

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

TRANSCRIÇÃO DO 1.º ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE: IMPLEMENTANDO OS DITAMES CONSTITUCIONAIS, 12.4.2018

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO:

Obrigado, dr.^a Marta. Já passando à palestra *Função social da propriedade urbana e direito à moradia*, em face do adiantado da hora. Tenho a honra de apresentar aqui minha colega de faculdade Liana Portilho Mattos, doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em análise urbana pela Escola de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais.

Exerceu o cargo de presidente do Instituto Estadual de Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. Atua pela implementação(F) do projeto estruturador Circuito Cultural Praça da Liberdade. Foi subsecretária de Estado de Ensino Superior da Secretaria de Estado da Ciência e Tecnologia em Ensino Superior entre 2013 e 2014. Responsável pela coordenação do projeto de absorção das fundações estaduais associadas à Universidade do Estado de Minas Gerais.

Professora de Direito Urbanístico, tem diversas publicações técnicas em livros e revistas especializadas sobre o tema, com destaque para as obras *Estatuto da Cidade Comentado*, *Função Social da Propriedade do Estatuto da Cidade*, *Nova Ordem JurídicoUrbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais*.

LIANA PORTILHO MATTOS:

Boa-tarde. Gostaria de agradecer o convite do Centro de Estudos do Ministério Público, da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, cumprimentar meu colega de muitos anos dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, a dr.^a Marta Larcher, a dr.^a Giselle, os magistrados presentes, a desembargadora Shirley Bertão, os membros do Ministério Público, entre os quais os combativos promotores de Justiça dr. Marcos Paulo Miranda, dr.^a Andressa Lanchotti, dr.^a Lílian Marotta, a quem muito respeito, talvez até por em determinadas ocasiões termos figurado em lados opostos. Muito obrigada a todos pelo convite.

Tentando não entrar direto nas inúmeras reflexões e provocações que as falas das doutoras Marta e Giselle provocaram, vou-me ater ao desenho, à estrutura que preparei para refletir com vocês. Ainda que lincando ao que as duas palestrantes nos brindaram nesse embate entre direitos individuais e direitos sociais, parece que tanto a fala da dr.^a Giselle sobre patrimônio cultural, direito fundamental, direito difuso, quanto a fala da dr.^a Marta sobre direito ao planejamento urbano e também sobre direito difuso, nos colocam diante desse embate: qual é o direito que tem primazia na aplicação no dia a dia pelo Executivo, pelo Judiciário, pelo Ministério Público nesses temas sobre os quais estamos discutindo. Como disse bem a dr.^a Marta, a realidade está aquém do que a legislação já avançou nessa temática, sobretudo quando se compara a sensibilização dos direitos ambientais com a aplicação das normas ambientais.

O ainda incipiente entendimento do planejamento urbano como direito fundamental, o direito ao patrimônio cultural, que ainda luta para se fazer visto como um bem comum e não um estorvo ao qual são submetidos os proprietários privados, e às vezes públicos também. Cria-

se aí um senso comum de que não é uma benesse para a população, mas sim uma proteção que gera entrave econômico, não desenvolvimento urbano.

Pegando gancho na fala das colegas a respeito da primazia do interesse individual sobre o interesse social, ou vice-versa, a base da consolidação do princípio constitucional da função social da propriedade urbana na forma de ocupação do território brasileiro, antes da primeira lei que tratou dos direitos de propriedade e posse do Brasil, que foi a Lei de Terras em 1850, pontua a questão da cultura. Os *Cultural Studies* têm todo um embasamento que vai justificar e legitimar decisões judiciais com base na formação da norma do ponto de vista da cultura.

Antes de 1850, na época da ocupação do território brasileiro, nas ordenações do reino, pasmem os senhores, já existia função social da posse. Talvez da propriedade também, mas mais ainda da posse. E digo mais: até 1850 sempre preponderou o direito de posse sobre o direito de propriedade.

No mínimo, significa dizer que o título de propriedade, o título dominial, não é o único instrumento a conferir segurança jurídica ao ocupante de território. E por que não? Até 1850, a distribuição das glebas do território brasileiro se deu por meio do regime sesmario, uma prática vigente em Portugal também. O sesmeiro, para ter direito à gleba que havia recebido, precisava cumprir dois requisitos: morada habitual naquele território e cultivo efetivo. Ora, o que pode ser função social da terra? Função social da propriedade, função social da posse. E assim o território foi sendo ocupado... Com a Lei de Terras de 1850 há uma ruptura completa. Por meio da Lei 601, a propriedade passa a ser a forma preponderante de legitimação de uma ocupação territorial. Isso impacta

enormemente na maneira como o direito brasileiro veio se construindo sob esses dois institutos: direito de propriedade e direito de posse.

Em 1916, o Código Civil, não mais em vigor, reafirma a primazia da propriedade sobre a posse ao conceder ao proprietário atributos quase absolutos, que só se opõem a algumas poucas restrições de vizinhança. Antes, para compreender esse fenômeno do Código Civil de 1916, é importante ver aquele movimento que a Revolução Francesa inaugurou com a célebre Declaração dos Direitos dos Cidadãos, em 1789, que em seu art. 17 dizia: *“como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada exigir, evidentemente sob condição de justa e prévia indenização”*.

Em 1789, estávamos no auge da consolidação do Estado liberal. O chamado Estado social do início do século passado, entre 1917 e 1919, traz a ideia de função social da propriedade como um princípio constitucional. Mas a propriedade não é absoluta. A propriedade confere direitos ao proprietário e, paralelamente a esses direitos, vêm inúmeros deveres. A primeira Constituição Brasileira, a de 1934, prevê o princípio da função social da propriedade. Mais uma comprovação do quão defasada essa legislação civil de 1916 estava. Menos de 20 anos depois, a Constituição de 1934 já trazia aquela ideia que vigia entre os países democráticos e inspirados no Estado social de que propriedade comporta restrições, comporta, sobretudo, deveres impostos à coletividade, à sociedade, ao interesse público.

O interessante é que em 1934 a Constituição, numa alusão bem superficial é verdade, traz a ideia de função social da propriedade, mas abre um espaço

enorme para que toda a legislação ambiental, urbanística e cultural se desenvolva a partir de então. O Decreto-Lei 25/1937 trata da proteção do patrimônio cultural ao instituir o célebre instrumento do tombamento, uma restrição à propriedade privada sem indenização. A ideia de indenização, como disse aos senhores, estava lá no art. 17 da declaração de 1789.

Até se admitia restrição à propriedade, mas mediante prévio juízo(F) e indenização em dinheiro, o que não tem nada a ver com expropriação. Na verdade, a jurisprudência foi quanto ao nível de restrição ao direito individual de propriedade para se conferir, nos casos concretos, indenização ou não. Em regra geral, e voltando ao Decreto-Lei 25/1937, quando a figura do tombamento passa a vigor no nosso ordenamento jurídico brasileiro, abrem-se oportunidades para que o princípio da função social da propriedade gradativamente passe a ser aplicado, apropriado pelos legisladores, pelos planejadores, pelos executores de política pública.

Em todas as constituições(F) esse princípio foi repetido, até que quando chega a Constituição de 1988, como a dr.^a Marta bem lembrou, no art. 182 é dado um status de protagonismo ao princípio ordenador da política urbana. E mais, atrela-se ao preenchimento do conteúdo desse princípio da função social da propriedade urbana leis municipais, mais especificamente aquelas relacionadas ao plano diretor. Mas não só. Em nenhum momento, é dito na Constituição que é só o plano diretor que vai definir quando que a propriedade atende a uma função social.

Além disso, é importante lembrar que esse direito fundamental está no art. 5.º, inciso XXIII da Constituição, no que diz respeito à função social da

propriedade. No inciso XXII, art. 5.º: *“É garantida a propriedade”* e *“a propriedade cumpre uma função social”*. Isso era um inciso só: *“A propriedade é garantida, desde que cumprida sua função social”*.

Cingiram-se, pois, os dois dispositivos. Atualmente, a função social da propriedade é um elemento constitutivo do próprio direito de propriedade não só a partir de análises doutrinárias e jurisprudenciais. É mais que isso: o direito ambiental, a Lei Nacional de Meio Ambiente, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Desapropriação, a Lei 6.766, que passa sem a menor hesitação para pôr nas mãos do poder público municipal conduzir o ordenamento de solo urbano. O que é ordenar o solo urbano senão conformar direito de propriedade privado? Públicas também, mas direitos de propriedade.

Passa-se a entender a cidade não como um conjunto de lotes individuais, mas como um espaço coletivo no qual cada interferência no espaço feita por um particular ou pelo poder público vai impactar na qualidade de vida de todos que ali vivem. E por que quem vai ditar a conformação desse espaço não será o poder público? Existe algum outro ator no estado democrático de direito que pode dizer para onde caminha, para onde vai, se expande ou não uma área urbana, se pode ser considerada ali uma área de interesse social para fins de habitação e moradia, que não o poder público municipal legitimamente constituído e eleito?

A Lei 6.766 é de 1979, quase 40 anos já. O Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de que a dr.^a Marta falou, de 2001, vai fazer daqui a pouco 20 anos. E todas essas leis, de uma maneira ou de outra, adotam esse princípio constitucional da função social da propriedade, um tema com o qual trabalho há muitos anos.

Mas qual a relação do direito à moradia com a função social da propriedade? Toda. Quando se fala de direito à moradia, estamos falando de bem-estar, dignidade da pessoa humana. No direito da cidade, estamos falando de direito ao meio ambiente sustentável. E, como a dr.^a Marta ponderou, a informalidade é uma estratégia de sobrevivência e, para a prof.^a Raquel Rolnik, ela está na base da produção da chamada ilegalidade urbana.

Por que isso? Porque os pobres vão morar nas áreas ambientalmente mais vulneráveis, às margens de rodovia, próximas aos mananciais. Em geral, áreas onde o mercado formal de terras não pode atuar porque é vedado pela legislação. E como não há uma política de produção de moradia que dê vazão a essa faixa de baixa renda que não tem o acesso fácil ao mercado formal de financiamento imobiliário, a informalidade passa a ser uma estratégia de sobrevivência. Não é uma vontade deliberada que as ocupações irregulares surjam e em níveis tão eloquentes como os de hoje, quando se estima que 60% das cidades brasileiras vivem à margem da legalidade do ponto de vista da ocupação da terra para fins de moradia.

E olhem bem, desde o século passado na forma da ocupação das terras brasileiras o principal efeito para além da reconfiguração do próprio perfil de direito de propriedade é o impacto nas políticas de regularização fundiária. Por quê? Porque o Estatuto da Cidade preconiza o direito à moradia no rol dos bens e dos valores que configuram o direito da cidade.

No art. 2.º do Estatuto da Cidade, o legislador previu a regularização fundiária como uma das diretrizes da política urbana e do ordenamento das cidades. A Lei 11.977/2009 sustenta a ideia de função social da posse e da propriedade, apesar da ruptura enorme com o

marco legal. Já a Lei 13.465/2017, é fruto de uma medida provisória. Dentro da legalidade, é possível a permanência do ocupante na terra, ainda que ele não detenha o título formal de posse ou de propriedade.

Baseado na concepção de que a propriedade deve ter uma função social, as políticas de regularização previram instrumentos que vão além da mera concessão de um título de posse e de propriedade. Preveem um conjunto de medidas de melhoria das condições de vida socialmente, ambientalmente, culturalmente.

Além de relacionar o direito à moradia à função social da propriedade como patrimônio cultural, o Decreto-Lei 25 de 1937, pioneiramente, numa lei infraconstitucional, concebeu a ideia de função social da propriedade. Também o art. 216, da Constituição de 1988, vem reafirmar aquele ideário do poeta Mário de Andrade, primeiro secretário de Cultura do Brasil, autor do anteprojeto de lei de criação do Iphan e do Decreto-Lei 25/1937, que depois é modificado pelo Rodrigo de Melo Franco, presidente por mais de 30 anos do Iphan.

Esse art. 216 da Constituição também afirma a função social da propriedade, que identifiquei num trabalho recente como inspirado no anteprojeto rejeitado do Mário de Andrade. Por quê? Porque a noção de patrimônio cultural era muito mais ampla do que aquela do Decreto-Lei 25. Ou seja, o patrimônio cultural era constituído por bens de natureza material e imaterial. A ideia da intangibilidade do patrimônio cultural e da necessidade de sua proteção imaterial no anteprojeto de Mário de Andrade antecedeu em quase 50 anos o que a Constituição Federal só veio a considerar em 1988.

E por que é importante essa proteção imaterial, introduzida em A Carta de Veneza, por exemplo, décadas

depois do Mário? Enfim, por razões políticas, históricas, econômicas, o que vingou foi a proteção por meio do tombamento em 1937. Nessa parte, a avançada noção de Mário de Andrade ficou com o sonho guardado. Não foi esquecido. Ela surge depois, na década de 80, muito forte, com Aloísio de Magalhães. A noção das referências culturais passa a ser praticamente ungida no art. 216 da Constituição. Não são os referenciais de monumentalidade, de excepcionalidade, de eloquente historicidade que importam para constituir e para dizer o que é patrimônio cultural. O que importa é a referência e identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Olhe a quantidade de significantes desse dispositivo: diferença, diversidade.

Abre-se um leque enorme para se pensar de fato o que é patrimônio. O que é patrimônio? Grafite é patrimônio? Picho é patrimônio? A Igreja da Pampulha é patrimônio para o pichador (esqueci o nome dele) que pichou duas vezes, nos anos passado e retrasado? O que é patrimônio cultural afinal de contas? Não só os Conselhos de Patrimônio, mas o Executivo, o Ministério Público, o dr. Luiz Gustavo, nessa área penal com os pichadores, têm deparado perplexamente com essa dificuldade de definições exatas num mundo complexo.

A saída, parece que foi apontada pela dr.^a Marta, passa pela gestão democrática, pela função social. E por quê? Porque, além desse tensionamento entre direitos individuais, direitos sociais, há uma plêiade(F): a função social da posse para patrimônio da propriedade, da moradia, função socioambiental, função sociocultural, função social do contrato. Afinal, a base de legitimação para a atuação do Direito é colocar o Direito em função do homem. E colocar o Direito em função do homem não é outra coisa senão colocar o Direito em função social.

O patrimônio, a moradia, os direitos urbanísticos, ambientais só vão ser legítimos, e atingir a almejada eficiência, se funcionar a participação no processo de construção dessas políticas. E as normas e os princípios que temos estão muito assentados numa legislação urbanística hoje avançadíssima em termos internacionais.

Uma legislação de patrimônio cultural vige perfeitamente desde 1937, sendo relida, ressemantizada à luz dos princípios constitucionais. A legislação ambiental, as normas, que às vezes mudam, de regularização fundiária. Não há nenhuma carência de normas. Nós temos que saber é que tipo de justiça queremos. Temos que saber, e aí eu gostaria de citar uma frase do Michael Sandel, do livro *O que é fazer a coisa certa*, do curso que ele dá sobre justiça na Universidade de Harvard: *“A justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”*.

Ou seja, falta sensibilização, e esse seminário é um passo nesse sentido. Em algum momento, o palestrante anterior falou sobre a sensibilização. É uma brincadeira, dr. Carlos? Sensibilização pelo dinheiro, pelo ganho econômico, para ver se aderem aos princípios. Discordo. Temos que nos sensibilizar pela solidariedade: solidariedade intergeracional, a solidariedade do agora.

Como não me resta mais tempo, vou fechar com uma citação do Mário de Andrade, da década de 40: *“Será que a liberdade é uma bobagem? Será que o direito é uma bobagem? A vida humana é que é alguma coisa a mais que as ciências, as artes, as profissões, e é nessa vida que a liberdade toma um sentido, assim como o direito dos homens”*. Então é hora de o Direito ter uma função social. Muito obrigada.