito importante do pensamento constitucional brasileiro. O advento da Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, representou, em muitos aspectos, um rompimento com o pensamento tradicional de centralidade na defesa da propriedade, assim como da segregação bem definida entre o Direito Público e o Direito Privado e se

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª Edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2002. P. 6.

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Loc Cit.*

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. Trabalho publicado na *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. P. 62 e 63.

apresenta como uma carta ampla, principiológica, tendo a missão precípua de permear todo o ordenamento jurídico pós-1988.

Nesse mesmo sentido e sobre o mesmo fenômeno, Gustavo Tepedino traz que “assumem as constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens”¹⁴

Grande relevância para o presente estudo são as palavras do autor no seguinte sentido:

*“O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atuação econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.”*¹⁵ [grifos nossos]

Na passagem, Tepedino traz a derrocada da idéia tradicional de que o Código Civil será a Constituição do Direito Privado, passando, portanto, a Constituição a ser o norte de todos os campos do direito. Não há mais, portanto, que se estabelecer uma hermenêutica publicista que se contraponha a uma hermenêutica privada, mas uma hermenêutica constitucional única, tendo por central a Constituição. Sobre o tema, afirma Caitlin Mulholland:

*“A percepção de que o sistema jurídico, por ser unitário e, portanto, sistemática e hierarquicamente estabelecido, não poderia mais ser analisado e interpretado em blocos estanques e separados, levou à conclusão de que quando diante de um sistema fundado em uma norma superior – a Constituição – há que se respeitar os princípios e valores que dela emanam, sob pena de se ver descaracterizado o sentido de sistema do ordenamento.”*¹⁶ [grifos nossos]

Nessa esteira, é cediço reconhecer que todo o ordenamento pátrio será regido pelos valores, princípios e objetivos elencados na Carta Magna

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2008. P. 7.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Loc. Cit.*

¹⁶ MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e Contratação: Panorama das Relações Contratuais Eletrônicas de Consumo*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2006. P. 25.

promulgada em 1988 (respeitadas suas alterações posteriores) e, dentre eles, destaca-se o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no seu artigo 1º, inciso III. Afinal, reconhecer os direitos e apontar os deveres do cidadão deve ser uma atividade do Estado que, antes de qualquer coisa, esteja em acordo com a dignidade do Homem.

Conforme leciona Caitlin Mulholland, “a dignidade é um valor absoluto, intrínseco à essência da pessoa humana, único ser que compreende uma valoração interna, superior a qualquer preço e que não admite substituição equivalente. Este valor servirá como norte na interpretação e aplicação de normas jurídicas (...).”¹⁷

Indo além, todo o rol dos direitos e garantias fundamentais, bem como dos direitos sociais, são entendidos, por força do artigo 60, §4º da Constituição como cláusulas que devam ser especialmente protegidas. São as chamadas cláusulas pétreas, as quais não serão objeto de emenda que preveja aboli-las, incluindo-se, nesse rol, o dever de a propriedade observar sua função social (artigo 5º, XXIII), bem como, desde a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito social à moradia (artigo 6º, caput).

Quando se trata de Direito à Moradia, cabe ressaltar, necessariamente está a se lidar com institutos do Direito Civil: Posse e Propriedade. Sendo assim, é fácil verificar que o Direito à Moradia é um Direito Social, constitucionalizado, mas que seu exercício mesmo se dá por meio de instrumentos civilistas.

O estudo da posse e da propriedade é dedicado ao Direito Civil e, por outro lado, é justamente através do estudo desses institutos que, conforme veremos, buscar-se-á a defesa do direito social à moradia, através da efetivação da segurança da posse. Ora, temos, assim, um direito social e, portanto, fundamental, cuja defesa e efetivação se dará através de institutos típicos do Direito Privado.

Eis o porquê da escolha pela corrente interpretativa do Direito Civil Constitucional, visto que não haveria fundamento na defesa irrestrita dos valores do patrimônio quando, nos dizeres de Marcos Alcino de Azevedo Torres, não se deve esquecer que

“o legislador constituinte de 1988 dá como fundamento do estado democrático de direito, a cidadania (inc. II do art. 1º), a dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º) e como objetivos fundamentais da República brasileira, a construção de

¹⁷ MULHOLLAND, Caitlin. *Op. Cit.* 26 e 27.

uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I do art. 3º), garantindo o desenvolvimento nacional (inc. II do art. 3º), a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (inc. III do art. 3º) com promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (inc. IV do art. 3º).”¹⁸

Em assim sendo, cumpre observar que à propriedade será destinada função social, afinal, como visto, os institutos jurídicos, mesmo os patrimoniais, deverão ser instrumentos de concretização dos princípios e objetivos do Estado Brasileiro trazidos pelo legislador originário.

Assim, podemos observar que, repita-se, já no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição determina-se que “a propriedade atenderá a sua função social” e, nesse sentido, estabelece o seu artigo 170, inciso III o seguinte:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade;

(...)”

Ainda, o artigo 182, nesse mesmo sentido, traz o seguinte:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o bem-estar dos seus habitantes.” [grifos nossos]

Com isso, observa-se não restar dúvida de que a propriedade e, por consequência, a propriedade urbana, deve exercer função social. Em assim sendo, é de grande relevância trazer o entendimento doutrinário do que vem a ser esse instituto.

Ilustrando a questão, trazemos o entendimento de Fabianne Manhães Maciel, para quem a função social da propriedade cinge-se à

“utilização plena do bem, na otimização ou na tendência de otimizar ‘os recursos disponíveis em mãos de proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades

¹⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Instrumentos Urbanísticos e Propriedade Urbana Imóvel: Implicações e Confronto por Conta da Função Social da Cidade e da Propriedade Urbana*. In: Tepedino, Gustavo (coord.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2.000.

em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo”¹⁹.

Melhim Namem Chalhub informa que é a partir do final do século XIX que a idéia de função social da propriedade ganha especial relevo, com o surgimento das constituições modernas. Nesse período, “a doutrina marxista concebe a propriedade como fator de produção da riqueza, objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho, seguindo-se a revolução russa de 1917 com a socialização dos meio de produção.”²⁰

O autor informa ainda a importância da doutrina cristã para o desenvolvimento do tema, uma vez que a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI “procura estabelecer uma distinção entre direito de propriedade e uso da propriedade, preconizando-se a atuação do legislador no sentido de regular o exercício do direito de propriedade de acordo com as exigências do bem comum (...)”.

Nesse sentido, Ângelo Brucculeri, ao estudar o tema sob o viés da doutrina social da Igreja Católica, informou já em 1.956 o seguinte:

“Se a função social da propriedade particular se devesse unicamente confiar ao livre curso da atitude virtuosa dos homens, a sua prática seria instável e restrita a muito poucos detentores da riqueza, se é verdade que a maior parte se deixa muitas vezes dominar e dirigir mais pelo egoísmo de que pelo sentido moral.

(...)

Entretanto, a solução do problema social da propriedade é condição indispensável exigida pela tranqüilidade e pela ordem de toda a colectividade humana. Daqui a necessidade da intervenção do poder público e da lei jurídica que possam coactivamente opor-se aos abusos da propriedade e assegurar assim o benefício social.”²¹

¹⁹ MACIEL, Fabianne Manhães. *Direito da Cidade e Função Social da Cidade*. In: *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Mota, Mauricio e Torres, Marcos Alcino (coordenadores). Ed. Campus Jurídico / Elsevier. Rio de Janeiro, 2009. p. 208-209. A autora cita excerto de Osório, Leticia Marques. *Estatuto da Cidade: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002. p 61.

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária: Função Social e Outros Aspectos*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2000. P. 9.

²¹ BRUCCULERI, Ângelo S. J. *A Função Social da Propriedade*. Livraria Apostolada da Imprensa. Porto (Portugal), 1956. P. 35.

Tal análise é muito importante para se apresentar que desde longa data existe a discussão da funcionalização da propriedade, mesmo no que toca setores tradicionais como a Igreja Católica.

Não se faz excessivo trazer a lição do civilista Orlando Gomes, em obra atualizada por Luiz Edson Fachin, para quem

“a função social da propriedade é antes uma acepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito [o que] consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do Direito Civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário.”²²

Em sentido congruente, Liana Portilho Mattos informa:

“Como princípio constitucional, a função social da propriedade tem *natureza de norma*, de preceito jurídico e, portanto, seu papel juspositivo está muito além de um simples comando constitucional generalista, como já se chegou a preconizar em outros tempos. Ao contrário, como princípio constitucional que é, a função social da propriedade é uma espécie de norma jurídica superior e hegemônica em relação às demais regras do ordenamento jurídico que dispõem sobre a propriedade, pois faz parte do elenco das opções políticas fundamentais do constituinte, que congregam os valores éticos e sociais mais elevados de um Estado e de uma sociedade.”²³

Ainda na exposição, é de grande relevância trazer o entendimento da mesma autora sobre a função social da propriedade urbana, no sentido de que

“... a função social da propriedade urbana é um conceito aberto cuja matriz encontra-se na Constituição de 1.988; seu conteúdo mínimo é dado pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2.001) e complementado pelo Plano Diretor de cada município, quando houver...”²⁴

No que tange a posse, é cediço que, embora não haja uma regulamentação explícita do dever de ser-lhe garantido o exercício de sua função social, o fato de

²² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005. P. 20.

²³ MATTOS, Liana Portilho. *Nova Ordem Jurídico-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006. P.39.

²⁴ MATTOS, Liana Portilho. *A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade*. Ed. Temas e Idéias. Rio de Janeiro, 2003. P. 43 e 44. In: *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Mota, Mauricio e Torres, Marcos Alcino (coordenadores). Ed. Campus Jurídico / Elsevier. Rio de Janeiro, 2009. p. 208.

militarmos por uma interpretação constitucional do Direito Civil, leva-nos a crer que também a posse deverá cumprir sua função social.

Nesse sentido, doutrinadores e acadêmicos do marco teórico aqui defendido têm sido unânimes, do que se depreende da leitura sobre o tema em obras consagradas como as de autoria de Luiz Edson Fachin, bem como de seus seguidores, a exemplo de Ricardo Aronne.²⁵

Dessa forma, baseando-se nos conceitos apresentados de centralidade da Constituição, da aplicação de seus princípios e objetivos no que tange todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive os campos atinentes ao direito privado, bem como nos conceitos de função social da propriedade e da posse, em especial no que tange o espaço urbano, dá-se início ao presente estudo, o qual tem, por finalidade, demonstrar as potencialidades de defesa do Direito à Moradia através de uma política pública ampla e contínua de Regularização Fundiária.

Para tanto, o trabalho irá apresentar, no primeiro capítulo, a conceituação necessária ao estudo e, especialmente, um histórico das lutas e dos movimentos sociais que, desde há muito tempo, vêm enfrentando as conseqüências dos desastros políticos e sociais pelos quais passou o Brasil e que vêm lutando, num contexto redemocratização e com a estabilização econômica e política, pela efetivação do Direito à Moradia no espaço urbano.

No segundo capítulo, o histórico de lutas sai da seara puramente sociológica e parte para a luta pelo reconhecimento jurídico do direito à moradia e de seus instrumentos de defesa. Serão apresentados os marcos legais e teóricos que vêm enraizando a idéia do respeito ao Direito Social à Moradia, além de ser apresentada sua centralidade para a conquista de outros direitos sociais.

O terceiro e último capítulo apresentará o conceito de Regularização Fundiária Plena e demonstrará suas potencialidades e seus instrumentos para efetivação do Direito à Moradia, bem como a necessidade de se ver a Regularização Fundiária no patamar das políticas públicas amplas e contínuas e sua importância na efetivação dos princípios e objetivos elencados pela Constituição Federal de 1988.

²⁵ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988. Cf. ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: Reexame Sintético das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 1998.

O estudo que aqui se inicia tem o intuito de se unir a outros trabalhos já produzidos e publicados sobre temas correlatos, bem como a todas as vozes dos movimentos sociais, dos profissionais engajados, dos favelados, dos sem-teto, dos socialmente alijados e que aguardam ansiosos pela sociedade planejada em 1988 e cujos alicerces tão duramente estamos todos trabalhando para ver concretizados.

No que tange a ciência do Direito, não se pode esquecer que, como ciência social aplicada, estruturadora do Estado e garantidora do Estado Democrático de Direito, ela deve avocar a si a responsabilidade de minorar ao máximo as desigualdades sociais decorrentes do modelo econômico vigente e isso ela fará através dos instrumentos para sua própria aplicação.

Este trabalho pretende ser um foco de luz, mesmo que pequeno e fruto de um esforço ainda em construção de um jovem pesquisador, mas desejoso, por certo, de que esse pequeno foco se irradie por onde haja escuridão e que colabore, à sua maneira, para os estudos dos Direitos Sociais no Brasil.