

## Les Cahiers de droit



# Le droit au logement au Brésil : entre intervention gouvernementale et théorie civile-constitutionnelle engagée

Anne-Françoise Debruche

Volume 61, Number 2, June 2020

Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits sociaux : nouvelles perspectives

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1070648ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1070648ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Debruche, A.-F. (2020). Le droit au logement au Brésil : entre intervention gouvernementale et théorie civile-constitutionnelle engagée. *Les Cahiers de droit*, 61(2), 331–352. <https://doi.org/10.7202/1070648ar>

Article abstract

In Brazil, the justiciability of the right to housing has increased significantly under the combined efforts of labour governments and private law researchers. For the government's part, various executive measures have created new ad hoc real rights, such as the right of use for a residential purpose, allowing for regularization of favela dwellings. Clearly, implementation of these new real rights has depended on both municipal cooperation and economic and political factors. At the same time, private law researchers have been using the "civil constitutional" theory to bring property law under the purview of the constitutional principles of human dignity and the right to housing, for example by using the social function of property to support possessory actions for favela inhabitants against landowners.

# Le droit au logement au Brésil : entre intervention gouvernementale et théorie civile-constitutionnelle engagée

---

Anne-Françoise DEBRUCHE\*

*Au Brésil, la justiciabilité du droit au logement s'est accrue de manière importante sous l'impulsion conjuguée des derniers gouvernements travaillistes et de chercheurs en droit privé. D'une part, grâce à diverses mesures promulguées par l'exécutif, de nouveaux droits réels immobiliers ad hoc, comme le droit d'usage à des fins d'habitation, ont été ajoutés au catalogue classique de façon à permettre la régularisation des logements construits dans les favélas. La mise en œuvre de tels droits a évidemment été fonction de la coopération des villes touchées, ainsi que de facteurs économiques et politiques. D'autre part, des privatistes ont tiré parti de la théorie du droit civil-constitutionnel pour mettre le droit des biens en phase avec le principe de la dignité humaine et le droit au logement inscrits dans la Constitution fédérale de 1988, notamment au moyen de la fonction sociale de la propriété soutenant des actions possessoires au bénéfice des habitants des favélas face au propriétaire du terrain.*

---

*In Brazil, the justiciability of the right to housing has increased significantly under the combined efforts of labour governments and private law researchers. For the government's part, various executive measures have created new ad hoc real rights, such as the right of use for a residential purpose, allowing for regularization of favela dwellings.*

---

\* Professeure agrégée, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

Clearly, implementation of these new real rights has depended on both municipal cooperation and economic and political factors. At the same time, private law researchers have been using the “civil constitutional” theory to bring property law under the purview of the constitutional principles of human dignity and the right to housing, for example by using the social function of property to support possessory actions for favela inhabitants against landowners.

*En Brasil la justiciabilidad del derecho a la vivienda ha incrementado de manera considerable bajo el impulso conjunto de los últimos gobiernos laboristas y de los investigadores de derecho privado. Gracias a las diversas medidas promulgadas por el Ejecutivo, por una parte, nuevos derechos reales inmuebles ad hoc como el derecho de uso destinado a viviendas han sido añadidos a la catalogación clásica, con el fin de permitir la regularización de las viviendas construidas en las favelas. La implementación de tales derechos ha sido evidentemente función de la cooperación de las ciudades pertinentes, y de factores de orden económico y político. Por otra parte, los privatistas han sacado provecho de la teoría del derecho « civil constitucional » para permitirle al derecho de propiedad, de conformidad con el principio de la dignidad humana y el derecho a la vivienda consagrados en la Constitución Federal de 1988, particularmente por medio de la función social de la propiedad en apoyo de las acciones posesorias y en beneficio de los habitantes de las favelas frente al propietario del terreno.*

|                                                                                                                                                   | Pages |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>1 La voie législative de la régularisation formelle: un « droit au logement » à la mesure de l'initiative individuelle de l'occupant</b> ..... | 335   |
| 1.1. L'usufructu spéciale urbaine sur les terrains privés .....                                                                                   | 338   |
| 1.1.1 La version individuelle .....                                                                                                               | 339   |
| 1.1.2 La version collective.....                                                                                                                  | 341   |
| 1.2 Le droit d'usage spécial à des fins d'habitation sur les terrains publics.....                                                                | 342   |
| <b>2 La voie judiciaire: une protection contre l'éviction fondée sur une lecture constitutionnelle du droit des biens</b> .....                   | 344   |

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1 Les recours disponibles contre l'occupation illicite du terrain d'autrui ..... | 345 |
| 2.1.1 L'action pétitoire.....                                                      | 345 |
| 2.1.2 L'action possessoire .....                                                   | 346 |
| 2.2 L'inspiration du droit civil-constitutionnel .....                             | 347 |
| 2.3 Une jurisprudence contrastée .....                                             | 348 |
| <b>Conclusion</b> .....                                                            | 351 |

---

Le droit des biens peut-il être un outil de justice sociale ? Dans quelle mesure est-il à même de contribuer à concrétiser le droit socioéconomique à un logement suffisant tel que le reconnaît notamment le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1976 ratifié par le Canada<sup>1</sup> ? À défaut d'investissements directement destinés à la construction de logements sociaux, on pourrait imaginer le droit des biens protégeant ceux qui occupent illégalement l'immeuble d'autrui contre l'expulsion de façon à leur permettre, fût-ce indirectement, de conserver un toit. Si l'hypothèse semble incongrue au Canada, où le droit du logement paraît desservir jusqu'aux locataires de logements sociaux dans le Grand Nord québécois<sup>2</sup>, elle prend pourtant tout son sens au Brésil, où ce droit garanti par la Constitution de 1988, conjugué au principe de la dignité de la personne humaine et à celui de la fonction sociale de la propriété<sup>3</sup>, a permis la régularisation ou, à tout le moins, la protection contre l'éviction des résidents de centaines de logements situés dans des favélas. Cette régularisation foncière urbaine<sup>4</sup> ancrée dans la Constitution

---

1. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 11 (1). Ce traité a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976, et par le Brésil le 24 janvier 1992.

2. Martin GALLIÉ et Marie-Claude P. BÉLAIR, « La judiciarisation et le non-recours ou l'usurpation du droit au logement – le cas du contentieux locatif des HLM au Nunavik », (2014) 55 *C. de D.* 685.

3. *Constitution de la République fédérative du Brésil*, 5 octobre 1988, art. 6, 1 (III) et 5 (XXIII).

4. On définit la régularisation urbaine comme un « ensemble de mesures juridiques, urbaines, environnementales et sociales qui visent à la régularisation d'établissements illicites et à la titularisation de leurs occupants, de façon à garantir le droit social au logement, le plein épanouissement des fonctions sociales de la propriété urbaine et le droit à un environnement écologique équilibré » : article 46 de la *Loi n° 11.977 du 7 juillet 2009* (la traduction est de nous), en relation avec la mise en œuvre du programme *Minha casa, minha vida* (« Ma maison, ma vie »), qui comporte un volet urbain et un autre rural, que nous n'aborderons pas dans le présent article.

représente un phénomène juridique digne d'intérêt, même si l'on peut douter de son maintien depuis le départ des travaillistes et l'arrivée au pouvoir d'un nouveau président très à droite. Son originalité tient au fait que la régularisation en question repose sur deux piliers distincts : la création, en droit des biens, de nouveaux droits réels et modes d'acquisition *ad hoc* de ceux-ci par voie législative ou réglementaire (partie 1); et le développement d'une protection possessoire revue et corrigée par les juges et les auteurs au moyen d'une vision civile-constitutionnelle originale du droit des biens (partie 2).

En guise de prologue toutefois, soulignons d'emblée que, au-delà de toute régularisation formelle ou de toute protection contre l'éviction, la réalité des favélas appelle une approche pluridisciplinaire, associant des perspectives sociales, politiques, économiques, éducatives, administratives, médicales, environnementales, architecturales, urbanistiques et de police à la seule vision du droit<sup>5</sup>, qui conçoit la favéla<sup>6</sup> principalement à travers son caractère illégal (celle-ci étant une construction illicite érigée sur un terrain appartenant à autrui)<sup>7</sup> ou informel (c'est-à-dire édiflée en-dehors des règles de l'économie et de l'urbanisation formelles soutenues par l'État)<sup>8</sup>. Nées de la très forte disparité économique et sociale héritée de la colonisation, ainsi que de l'exode rural, les favélas brésiliennes s'inscrivent dans un contexte d'urbanisation exponentielle<sup>9</sup> se traduisant par

5. Pour des réflexions sectorielles en rapport avec le droit, voir par exemple: Raquel ROLNIK et autres, *Regularização fundiária plena. Referências conceituais*, Brasília, Ministério das Cidades, 2007; Raquel ROLNIK et autres, *Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos*, Belo Horizonte, PUC Minas Virtual, 2006; Rosângela Marina LUFT, «Regularização fundiária: superação de mitos e assimilação de premissas», (2009) 25 *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico* 48.
6. Le mot *favéla* désigne un type de plante du nord du Brésil, dans la région de Bahia. Des soldats y ayant fait campagne avaient appelé ainsi leur quartier établi sur une colline de Rio de Janeiro à leur retour, et le mot est devenu synonyme de ces quartiers déshérités établis sur les hauteurs de la ville: pour l'historique, voir Lícia VALLADARES, *La favéla d'un siècle à l'autre. Mythe d'origine, discours scientifiques et représentations virtuelles*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2006, n<sup>os</sup> 5, 6 et 19.
7. La définition officielle de l'Institut de géographie et de statistique (IBGE) désigne un ensemble d'au moins 51 logements qui occupent illégalement un terrain appartenant à autrui, soit disposant d'un accès précaire aux services d'utilité publique (eau, égouts, électricité, etc.), soit regroupant des bâtiments et des voies de circulation contrevenant aux règles d'urbanisme.
8. Ce vocabulaire est très répandu. Voir, à titre d'illustration, Ângela GORDILHO SOUZA, «Favelas, invasões e ocupações coletivas nas grandes cidades brasileiras – (Re)Qualificando a questão para Salvador-BA», *Revista Cadernos Metrópole*, n<sup>o</sup> 5, 2001, p. 63.
9. Environ 75 p. 100 de la population brésilienne habitait en ville en 2000, et l'on estime que ce taux augmentera à 80 p. 100 en 2030: Letícia MARQUES OSÓRIO, «Direito à moradia adequada na América Latina», dans Betânia ALFONSIN et Edésio FERNANDES

un problème aigu d'accès à un logement décent, et concernant aujourd'hui, dans la ville de Rio de Janeiro sur laquelle nous nous concentrerons ici, 22 p. 100 de la population répartie dans plus de 800 favélas distinctes<sup>10</sup>. L'étude de la régularisation foncière dans les favélas doit tenir compte du fait que la géographie de ces dernières varie selon chaque ville du Brésil<sup>11</sup> et qu'elles peuvent être de la taille d'un village ou d'une ville à part entière<sup>12</sup>, situées sur des terrains convoités par les pouvoirs publics pour des projets spécifiques ou non<sup>13</sup> : les enjeux sont donc très différents et varient d'une favéla à l'autre.

### 1 La voie législative de la régularisation formelle : un « droit au logement » à la mesure de l'initiative individuelle de l'occupant

Qu'elle intervienne au moyen d'instruments législatifs ou réglementaires, la régularisation foncière rend licite une occupation jusque-là illicite : elle vise à concéder aux habitants des « agglomérats irréguliers » un droit réel légitimant leur présence sur un fonds qui n'était pas le leur. Les avantages attendus d'une telle régularisation sont multiples. Outre le fait d'être désormais à l'abri d'une éviction sans indemnité décidée ou soutenue par les pouvoirs publics<sup>14</sup>, les occupants sont titulaires d'un droit réel

---

(dir.), *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade. Diretrizes, instrumentos e processos de gestão*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 18, citant les données recueillies par l'Organisation des Nations unies (ONU) : UNITED NATIONS CENTRE FOR HUMAN SETTLEMENTS (HABITAT), *Cities in a Globalizing World. Global Report on Human Settlements*, 2001, p. 17.

10. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [En ligne], [www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000006960012162011001721999177.pdf] (31 janvier 2020).
11. Les favélas de Rio de Janeiro, par exemple, se situent tant à la périphérie de la ville qu'en son centre le plus nanti, sur des collines, alors que celles de Sao Paulo sont essentiellement regroupées en périphérie.
12. Ainsi, la favéla de Rocinha à Rio, qui, avec sa centaine de milliers d'habitants, représente la plus grande du Brésil.
13. Ainsi, au regard d'un projet de régularisation foncière, une favéla située sur le site projeté du stationnement destiné au stade du Maracana en prévision de la Coupe du monde de football fera plus volontiers l'objet d'une délocalisation : c'est ce qui est arrivé à la favéla de Metrô et à ses 600 familles (voir le reportage à ce sujet : REPÓRTER RIO, « Remoções : saiba mais sobre a favela do Metrô, perto do Maracanã », *Empresa Brasil de Comunicação*, 19 avril 2018, [En ligne], [www.tvbrasil.ebc.com.br/reporter-rio/2018/04/remoco-es-saiba-mais-sobre-favela-do-metro-perto-do-maracana] (31 janvier 2020)).
14. Les délocalisations brutales effectuées par le régime militaire au pouvoir à la fin des années 60 et au début des années 70 illustrent les conséquences sociales dramatiques de telles pratiques. Dans le cas, par exemple, de la favéla Catacumba située dans la banlieue sud aisée de Rio, un incendie « accidentel » a fini par forcer les habitants

immobilier qui leur ouvre l'accès au crédit (le droit réel faisant office de sûreté immobilière) et qui représente aussi un bien qu'ils pourront léguer ou vendre, ou encore dans lequel ils pourront exploiter un commerce<sup>15</sup>. La régularisation permet aussi d'espérer un respect plus grand des normes urbanistiques et environnementales<sup>16</sup>, et confère une plus-value aux quartiers voisins de la favéla<sup>17</sup>.

Côté face, le fait de régulariser telles quelles les constructions précaires et enchevêtrées des favélas pose non seulement des problèmes d'ordre esthétique et architectural, mais surtout d'ordre environnemental (l'implantation progressive des favélas sur les collines de Rio s'est accompagnée d'un déboisement massif et d'une érosion des sols)<sup>18</sup>, ainsi qu'en termes de sécurité et de salubrité publique : sans amélioration des infrastructures publiques, notamment, ce « droit au logement » apparaît aussi précaire que les constructions sur lesquelles il porte. Pour les habitants par ailleurs, l'entrée dans l'économie formelle a aussi des conséquences financières : il faudra à présent payer des impôts ou l'électricité (plutôt que de se brancher informellement sur une ligne existante), voire supporter une augmentation du coût de la vie résultant de la « gentrification » de la favéla, c'est-à-dire de l'amélioration de la qualité de vie dans celle-ci et

---

à s'expatrier à des dizaines de kilomètres dans une zone aux infrastructures très rudimentaires. Par la suite, la plupart des femmes ont perdu leur travail d'aide ménagère ou de gardiennes d'enfants faute de pouvoir s'y rendre, et beaucoup d'hommes ont été contraints de dormir sur les chantiers de construction où ils travaillaient : Ricardo PEREIRA LIRA, « A questão urbano-ambiental », dans Gustavo TEPEDINO (dir.), *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 154, à la page 178 et en général Mario Sergio BRUM, « Ditadura civil-militar e favelas: estigma e restrições ao debate sobre a cidade (1969-1973) », *Revista Cadernos Metrópole*, vol. 14, 2012, p. 357.

15. L'enjeu est ici, à nouveau, celui de l'incorporation à l'économie formelle du pays : Hernando DE SOTO, *The Mystery of Capital. Why Capitalism Triumphs in the West and Fails everywhere else*, New York, Basic Books, 2000, p. 39 et 40.
16. Marco Aurélio BEZERRA DE MELO, *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 117.
17. À l'inverse, l'inertie des pouvoirs publics devant la création progressive de la favéla peut entraîner leur condamnation à payer des dommages et intérêts aux habitants des quartiers voisins dont le terrain a été dévalué en conséquence : Alex Perozzo BOEIRA, « O direito fundamental à moradia em zonas seguras : a prevenção e o dever de agir do estado frente a ocupações irregulares », (2011) 37 *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico* 13.
18. Ceci favorise les inondations et glissements de terrain, comme en ont connus les favélas situées à l'ouest de la ville, dans la forêt de Tijuca, suite à d'importantes précipitations en avril 2019 : Edmund RUGE, « Chuvas no Rio devastam várias favelas, deixando pelo menos 10 mortos », *RioOnWatch*, 11 avril 2019, [En ligne], [www.rioonwatch.org.br/?p=39829] (31 janvier 2020).

de l'arrivée d'habitants plus aisés qui en résulte<sup>19</sup>. Enfin, les difficultés pratiques que présente la régularisation ne sont pas négligeables non plus. Il faut tout d'abord pouvoir s'appuyer sur une volonté politique favorable à celle-ci, ainsi que sur une coordination des différents niveaux de pouvoir (fédéral, étatique, municipal, voire entre les départements administratifs eux-mêmes); ensuite, il conviendra de résoudre le problème de l'enchevêtrement des constructions informelles pour pouvoir délivrer des titres immobiliers individuels à leurs occupants<sup>20</sup>.

En tout état de cause cependant, la question de la sécurité dans la favéla demeure l'un des problèmes les plus épineux : le processus dit de « pacification » des favélas en prévision des grands événements internationaux qui ont eu lieu à Rio en 2014 et en 2016 ne visait qu'une infime partie d'entre elles (38 seulement)<sup>21</sup>, et semble avoir donné de meilleurs résultats dans les petites que dans les grandes<sup>22</sup>; par ailleurs, les difficultés financières actuelles de l'État de Rio de Janeiro, associées à la corruption rampante dans les milieux politiques, en ont sonné le glas<sup>23</sup>. Pourtant, la

19. C'est ce qui est arrivé notamment dans la favéla de Vidigal à Rio, située près des quartiers chics d'Ipanema et Leblon, où restaurants et hôtels se sont ouverts à la suite des régularisations foncières et du processus de pacification : Fernando CARDOSO COTELO « Uma nota sobre a *gentrificação* no Vidigal », 2015, p. 1 ; voir aussi l'étude de Nayana CORRÊA BONAMICHI, *Favela on Sale. Regularização fundiária e gentrificação de favelas no Rio de Janeiro*, mémoire de maîtrise, Rio de Janeiro, Universidade federal do Rio de Janeiro, 2016.
20. Voir aussi : Anne-Françoise DEBRUCHE, Pablo RENTERIA et Gustavo TEPEDINO, « Le droit des biens entre équité et justice sociale : instruments de régularisation foncière au Canada et au Brésil », (2014) *R.I.D.C.* 7, 17 et 18 ; Rafael SOARES GONÇALVES, « Repensar a regularização fundiária como política de integração socioespacial », *Estudos Avançados*, vol. 23, n° 66, 2009, p. 237.
21. Mauro AMOROSO, Mario BRUM et Rafael SOARES GONÇALVES, « Police, participation et accès aux droits dans des *favélas* de Rio de Janeiro : l'expérience des unités de police de pacification (UPP) », *L'Ordinaire des Amériques*, n° 216, 2014, p. 216 ; Palloma VALLE MENEZES, « La "pacification" et ses rumeurs : les incidences des unités de police pacificatrice sur les problèmes publics dans les favélas de Rio de Janeiro », *Confins – Revue franco-brésilienne de géographie*, n° 28, 2016, p. 1.
22. Comme Rocinha, par exemple les bavures policières ont très tôt terni l'image de la « police pacificatrice » ; voir par exemple : Stephanie NOLEN, « How Brazil's Big Experiment in Policing Failed to Make Rio Safer for the Olympics », *The Globe and Mail*, 2 août 2016, [En ligne], [www.theglobeandmail.com/news/world/how-brazils-big-policing-experiment-failed-to-make-rio-safer-for-the-olympics/article31222945] (31 janvier 2020) ; Leandro RESENDE, *Cadê o Amarildo ? O desaparecimento do pedreiro e o caso das UPPs*, São Paulo, Baioneta, 2019.
23. Le 19 février 2019, l'Assemblée législative de Rio de Janeiro a adopté un projet de loi en vue de mettre fin aux unités de police pacificatrice (UPP) dans tout l'État : Leandro RESENDE, « Deputados do Rio aprovam projeto de lei que prevê o fim das UPPs », *Veja*, 19 février 2019, [En ligne], [www.veja.abril.com.br/brasil/deputados-do-rio-aprovam-projeto-de-lei-que-preve-o-fim-das-upps] (31 janvier 2020).

domination des cartels de la drogue et leurs luttes armées intestines au sein même des favélas rendent l'objectif de régularisation foncière illusoire : en d'autres termes, la sécurité des habitants apparaît comme le préalable indispensable à un droit des biens formel susceptible de consacrer un droit au logement à leur bénéfice<sup>24</sup>. C'est pour cette raison que l'« âge d'or » de la régularisation foncière à Rio paraît coïncider avec l'époque de la pacification de certaines favélas (aussi relatif et discutable que soit son succès pour certains<sup>25</sup>) : on semble malheureusement devoir, aujourd'hui, conjuguer les deux au passé.

Cette entreprise de régularisation foncière dans la « ville informelle » brésilienne repose techniquement sur l'adaptation *ad hoc* d'un mode d'acquisition bien connu du droit des biens de facture romaniste, la prescription acquisitive (dite aussi « usucapion »)<sup>26</sup>, modulé selon la nature du titulaire du droit réel sur l'immeuble occupé illégalement : un propriétaire privé (1.1) ou les pouvoirs publics (1.2). Notons toutefois qu'une telle régularisation dépend d'une « mise de départ » de la part de l'occupant, dans la mesure où, de par sa nature même, elle ne s'applique qu'à des habitations déjà construites, aussi précaires et achevées soient-elles<sup>27</sup>.

### 1.1 L'usucapion spéciale urbaine sur les terrains privés

Idéalement, l'acquisition par prescription d'un droit réel de régularisation sur un terrain appartenant à un propriétaire privé intervient de façon individuelle, au bénéfice d'une seule habitation et de ses occupants (1.1.1).

24. Marcelo LOPES DE SOUZA, « Problemas de regularização fundiária em favelas territorializadas por traficantes de drogas », dans B. ALFONSIN et E. FERNANDES (dir.), préc., note 9, p. 241. Voir aussi l'étude préparée par la Banque mondiale : BANCO MUNDIAL, *O retorno do Estado às favelas do Rio de Janeiro. Uma análise da transformação do dia a dia das comunidades após o processo de pacificação das UPPs*, [En ligne], [documents.worldbank.org/curated/en/760411468227666514/pdf/760110ESW0P12300Rio0de0Janeiro02013.pdf] (31 janvier 2020).
25. La question est complexe et doit prendre en compte le rôle que jouent les médias dans la description plus ou moins « orientée » du phénomène : Marcella CARVALHO DE ARAUJO SILVA, « Pacificação de favelas : as unidades de policiamento pacificador como a solução para a violência carioca, na ótica do jornal O Globo », *Revista Três Pontos*, vol. 7-1, 2016, p. 29.
26. Pour une présentation générale de l'usucapion, voir par exemple : Arnaldo RIZZARDO, *Direito das coisas*, 5<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 245-297 ; Silvio DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, 12<sup>e</sup> éd., vol. 5, São Paulo, Atlas, 2012, p. 199-220.
27. À Rio de Janeiro, dans le cas des favélas situées sur les flancs de collines escarpées, le transport des matériaux représente un budget important : David ROBERTSON, « Lições das favelas cariocas para a política habitacional parte 1 : construção e comunidade », *RioOnWatch*, 7 novembre 2016, [En ligne], [www.rioonwatch.org.br/?p=22978] (31 janvier 2020).

Mais si les constructions sont enchevêtrées au point de ne pas permettre une telle individualisation matérielle du titre foncier, une forme collective de l'institution existe également (1.1.2).

### 1.1.1 La version individuelle

Prévue par l'article 183 de la Constitution fédérale de 1988, l'usucapion spéciale urbaine permet à l'occupant qui en bénéficie d'acquérir à terme un droit réel de propriété ou, plus récemment, de superficie (*laje*)<sup>28</sup> légitimant la présence de son habitation sur un terrain qui, jusque-là, appartenait à autrui<sup>29</sup>. Les conditions pour en bénéficier, qui visent à restreindre cette prérogative exceptionnelle aux seules familles dans le besoin et d'éviter la spéculation immobilière, sont les suivantes<sup>30</sup> : l'occupant ne peut s'en prévaloir que pour se loger lui-même et sa famille ; il ne doit pas être titulaire d'un droit réel sur un autre immeuble ; il ne peut en bénéficier qu'une seule fois au cours de sa vie ; la superficie du fonds concerné ne doit pas dépasser 250 mètres carrés<sup>31</sup> ; et il doit justifier d'une possession paisible et continue pendant cinq années au moins. Toutefois, dès le début de ce délai, l'occupant peut déjà prétendre à l'octroi d'un « titre de possession » qui matérialise partiellement son nouveau statut au regard du droit des biens,

28. Ce droit a été créé en 2017 et inséré dans l'article 1225 du Code civil (Brésil).

29. S'il est question d'un droit de propriété, il porte à la fois sur la maison et sur le sol sur lequel elle repose, alors que, dans le cas d'un droit de superficie, celui-ci se décompose en un droit réel de propriété, concernant la maison elle-même, et un autre droit réel sur un tréfonds qui continue d'appartenir à un tiers, mais qui permet d'y maintenir la maison en toute licéité.

30. Les conditions de l'usucapion spéciale individuelle figurent à l'article 183 de la Constitution et sont reprises, avec quelques précisions, à l'article 1240 du Code civil (Brésil) et à l'article 9 de la loi sur le statut de la ville, qu'il convient donc d'interpréter de concert de la manière la plus harmonieuse possible : Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA et Maria Celina BODIN DE MORAES, *Código civil interpretado. Conforme a Constituição da República*, vol. 3, Rio de Janeiro, Renovar, 2011, p. 528. Voir, de manière générale, FRANCISCO LOUREIRO, « Usucapião coletivo e habitação popular », dans B. ALFONSIN et E. FERNANDES (dir.), préc., note 9, p. 83, aux pages 85-91.

31. Il ne doit pas être inférieure à la surface minimale requise par les règles municipales pour construire : S.T.J., REsp 402.792/SP, Jorge Scartezzini (rapporteur), 26 octobre 2004 et T.J.R.J., AC 0005602-07.2004.8.19.0202, Mario Assis Gonçalves (rapporteur), 8 juin 2010. Voir toutefois, pour une opinion contraire motivée, T.J.R.J., AC 0005040-27.2006.8.19.0202, Conceição Mousnier (rapporteuse), 9 juin 2010 (c'est le cas d'autres habitations régulières, et la municipalité ne peut ainsi limiter de la sorte la fonction sociale de la propriété). À noter qu'un léger dépassement des 250 mètres carrés pourrait être toléré : T.J.R.S., AC 70005245972, Agathe Elsa Schmidt da Silva (rapporteuse), 27 septembre 2007 (dépassement de 0,25 mètre carré).

titre destiné à être converti en un droit réel immobilier plein et entier une fois les cinq années écoulées<sup>32</sup>.

Depuis 2009, une procédure administrative est venue remplacer la voie judiciaire, plus lourde<sup>33</sup>, et des cérémonies collectives très médiatisées de remise de titres de possession ont eu lieu, notamment dans les favélas de Vidigal et de Rocinha à Rio de Janeiro<sup>34</sup>. L'avantage est que l'initiative de la régularisation appartient aux personnes concernées, celles-ci pouvant initier la procédure avec l'aide d'organisations non gouvernementales (ONG) ou du ministère public de l'État (*procuradoria publica*), mais l'appui de ce dernier, qui se révélait souvent décisif, s'est considérablement réduit au cours des dernières années dans l'État de Rio de Janeiro<sup>35</sup>. Toutefois, les recours judiciaires dirigés contre de tels actes de procédure administrative montrent que les principes généraux du droit de la prescription acquisitive sont parfois utilisés par les juges de façon à entraver le processus de régularisation, particulièrement au moyen d'une interprétation large des vices de la possession<sup>36</sup>. Ainsi, dans une décision de 2011, la Cour d'appel de São Paulo a estimé que la possession ne pouvait fonder la prescription, car elle n'était pas paisible<sup>37</sup>; en 2003, un juge du tribunal administratif du même

32. Voir les articles 58 à 60 de la *Loi fédérale n° 11.977 du 7 juillet 2009*, telle qu'elle a été modifiée par la *Loi n° 12.424 du 16 juin 2011*.

33. Simone SOMENSI et Vanêsa BUZELATO PRESTES, «Regularização fundiária como política pública permanente: teoria e prática», *Revista Interesse Público*, vol. 59, 2010, p. 229. Cependant, le recours judiciaire contre les décisions prises dans le cadre de la procédure administrative demeure; il représente d'ailleurs un «point d'émergence» dans la nébuleuse administrative de la régularisation foncière dans les favélas, qui par nature se prête mal à une étude systématique: les décisions judiciaires permettent d'en savoir plus sur la pratique administrative.

34. Renata LEITE, «Treze mil famílias de Rocinha e Vidigal receberão títulos de posse de seus imóveis», *O Globo*, 27 novembre 2011, [En ligne], [www.oglobo.globo.com/rio/treze-mil-familias-de-rocinha-vidigal-receberao-titulos-de-posse-de-seus-imoveis-3336634] (31 janvier 2020).

35. Ce déclin est causé par des raisons tant politiques que budgétaires. Voir notamment l'étude réalisée par un groupe d'étudiants en droit de l'Université pontificale catholique de Rio de Janeiro (Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro ou PUC-Rio): Elaine Maria DE JESUS, «O núcleo de terras e habitação da defensoria pública do estado do Rio de Janeiro: passado, presente e futuro(?)», [En ligne], [www.puc-rio.br/pibic/relatorio\_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR\_Elaine%20Maria%20de%20Jesus.pdf] (31 janvier 2020).

36. D'autres décisions, nombreuses font droit à la requête, par exemple: T.J.D.F.T., AC 2011 01 0 196242-8, Waldir Leônicio Lopes Júnior (rapporteur), 22 janvier 2013; T.J.R.J., AC 0010770-73.2005.8.19.0066, Juarez Fernandes Folhes (rapporteur), 27 avril 2012; T.J.M.G., AC 1.0686.09.244329-6/001, Marcelo Rodrigues (rapporteur), 28 septembre 2011; T.J.S.P., AC 9194450-09.2008.8.26.0000, Tasso Duarte de Melo (rapporteur), 13 juin 2012; T.J.R.S., AC 70022333538, Mylene Maria Michel (rapporteuse), 16 septembre 2008.

37. T.J.S.P., AC 0152535-26.1991.8.26.0002, Silveira Paulito (rapporteur), 17 octobre 2011.

État alléguait en dissidence (et en dépit du bon sens le plus élémentaire) que les habitants d'une favéla occupant plus de 20 000 mètres carrés ne jouissaient que d'une possession clandestine<sup>38</sup>.

### 1.1.2 La version collective

Lorsque l'enchevêtrement des constructions illicites est tel que l'individualisation des droits réels immobiliers s'avère impossible, une loi de 2001 sur le statut de la ville prévoit une version collective du mécanisme de prescription acquisitive<sup>39</sup>, qui reprend pour l'essentiel les conditions de la version individuelle, mais bénéficie à des habitations sises sur des terrains d'une superficie supérieure à 250 mètres carrés<sup>40</sup> occupées par des « personnes de condition modeste », critère qu'il était malaisé de définir<sup>41</sup>, à tel point qu'il a disparu de la version révisée de 2017.

Ce mécanisme d'usucapion collective présente d'autres inconvénients pratiques. En premier lieu, il requiert une procédure judiciaire, aucune

38. Le vice de clandestinité suppose que la possession de l'intrus ne peut pas être détectée par le propriétaire (ainsi en est-il de l'occupation d'une maison sans que personne s'en aperçoive ou d'un empiètement extrêmement minime) : voir le vote dissident de William Marinho dans 1<sup>o</sup> T.A.C. S.P., EI 9115410-27.1998.8.26.0000, João Carlos Garcia (rapporteur), 19 mai 2003. De manière générale, sur la coexistence de l'usucapion spéciale urbaine individuelle et du droit des biens brésilien, voir A.-Fr. DEBRUCHE, P. RENTERIA et G. TEPEDINO, préc., note 20, 57-62.

39. *Loi fédérale n° 10.257 du 10 juillet 2001*, et modifiée en 2017, particulièrement l'article 10. Voir de manière générale : Carlos José CORDEIRO, *Usucapião especial urbano coletivo. Abordagem sobre o estatuto da cidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 21-49 ; Fr. LOUREIRO, préc., note 30, aux pages 96-98.

40. La technique de calcul révisée en 2017 est la suivante : il faut plutôt diviser la superficie (en mètres carrés) de l'agglomérat informel par le nombre d'habitants en vue d'obtenir un total inférieur à 250.

41. La loi sur le statut de la ville ne fournit aucune définition. Certains auteurs proposent d'adopter une approche flexible, au cas par cas, basée sur l'idée que de telles personnes n'ont pas les moyens d'acheter une maison (Francisco LOUREIRO, « Usucapião individual e coletivo no estatuto da cidade », (2002) 9 *Revista Trimestral de Direito Civil* 25, 38 et 39) ; d'autres, tenant compte de l'objectif de la loi, estiment que tout habitant d'une favéla doit être considéré comme de condition modeste (José dos Santos CARVALHO FILHO, *Comentários ao estatuto da cidade*, 2<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 129) ; d'autres encore choisissent de s'appuyer sur un critère monétaire, à savoir les personnes disposant d'un salaire mensuel correspondant au tiers du salaire minimum (Caramuru Afonso FRANCISCO, *Estatuto da cidade comentado*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 144) ; d'autres, enfin, prendraient en considération le groupe plutôt que l'individu (Fernanda Lousada CARDOSO, « Instrumento de efetivação da função social da propriedade: o usucapião especial urbano », (2006) 1 *Revista de Direito da Cidade* 93, 96).

procédure administrative n'est disponible<sup>42</sup>. Or, le nombre de personnes visées rend la voie judiciaire extrêmement difficile à utiliser sur le plan tant procédural que substantiel (par exemple, il est par exemple difficile d'imaginer comment l'exigence de « condition modeste » des nombreux requérants peut être vérifiée effectivement)<sup>43</sup>. En second lieu, surtout, l'usucapion collective débouche sur un régime juridique complexe quant aux habitations dont le titre est ainsi régularisé. Le droit réel concédé aux occupants prend en effet la forme d'un droit de copropriété, mais le régime juridique de celle-ci s'avère particulièrement inadapté à une favéla comptant plusieurs milliers d'habitants. Comment imaginer, en effet, la convocation d'assemblées générales qui décideraient à la simple majorité des personnes présentes de questions intéressant l'ensemble des copropriétaires comme utilisation des espaces publics, dans un contexte social où nombre de ceux-ci sont analphabètes, ou n'ont eu le bénéfice que d'une éducation très sommaire qui les prépare mal à faire valoir leur droit réel au sein d'une telle copropriété<sup>44</sup> ?

## 1.2 Le droit d'usage spécial à des fins d'habitation sur les terrains publics

Lorsqu'une favéla est située sur un terrain public plutôt que privé, le mécanisme de la prescription acquisitive n'est d'aucun secours dans un but de régularisation : en effet, celle-ci ne joue pas sur les immeubles appartenant aux pouvoirs publics. Un ordre exécutif présidentiel (*medida provisória*)<sup>45</sup> de 2001 a donc créé à cette fin un droit réel nouveau : le « droit d'usage spécial à des fins d'habitation<sup>46</sup> ». Ce droit *sui generis*, qui

42. Article 10 (2) de la loi sur le statut de la ville ; voir, par exemple, Georges ABBoud, « Usucapião urbano coletivo e o art. 1.228 do Código civil de 2002 : novas perspectivas para a implementação da função social da propriedade urbana », (2008) 36 *Revista de Direito Privado* 161, 181-184.

43. Voir, par exemple, Márcio KAMMER DE LIMA, *Usucapião coletivo e desapropriação judicial. Instrumentos de atuação da função social da propriedade*, Rio de Janeiro, Éditions GZ, 2009, p. 54-73 ; C.J. CORDEIRO, préc., note 39, p. 193-203.

44. Voir, pour plus de détails, A.-Fr. DEBRUCHE, P. RENTERIA et G. TEPEDINO, préc., note 20, 61 et 62.

45. La *medida provisória* (MP) désigne un ordre exécutif passé par le président de la République fédérale brésilienne qui acquiert force de loi. Sous réserve des conditions prévues dans la Constitution (art. 62), elle permet à la plus haute autorité du pouvoir exécutif brésilien de mettre en place en urgence des règles à portée générale pour faire face à une nécessité majeure : voir, de manière générale, Luiz Eduardo ANESCLAR, *A medida provisória na Constituição brasileira de 1988. Potestade legislativa do poder executivo*, Curitiba, Éditions CRV, 2011.

46. MP n° 2.220 du 4 septembre 2001, mettant en œuvre l'article 183 (1) de la Constitution, qui n'était pas considéré comme applicable de plein droit.

vient s'ajouter au catalogue limité des droits réels reconnus en droit brésilien<sup>47</sup>, n'équivait pas à un droit de propriété ni même de superficie, mais il permet à son titulaire d'occuper son habitation de façon licite. Il peut être transféré (à condition que l'ayant cause remplisse les conditions d'octroi que nous énumérons ci-dessous)<sup>48</sup> et servir de sûreté immobilière (on peut y concéder une hypothèque à titre de garantie)<sup>49</sup>. Les conditions d'octroi de ce droit d'usage *ad hoc* sont analogues à celles que nous avons indiquées plus haut en rapport avec l'usucapion spéciale urbaine : il faut une possession continue et paisible depuis cinq années, visant à se loger soi-même avec sa famille<sup>50</sup>, que cette faculté ne soit demandée qu'une seule fois par chaque occupant au cours de sa vie, et que la surface occupée soit inférieure à 250 mètres carrés<sup>51</sup>. Comme l'usucapion spéciale urbaine, le droit d'usage spécial connaît une version individuelle et une version collective, qui pose les mêmes problèmes que nous avons mentionnés précédemment. La principale différence entre l'usucapion spéciale, qui concerne les terrains privés, et le droit d'usage spécial à des fins d'habitation, qui porte sur des terrains publics, est que la possession fondant ce dernier doit être accomplie au 30 juin 2001. L'idée était évidemment de décourager des occupations ultérieures<sup>52</sup> mais, même en tenant compte des lenteurs de la justice brésilienne, cette limite temporelle restreignait naturellement l'efficacité de ce nouveau droit réel de régularisation. Elle a donc été reportée au 22 décembre 2016 par une modification intervenue à la même date<sup>53</sup>.

47. Sur la notion de *numerus clausus* des droits réels au Brésil, voir par exemple Orlando GOMES, *Direitos reais*, 20<sup>e</sup> éd., coordonnée par Edvaldo BRITO et actualisée par Luiz E. FACHIN, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 20-23.

48. Fernanda LOUSADA CARDOSO, «Comentários à Medida provisória nº 2.220: concessão especial de uso para fins de moradia e autorização de uso para fins comerciais», (2007) 10 *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico* 83, 91 et 92.

49. Articles 1225 et 1473 du Code civil (Brésil), tels qu'ils ont été modifiés par la *Loi fédérale* nº 11.481 du 31 mai 2007, art. 10.

50. Toutefois, l'Administration peut autoriser l'exploitation à des fins commerciales : article 9 de la MP nº 2.220 du 4 septembre 2001.

51. Si cela est possible, l'assiette du droit reconnu peut être réduite à 250 mètres carrés, même si le terrain lui-même est plus grand : T.J.S.P., AC 0003393-53.2004.8.26.0337, Francisco Bianco (rapporteur), 5 décembre 2011. Voir toutefois, en sens contraire, T.J.S.P., AC 0373951-42.2009.8.26.0000, Ricardo Anafe (rapporteur), 5 octobre 2011.

52. Certains soutiennent que cette limite temporelle est inconstitutionnelle au regard des droits fondamentaux dont le droit d'usage spécial cherche à assurer la mise en œuvre : Marilda DE PAULA SILVEIRA et Flávio Henrique UNES PEREIRA, «A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento para regularização fundiária», dans Flávio Henrique UNES PEREIRA et Maria Tereza FONSECA DIAS (dir.), *Cidadania e inclusão social. Estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 481, à la page 484.

53. *Loi* nº 13.465 du 11 juillet 2017.

Une procédure administrative est également disponible pour se prévaloir de ce droit d'usage spécial, où l'Administration ne dispose pas du droit de refuser la requête si les conditions d'octroi sont remplies<sup>54</sup>. Mais une telle évaluation ouvre bien sûr la porte à contestation judiciaire, et les décisions montrent, par exemple, que la régularisation peut être refusée lorsqu'elle concerne des habitations situées dans une zone à risque<sup>55</sup> ou près d'une autoroute<sup>56</sup>.

Lorsque plusieurs acteurs étatiques sont visés par le processus, un accord écrit précisera d'abord les termes concrets de la régularisation et il devra ensuite être homologué par un juge<sup>57</sup>.

## 2 La voie judiciaire : une protection contre l'éviction fondée sur une lecture constitutionnelle du droit des biens

En deçà de la reconnaissance formelle d'un droit au logement grâce à l'octroi d'un droit réel de régularisation sur le fonds d'autrui, les habitants de constructions informelles situées dans les favélas peuvent aussi jouir d'une certaine protection indirecte à travers le rejet d'actions en éviction intentées par le propriétaire du terrain, ce qui leur permet, au moins temporairement, de demeurer dans leur logement (2.1). Pour faire prévaloir l'intérêt de ces possesseurs ayant bâti sans droit sur l'immeuble d'autrui par rapport à celui du propriétaire qui proteste contre l'intrusion, le droit des biens brésilien a pu compter sur l'apport d'une lecture

54. F. LOUSADA CARDOSO, préc., note 48, 90 et T.J.S.P., AI 0170527-68.2012.8.26.0000, Marrey Uint (rapporteur), 16 juillet 2013 ; T.J.S.P., AC 012785-36.2008.8.26.0053, Evaristo dos Santos (rapporteur), 26 novembre 2012 ; T.J.S.P., AC 6002865-91.2009.8.26.0127, Reinaldo Miluzzi (rapporteur), 16 avril 2012 ; T.J.S.P., AC 9129509-16.2009.8.26.0000, Xavier de Aquino (rapporteur), 19 octobre 2009 ; T.J.P.R., AI 643929-6, Francisco Jorge (rapporteur), 30 mars 2011 ; *contra* T.J.S.P., ED 0009986-33.2011.8.26.0053, Oswalddo Luiz Palu (rapporteur), 5 juin 2013 ; T.J.S.P., ED 9133783-91.2007.8.26.0000, Moacir Peres (rapporteur), 17 septembre 2012.

55. Article 4 de l'ordre exécutif n° 2.220 et, par exemple, T.J.S.P., AC 0105627-87.2007.8.26.0053, Claudio Augusto Pedrassi (rapporteur), 12 juin 2012.

56. Voir en particulier : T.J.M.G., AC 1.0024.04.290502-6/001, Dário Lopardi Mendes (rapporteur), 3 mai 2007 et l'affaire relatée par Liana PORTILHO MATTOS, « Concessão do uso especial para fins de moradia : um caso concreto », dans B. ALFONSIN et E. FERNANDES (dir.), préc., note 9, p. 179.

57. Voir, par exemple, l'accord intervenu le 7 juin 2016 entre le ministère public fédéral et la municipalité de Pinheiral, dans l'État de Rio de Janeiro, concernant la régularisation d'une favéla comptant 16 000 occupants et plus de 4 000 habitations sur 10 000 mètres carrés : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, « MPF : justiça homologa acordo pela regularização fundiária em Pinheiral (RJ) », Rio de Janeiro, 2016, [En ligne], [www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-justica-homologa-acordo-pela-regularizacao-fundiaria-em-pinheiral-rj] (31 janvier 2020).

théorique renouvelée à l'aide d'une lentille constitutionnelle dynamique : le droit civil-constitutionnel (2.2). Sous cette impulsion doctrinale, des juges font parfois triompher la possession des habitants contre celle du propriétaire, mais la mise en équilibre des intérêts en présence demeure délicate et dépend aussi du contexte de l'État visé (2.3).

## 2.1 Les recours disponibles contre l'occupation illicite du terrain d'autrui

Dans les termes classiques du droit des biens brésilien, de facture civiliste, le propriétaire d'un immeuble victime d'un empiètement ou d'une intrusion quelconque dispose de deux actions distinctes pour protéger son droit réel : l'action pétitoire (2.1.1) et l'action possessoire (2.1.2).

### 2.1.1 L'action pétitoire

L'action pétitoire en revendication est ouverte à tout titulaire d'un droit de propriété mobilier ou immobilier et a pour objet la sanction de ce droit en restituant à son titulaire la jouissance pleine et entière de son bien<sup>58</sup>. Il s'agit, en quelque sorte, de la voie la plus « naturelle » de protection du droit de propriété. Toutefois, elle s'accompagne de deux inconvénients majeurs, le second étant spécifique au Brésil.

En premier lieu, l'action en revendication exige la preuve du droit de propriété litigieux, aussi surnommée « preuve diabolique » (*probatio diabolica*)<sup>59</sup> tant elle peut être difficile à fournir dans le cas d'un immeuble acquis de façon dérivée, c'est-à-dire au moyen d'un acte translatif de propriété (vente, testament, donation, etc.) des mains d'un propriétaire antérieur<sup>60</sup>. En effet, cet acte de transfert ne prouve pas lui-même que le nouvel acquéreur est propriétaire ; encore faut-il que son ayant cause l'ait été lui-même, et tous les ayants cause précédents avant lui, car nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a sur un bien. En d'autres termes, si, à un certain point de la chaîne de transmission du titre, l'un des actes de transfert était vicié, la propriété n'a pu se transmettre valablement<sup>61</sup>. Le mécanisme de la prescription acquisitive, qui comporte une possibilité de joindre sa possession à celle de ses ayants cause, permet précisément

58. Pour le principe, S. DE SALVO VENOSA, préc., note 26, p. 36-38.

59. O. GOMES, préc., note 47, p. 98.

60. Darcy BESSONE, *Direitos reais*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 250.

61. Au Brésil comme au Québec du reste, la publication de cet acte de transfert ne le purge pas de ses vices éventuels : elle emporte simplement une présomption simple de titularité.

de résoudre ce problème, mais il impose notamment l'écoulement d'un certain délai<sup>62</sup>.

En second lieu, et c'est le problème principal au Brésil, les lenteurs de la justice, et des actions pétitoires en particulier au vu de la preuve complexe qu'elles requièrent, découragent les propriétaires de les utiliser pour expulser des occupants illégaux de leur terrain<sup>63</sup>. Pour plus de célérité, ils préfèrent se tourner vers un autre type d'action réelle : l'action possessoire.

### 2.1.2 L'action possessoire

À la différence de l'action pétitoire, l'action possessoire est uniquement immobilière et se fonde, comme son nom l'indique, sur la notion de possession plutôt que sur la propriété elle-même. En droit des biens brésilien, influencé par la conception germanique (plutôt que française) de la possession, très englobante, l'action possessoire est ouverte à plusieurs personnes dans une même situation. Ainsi, dans le cas d'un bail, tant le locateur que le locataire sont en possession du bien et peuvent bénéficier d'une action possessoire contre quiconque trouble leur possession<sup>64</sup>, alors qu'au Québec seul le locateur est en possession (article 921 du *Code civil du Québec*<sup>65</sup>). La maximisation, au Brésil, de la possession et des actions possessoires en assure le succès, au même titre que la simplicité de la preuve qui caractérise ces actions par rapport aux actions pétitoires. En effet, tout ce que le requérant doit prouver dans une action possessoire, c'est qu'il était en possession et qu'il a été dessaisi — ainsi, la « preuve diabolique » du droit de propriété n'est pas à faire.

62. C'est l'usucapion dite « extraordinaire », la plus longue (15 ans). Voir : Code civil (Brésil), art. 1238 ; de manière générale : A. RIZZARDO, préc., note 26, p. 247-297 ; G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA et M.C. BODIN DE MORAES, préc., note 30, p. 518-535.

63. Ceci est vrai de tout type de recours en justice au Brésil, et ce, en dépit de la proportion du produit intérieur brut (PIB) (supérieure à celle de nombreux autres pays) affectée à l'administration de la justice : voir, par exemple, Luan SPERANDIO, « Por que o judiciário brasileiro é tão caro e lento », *Gazeta do Povo*, 27 mars 2019, [En ligne], [www.gazetadopovo.com.br/ideias/por-que-o-judiciario-brasileiro-e-tao-car-e-lento] (31 janvier 2020).

64. Contre un tiers, cela se conçoit facilement ; si c'est l'un contre l'autre, le contrat de location permettra de délimiter la possession de chacun.

65. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. Le droit québécois de la possession, comme le droit français, s'appuie sur une conception plus restrictive de la possession inspirée par les travaux de Savigny, tandis que le droit brésilien a reçu l'approche d'Ihering : voir plus spécifiquement, à ce sujet, l'analyse dans Anne-Françoise DEBRUCHE, Gustavo TEPEDINO et Pablo RENTERIA, « Protecting Possession, a Question of Values ? A Comparative Inquiry into the Moralization of Possession in Brazil and Canada », (2014) 44 *R.G.D.* 391, 397-400.

Mais la maximisation de la possession implique aussi que, dans les actions possessoires impliquant une favéla au Brésil, deux possessions vont s'affronter : celle du propriétaire du terrain et celle des habitants de la ville informelle. Comment les départager ?

## 2.2 L'inspiration du droit civil-constitutionnel

C'est ici qu'intervient l'inspiration apportée par le droit civil-constitutionnel brésilien. D'origine italienne, cette doctrine tend à renouveler les cadres classiques du droit civil au moyen d'une lecture fondée sur des principes constitutionnels en lien avec la matière civile<sup>66</sup>. Ainsi que nous l'avons déjà mentionné en introduction, on trouve à cet égard, dans la Constitution brésilienne de 1988, l'affirmation de principes et de droits fondamentaux présentant des points de contact naturels avec le droit des biens : la dignité humaine, le droit au logement, à un environnement sain<sup>67</sup> et, en particulier, l'idée que la propriété est dotée d'une fonction sociale<sup>68</sup>. De telles dispositions représentent les fondements d'un « droit constitutionnel urbanistique » favorisant la régularisation foncière. Toutefois, elles peuvent aussi permettre d'arbitrer le conflit judiciaire entre deux possesseurs se disputant la même terre, car la possession s'est vu reconnaître une fonction sociale au même titre que la propriété dont elle assure l'efficacité<sup>69</sup>. Cette dimension fonctionnelle des droits subjectifs, d'inspiration constitutionnelle, renouvelle l'approche « structurelle » classique

66. Les références sont nombreuses. Citons notamment : Paulo Luiz NETTO LÔBO, « A constitucionalização do direito civil brasileiro », dans G. TEPEDINO (dir.), préc., note 14, p. 18 ; Gustavo TEPEDINO, « Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil », dans Gustavo TEPEDINO, *Temas de direito civil*, 4<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 1 ; Daniel SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Les travaux de l'auteur italien Pietro Perlingieri, traduits au Brésil par Maria Cristina de Cicco, ont eu beaucoup d'influence, par exemple : Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*, 3<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, et Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

67. Il s'agit respectivement des articles 1 (III), 6 et 225.

68. *Id.*, art. 5 et 23.

69. Pour le principe, voir : Mauricio Jorge PEREIRA DA MOTA et Marcos Alcino DE AZEVEDO TORRES, « A função social da posse », dans Mauricio Jorge PEREIRA DA MOTA et Marcos Alcino DE AZEVEDO TORRES (dir.), *Transformações do direito de propriedade privada*, Rio de Janeiro, Campus Jurídico Elsevier, 2009, p. 3 ; G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA et M.C. BODIN DE MORAES, préc., note 30, p. 445 ; Renan LOTUFO, « A função social da propriedade na jurisprudência brasileira », dans G. TEPEDINO (dir.), préc., note 14, p. 336, à la page 344. Et pour la fonction sociale de la propriété, voir notamment : Melhim NAMEN CHALHUB, « Função social da propriedade », (2003) 6-24 *Revista da EMERJ* 305 ; Luiz Edson FACHIN, *A função social da posse e a propriedade contemporânea. Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*, Porto Alegre, Éditions S.A. Fabris, 1988.

des droits réels, qui se fonde sur les prérogatives dont dispose le titulaire de ce droit<sup>70</sup>. Par suite, appliquée aux litiges possessoires, l'approche civile-constitutionnelle implique de ne protéger que les droits utilisés en pratique pour promouvoir des valeurs constitutionnelles. Dans le cas d'une action possessoire introduite par le propriétaire d'un terrain contre les habitants d'une favéla qui l'occupe, la question clé devient la suivante : qui, du propriétaire du terrain ou des occupants, utilise sa possession de la meilleure manière au regard des valeurs constitutionnelles, notamment celles de dignité humaine et d'accès à un logement<sup>71</sup> ? Dans cette optique, le juge se transforme alors en un arbitre des possessions en conflit<sup>72</sup> et doit opérer une mise en équilibre des intérêts délicate<sup>73</sup>.

### 2.3 Une jurisprudence contrastée

Un tel équilibrage, lorsqu'il est favorable aux habitants d'une favéla, se traduit en pratique par le rejet de l'action possessoire du propriétaire du terrain, donc en une protection plus ou moins durable contre l'éviction<sup>74</sup>.

70. La dimension structurelle de la propriété implique un élément interne, comprenant le droit d'user de la chose, d'en retirer les fruits et d'en disposer, ainsi qu'un élément externe (le droit d'exclure les tiers) : André OSÓRIO GONDINHO, « Função social da propriedade », dans Gustavo TEPEDINO (dir.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 397, aux pages 404 et 405. Quant à l'approche fonctionnelle, voir notamment : G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA et M.C. BODIN DE MORAES, préc., note 30, p. 499-502 ; Marcos Alcino DE AZEVEDO TORRES, *A propriedade e a posse. Un confronto em torno da função social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 210-220 ; T.J.R.S., AI 7003434388, Carlos Rafael dos Santos Junior (rapporteur), 6 novembre 2001.

71. T.J.M.G., AC 2.0000.00.492967-3/000, Alberto Vilas Boas (rapporteur), 13 décembre 2005 ; T.J.D.F.T., AC 2011 07 1 024488-6, Alfeu Machado (rapporteur), 27 février 2013 ; T.J.D.F.T., AC 2009 03 10 32040-3, Mario-Zam Belmiro (rapporteur), 6 février 2013 ; G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA et M.C. BODIN DE MORAES, préc., note 30, p. 446 ; M.J. PEREIRA DA MOTA et M.A. DE AZEVEDO TORRES (dir.), préc., note 69, aux pages 56-73.

72. Que le terrain soit un terrain public plutôt que privé, la possession de l'État ne bénéficie pas d'un statut particulier, au contraire de son droit de propriété. Voir à ce sujet : T.J.R.S., AC 70031324817, Liège Puricelli Pires (rapporteuse), 3 décembre 2009 ; T.J.D.F.T., AC 2009 03 10 32040-3, Mario-Zam Belmiro (rapporteur), 6 février 2013 ; R. LOTUFO, préc., note 69, aux pages 349 et 350 ; voir en sens inverse : T.J.R.S., AC 70030115778, Glênio José Wasserstein Hekman (rapporteur), 18 novembre 2009.

73. C'est le cas lorsque la protection de la possession entre en conflit avec le droit à un environnement sain : T.J.D.F.T., AC 2011 01 1 196242-8, Waldir Leôncio Lopes Júnior (rapporteur), 22 janvier 2013 (où le droit à un environnement sain a prévalu) ; T.J.R.J., AC 0003050-11.2009.8.19.0003, Carlos Santos de Oliveira (rapporteur), 30 avril 2013 (où c'est la protection de la possession qui l'a emporté).

74. Une action pétitoire seule peut remettre en cause le jugement rendu sur une action possessoire mais, compte tenu de ce que nous avons dit des difficultés attachées au pétitoire au Brésil, la perspective est, sinon théorique, au moins lointaine.

C'est ce que l'on observe, par exemple, dans une décision de la Cour d'appel de São Paulo de 2003, où la possession des milliers de personnes qui vivaient sur un terrain de 20 000 mètres carrés a été jugée plus digne de protection que celle du propriétaire du fonds, car elle concrétisait davantage le droit constitutionnel au logement<sup>75</sup>.

La jurisprudence est aussi contrastée que les États pris en considération dans notre étude, dont les caractéristiques politiques et socioéconomiques s'entremêlent dans une approche plus ou moins favorable à la grille de lecture civile-constitutionnelle des litiges possessoires. Ainsi, l'État de Minas Gerais se révèle résolument hostile, car les intérêts agricoles et miniers y sont prépondérants<sup>76</sup>; celui de São Paulo, le plus riche du Brésil, prête volontiers une oreille complaisante aux doléances des propriétaires terriens<sup>77</sup>; ceux de Rio de Janeiro et du Distrito federal<sup>78</sup> sont plus ouverts à la mise en œuvre de valeurs constitutionnelles<sup>79</sup>; et au

- 
75. 1<sup>o</sup> T.A.C. S.P., EI 9115410-27.1998.8.26.0000, João Carlos Garcia (rapporteur), 11 mars 2003.
  76. Ainsi, voir notamment : T.J.M.G., AI 1.0024.12.108829-8/002, Elias Camilo (rapporteur), 27 septembre 2012 (il convient de préserver la propriété et l'État de droit contre les invasions); T.J.M.G., AI 1.0024.10.170706-5/001, Pedro Bernardès (rapporteur), 1<sup>er</sup> novembre 2011 (il convient de préserver la propriété et l'État de droit contre les invasions); T.J.M.G., AC 1.0024.06.987003-8/003, Nicolau Masselli (rapporteur), 15 juillet 2010; T.J.M.G., AC 1.0024.06.046178-7/001, Nilo Lacerda (rapporteur), 24 mars 2010 (le pouvoir judiciaire est incompétent pour résoudre les problèmes de réforme agraire; il incombe aux pouvoirs politiques d'intervenir).
  77. Voir par exemple : T.J.S.P., AI 0001002-54.2013.8.26.0000, Ricardo Negrão (rapporteur), 27 mai 2013 (il y a application de l'idée que l'on ne peut « se faire justice à soi-même » en s'emparant du terrain d'autrui même si l'on est sans domicile); T.J.S.P., AC 0152535-26.1991.8.26.0002, Silveira Paulilo (rapporteur), 17 octobre 2011 (où le ton est méprisant à l'égard des occupants); T.J.S.P., AC 991.09.019931-7, Luis Fernando Lodi (rapporteur), 21 mai 2010 (sans quoi on ferait prévaloir la « loi du plus fort, du plus rapide, du plus malin »); T.J.S.P., AC 9179640-63.2007.8.26.0000, Itamar Gaino (rapporteur), 20 février 2008 (où l'on estime que ce n'est pas aux personnes pauvres de décider ce que signifie la fonction sociale de la propriété).
  78. Le D.F. est le siège de la capitale Brasília, qui n'est pas à strictement parler un État, mais qui dispose comme eux de ses propres juridictions.
  79. Par exemple, pour le rejet d'actions possessoires au nom de la fonction sociale de la possession/propriété à Rio de Janeiro : T.J.R.J., AC 0000691-76.2010.8.19.0028, Marcos Alcino de Azevedo Torres (rapporteur), 21 mai 2013; T.J.R.J., AC 0013019-58.2007.8.19.0023, Custodio Tostes (rapporteur), 20 mars 2012; T.J.R.J., AC 0002430-04.8.19.0058, Siro Darlan de Oliveira (rapporteur), 26 septembre 2006; dans le district fédéral de Brasília : T.J.D.F.T., APC 2011 04 1 002198-5, Flavio Rostirola (rapporteur), 1<sup>er</sup> août 2012; T.J.D.F.T., AC 2007 10 1 010780, Alfeu Machado (rapporteur), 30 novembre 2011; T.J.D.F.T., AC 1999 01 1 028798-9, Sérgio Rocha (rapporteur), 16 septembre 2009; T.J.D.F.T., ACJ 2004 05 1 008727-5, João Batista Teixeira (rapporteur), 11 mai 2005.

sud, l'État de Rio Grande do Sul peut se montrer aussi progressiste ici qu'il l'est dans d'autres domaines du droit, en particulier le droit de la famille<sup>80</sup>.

Par-delà cette vision d'ensemble, chaque cas est unique et dépend de circonstances particulières<sup>81</sup>, car une application excessive de l'approche civile-constitutionnelle conduirait à vider le droit de propriété, pilier du droit des biens, de sa substance en lui déniait systématiquement toute protection contre les intrusions — or, le droit de propriété est lui-même protégé par la Constitution fédérale<sup>82</sup>. En outre, l'insécurité juridique qui en résulterait serait grande<sup>83</sup>. Ainsi, la jurisprudence des actions possessoires dans le contexte des favélas manifeste un indéniable éclectisme. La possession du propriétaire du terrain, notamment, sera jugée d'autant moins digne de protection lorsque celui-ci aura tardé à la défendre en justice<sup>84</sup>, ou qu'il sera prouvé que ce dernier n'est animé que d'un pur esprit spéculatif alors que les occupants informels matérialisent de

80. T.J.R.S., AC 70037206752, Liège Puricelli Pires (rapporteuse), 26 août 2010; T.J.R.S., AC 70031324817, Liège Puricelli Pires (rapporteuse), 3 décembre 2009; T.J.R.S., AC 70016898884, Carlos Cini Marchianotti (rapporteur), 14 mars 2007; T.J.R.S., AC 70004913729, Guinther Spode (rapporteur), 15 avril 2003 (il s'agissait d'une seule maison sur un terrain municipal; la Ville ne subirait pas grand dommage, et la citoyenne se retrouverait autrement à dormir sur un banc); T.J.R.S., AC 597163518, João Pedro Pires Freire (rapporteur), 27 décembre 2000 (où l'on cite l'auteur italien civil-constitutionnel Pierlingieri). Le style des jugements dans le sud est beaucoup plus doctrinal et nuancé, quitte à citer Rousseau dans un plaidoyer documenté contre les occupations illégales du terrain d'autrui: T.J.R.S., AI 70005770664, Icaro Carvalho de Bem Osório (rapporteur), 30 janvier 2003.
81. Pour plus de détails sur cette jurisprudence, voir A.-Fr. DEBRUCHE, G. TEPEDINO et P. RENTERIA, préc., note 65, 426-431.
82. Article 5 (XII) de la Constitution fédérale; Roberta MAURO, « A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens », dans Mario Luiz DELGADO et Jones FIGUEIREDO ALVES (dir.), *Questões controvertidas. Direito das coisas*, São Paulo, Éditions Gen. Método, 2008, p. 33, aux pages 42-46; A. RIZZARDO, préc., note 26, p. 55 et 56. Voir aussi, pour une préoccupation similaire, T.J.R.J., AC 2006.001.03024, Marco Antonio Ibrahim (rapporteur), 5 avril 2006; de manière générale: S.T.F., ADI-MC 2213/DF, Celso de Mello (rapporteur), 4 avril 2002.
83. T.J.D.F.T., AI 2012 00 2 017198-3, João Egmont (rapporteur), 26 septembre 2012; et aussi, entre autres, S.T.J., RE 154.906/MG, Barros Monteiro (rapporteur), 4 mai 2004; T.J.S.P., AC 9194450-09.2008.8.26.0000, Tasso Duarte de Melo (rapporteur), 13 juin 2012; T.J.R.J., AC 0000279-46.2003.8.19.0011, Marco Antonio Ibrahim (rapporteur), 5 avril 2006; T.J.M.G., AI 1.0024.12.108829-8/002, Elias Camilo (rapporteur), 27 septembre 2012; T.J.R.S., AI 70028305506, Pedro Celso Dal Pra (rapporteur), 30 avril 2009.
84. T.J.S.P., AC 9071965-75.2006.8.26.0000, Ademir Benedito (rapporteur), 17 juin 2009; T.J.S.P., AI 9049059-28.2005.8.26.0000, Testa Marchi (rapporteur), 23 juin 2005; T.J.R.S., AC 700013925441, Elaine Harzheim Macedo (rapporteuse), 13 mars 2006; G. TEPEDINO, H.H. BARBOZA et M.C. BODIN DE MORAES, préc., note 30, p. 501 et 502.

leur côté leur droit au logement, au travail et au respect de leur dignité humaine<sup>85</sup>.

Enfin, lorsque la passivité des autorités publiques a encouragé le processus de « favélisation » d'un terrain privé, la solution pourrait être de condamner celles-ci à indemniser le propriétaire relativement à ce qui peut se traduire comme une expropriation indirecte<sup>86</sup> ou, à tout le moins, de le dispenser à l'avenir de payer l'impôt foncier<sup>87</sup>.

## Conclusion

En conclusion de ce bref tour d'horizon de l'appui que peut offrir le droit des biens brésilien à la réalisation d'un droit au logement, nous observons que la régularisation foncière formelle, qui consiste à accorder un droit réel aux occupants des favélas au moyen de la création de nouveaux droits *sui generis* ou de l'adaptation de mécanismes d'acquisition traditionnels comme la prescription acquisitive, est un phénomène relativement fragile. Il dépend à la fois de la bonne volonté des pouvoirs publics, donc de considérations politiques qui peuvent changer de manière draconienne en fonction de l'équipe élue à chaque échelon du pouvoir (municipal, étatique, fédéral), mais aussi de considérations économiques : lorsque les caisses de l'État sont vides, comme c'est le cas à Rio de Janeiro aujourd'hui, où trouver les moyens pour soutenir le processus ? D'autant que, rappelons-le, la réalité complexe des favélas implique que la régularisation foncière, à elle seule, ne suffit pas : elle doit s'accompagner de mesures concrètes destinées à améliorer les différents aspects de la vie dans la ville informelle (amélioration des infrastructures publiques, éducation, lutte contre la criminalité organisée, etc.), qui sont intimement liés.

Par contraste, l'analyse civile-constitutionnelle de la protection possessoire construite par la doctrine, et appliquée au cas par cas par les juges, représente un moyen de concrétiser, même de façon plus limitée,

85. Voir en particulier, à São Paulo, 1<sup>o</sup> T.A.C. S.P., EI 9115410-27.1998.8.26.0000, João Carlos Garcia (rapporteur), 11 mars 2003, où la vision pour le moins biaisée du juge sur le propriétaire requérant (d'origine arabe, ce dernier avait nécessairement, selon le juge, le sens du commerce et considérait l'immeuble comme un simple placement sans autre utilité concrète) l'aide à repousser l'action possessoire de celui-ci contre une favéla.

86. 1<sup>o</sup> T.A.C. S.P., AC 9115410-27.1998.8.26.0000, José Luiz Gavião de Almeida (rapporteur), 20 août 2002 ; T.J.R.S., EI 70003749710, Clarindo Favretto (rapporteur), 20 décembre 2002, sur la base de l'article 182 (4) (III) de la Constitution fédérale (l'État d'exiger d'un propriétaire foncier qu'il procède à certains aménagements sur son terrain).

87. S.T.J., RE 1144982/PR, Mauro Campbell Marquis (rapporteur), 15 octobre 2009 ; T.J.S.P., AC 0042777-36.1995.8.26.0564, Wilson Julio Zanluqui (rapporteur), 15 août 2008 ; T.J.S.P., EI 115904-5, Toledo Silva (rapporteur), 16 février 2000.

un droit au logement de façon plus indépendante des facteurs politiques et économiques. Les juges disposent ainsi d'une liberté de manœuvre considérable et certains se montrent très engagés, dans leurs jugements comme dans leurs écrits<sup>88</sup>. Il s'agit au moins d'une protection immédiate et concrète qui, en éloignant le spectre de l'éviction, permet aux occupants de la favéla d'y demeurer. Compte tenu du caractère provisoire et inachevé des constructions informelles, de même que de l'indigence des infrastructures publiques dans les favélas, ce droit au logement est loin d'être idéal et se révèle de piètre envergure : seule une volonté politique de faire mieux, jointe à des investissements avisés qui tiendraient compte des besoins réels de ces « citoyens informels », pourrait matérialiser un réel droit à un logement décent.

---

88. Voir en particulier les prises de position engagées de Marcos Alcino de Azevedo Torres, juge à la Cour d'appel de Rio, dans M.A. DE AZEVEDO TORRES, préc., note 70, p. 403 et 404.