

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

KAREN CRISTINE NADOLNY

**CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA:
ALTERNATIVA PARA A REGULARIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES EM ÁREAS
PÚBLICAS?**

CURITIBA

2009

KAREN CRISTINE NADOLNY

**CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA:
ALTERNATIVA PARA A REGULARIZAÇÃO DE OCUPAÇÕES EM ÁREAS
PÚBLICAS?**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Curso de Direito
Direito Civil e Processual Civil

Curitiba

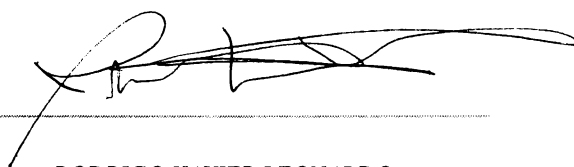
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

KAREN CRISTINE NADOLNY

Concessão de uso especial do solo para fins de moradia: alternativa para a regularização de ocupações em áreas públicas

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador



SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR
Primeiro Membro



LUCIANA PEDROSO XAVIER
Segundo Membro

DEDICATÓRIA

A Deus, meu criador e Senhor.

RESUMO

A propriedade moderna, considerada como um direito absoluto, abstrato e excludente, passou por diversas rupturas, sendo a mais importante delas o desenvolvimento da função social da propriedade, que representou não apenas uma limitação ao tradicional instituto jurídico, mas uma transformação do seu conceito. Diante dessa nova propriedade jurídica, problemas sociais, como a falta de moradia digna, mereceram uma nova tutela jurídica, considerando as diversas limitações impostas, tanto à propriedade pública quanto à privada, bem como a mudança do papel do Estado que passou de mero garantidor de liberdades para agente atuante na transformação social. Nesse sentido, é que se desenvolveram políticas públicas, para a efetivação dos objetivos definidos de acordo com critérios sociais e políticos. Exemplo dessa efetivação são as políticas públicas de regularização, que se utilizam de diversos instrumentos, como o instituto da concessão de uso especial do uso do solo para fins de moradia, objeto do presente estudo, introduzido pela Medida Provisória nº. 2.220/2001, como forma de regularização das ocupações irregulares em áreas públicas.

Palavras-chave: propriedade; função social da propriedade; direito à moradia; políticas públicas; bens públicos; concessão de uso especial do solo para fins de moradia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter enviado seu filho Jesus Cristo para salvação da minha vida e por ter me guiado e sustentado nessa caminhada com a sabedoria do seu Espírito Santo.

À minha mãe, Jussara Aparecida Ferreira Nadolny, meu presente de Deus, alicerce e segurança, que não mediu esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida. Obrigado por suas bênçãos e orações e por seu carinho e amor incondicionais.

Às amigas Camila, Edna, Emanuele e Suellem, por me mostrarem como as diferenças podem ser importantes em minha vida e por dividirem angústias e comemorações durante todo o curso. Obrigado por poder contar vocês.

Aos projetos de extensão SAJUP e Direito e Cidadania, que deram sentido aos ensinamentos de sala aula e me proporcionaram as experiências mais enriquecedoras de toda a faculdade.

Ao professor Rodrigo Xavier Leonardo pelos anos de paciência, orientação e incentivo.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	2
1. A PROPRIEDADE E AS PROPRIEDADES.....	4
1.1 O ESTOURO DE UMA CONCEPÇÃO UNIFICADA DE PROPRIEDADE.....	4
1.2 FUNÇÃO E FUNÇÕES SOCIAIS DA PROPRIEDADE.....	18
2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA.....	31
2.1 A QUESTÃO URBANA.....	31
2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA.....	41
3. QUESTÕES JURÍDICAS DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA.....	52
3.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.....	52
3.2 A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	81

INTRODUÇÃO

O direito à cidade e, particularmente, o direito à moradia, consagrado no artigo 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 26/2000, vem sendo amplamente discutido, sobretudo, se forem considerados os inúmeros conflitos atualmente verificáveis, em razão da subutilização ou ociosidade de imóveis ou áreas urbanas, dentre as quais muitos são de propriedade da Administração Pública.

Dentro desse quadro é que surgiu o projeto de extensão, da Universidade Federal do Paraná, Direito e Cidadania: a luta pela moradia no ano de 1994, buscando por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis a regularização de diversas áreas na cidade de Curitiba. Após breve paralisação de suas atividades, por iniciativa dos estudantes, o projeto retomou suas atividades no ano de 2005, inicialmente com atividades na Vila Sabará (vila localizada na Cidade Industrial de Curitiba) e na Vila União (na cidade de Almirante Tamandaré – região metropolitana de Curitiba). Ambas as comunidades apresentavam a peculiaridade de serem localizadas, pelo menos em parte, em áreas públicas.

Até o ano de 2001 tal fato seria um grande empecilho para a regularização, ficando a comunidade a mercê da vontade política, porém com a edição da Lei nº. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e da Medida Provisória nº. 2.220/2001, que instituiu a concessão de uso especial do solo para fins de moradia, o tratamento jurídico dado a essas ocupações ganhou uma nova feição, uma vez que se constituiu como um direito subjetivo dos possuidores, uma alternativa de inserção na “cidade formal”.

Ocorre, entretanto, que apesar da previsão desse instituto, muito se tem evitado sua aplicação, até mesmo por parte das comunidades envolvidas, que independentemente da irregularidade, têm dificuldades em se inserir no sistema formal se não estiverem na condição de “proprietárias”.

Assim, percebe-se a necessidade de se investigar a efetividade e a possibilidade dessa resposta dada pelo ordenamento jurídico à questão da moradia em nosso país. Partindo desses fundamentos é que se entende necessário investigar o instituto da concessão de uso especial do solo para fins de moradia.

Preliminarmente, tentar-se-á traçar um panorama do instituto jurídico da propriedade a partir de um enfoque histórico-crítico, fixado na passagem do medievo à

modernidade, bem como do conceito de função social da propriedade, que contribuiu para a mudança de perspectiva verificada nos dias atuais.

Em um segundo momento, buscar-se-á demonstrar os pressupostos teóricos que fundamentaram e requisitaram o surgimento da concessão de uso especial do solo para fins de moradia. Nesse sentido, estudar-se-á a questão urbana em nosso país; as políticas públicas implementadas para a solução do problema; e as limitações encontradas em nosso ordenamento jurídico à propriedade privada e à pública.

Por fim, analisar-se-á o instituto jurídico da concessão de uso especial do solo para fins de moradia, a partir de uma reflexão sobre seus aspectos constitucionais e administrativos.

O presente trabalho visa, portanto, esclarecer, por meio de um estudo acerca da concepção moderna de propriedade, sobre a realidade urbana encontrada em nosso país e, tendo em vista a recente legislação a respeito do tema, os limites e possibilidades de utilização do instituto da concessão especial do uso do solo para fins de moradia, como instrumento prévio (ou definitivo) de regularização das ocupações irregulares urbanas em áreas públicas.

1. A PROPRIEDADE E AS PROPRIEDADES

1.1 O ESTOURO DE UMA CONCEPÇÃO UNIFICADA DE PROPRIEDADE

O instituto jurídico da propriedade é definido, atualmente, conforme a ótica do discurso proprietário moderno, como um direito abstrato e absoluto. Reduzir, contudo, a história da propriedade a esse único conceito, é um equívoco, pois, na história desse instituto, as relações entre pessoas e bens não se deu sempre da mesma forma e nem com uma evolução linear e perene.

A partir disso, é preciso ter em mente que a propriedade é antes de tudo, uma resposta aos problemas da relação entre o sujeito e as coisas, e sua análise, como afirma GROSSI, deve “*tentar colocá-la sempre no interior de uma mentalidade*”¹, sendo talvez a propriedade o instituto que mais deve ser visto dessa forma, já que se liga fortemente, de um lado à antropologia e de outro, à uma ideologia².

Apesar da brevidade, buscar-se-á demonstrar uma situação anterior a formação da mentalidade proprietária moderna, ou em outras palavras, procurar-se-á demonstrar que não existe apenas *a* propriedade, mas sim *as* propriedades, que não guardam entre si evolução lógica ou cronológica.

1.1.1 Revisitando noções históricas de propriedade

A propriedade, sobretudo como mentalidade, é um instituto que recebeu várias feições ao longo da história, que influenciaram, mas não determinaram, o conceito moderno de propriedade que chegou aos dias de hoje. O estudo dessas feições é longo e complexo, razão pela qual realizar-se-á um recorte histórico, fixando o presente estudo na passagem da propriedade medieval para a moderna³.

¹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*, p. 16 (Mentalidade para GROSSI seria “*aquele complexo de valores circulantes em uma área espacial e temporal capaz, pela sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados e de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área, e deve portanto ser colhido como realidade unitiva, o seu terreno é sem dívida congenial e familiar ao jurista, um intelectual dominado, devido a sua natureza (porque ajusta sempre as contas com o nível dos valores), por uma íntima tensão a sincronia e ao sistema, isto é, à unificação orgânica de dados*” - GROSSI, P. Obra citada, p. 30).

² GROSSI, P. Idem, p. 31.

³ Apesar do recorte histórico, cumpre fazer breves apontamentos sobre a propriedade romana que possuía uma mentalidade diferente da encontrada na Idade Média. A civilização romana, não se ocupou do conceito de propriedade, mas sim de seus elementos (FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*, p. 15), razão pela qual os conceitos atualmente ofertados sobre essa propriedade devem ser tidos como incompletos (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 28). Com essa ressalva, CORRÊA e SCIASCIA, com base nos escritos de intérpretes medievais, definem a propriedade romana como sendo “*o poder mais geral, atual*

A propriedade medieval ou feudal apresentava como característica a ligação com as relações de fato, não possuindo o caráter de exclusividade⁴, apontado como característica do modelo proprietário anterior (propriedade romana), ou seja, o direito regulava as situações de dominação das coisas, que eram espelho da sociedade da época⁵, caracterizada pelos laços de dependência entre os homens, pelo parcelamento do direito de propriedade, pela hierarquia dos direitos sobre a terra, e pela fragmentação do poder público⁶.

Há quem prefira não definir como “propriedade” a propriedade medieval, reservando esse termo para a propriedade dita “moderna”, todavia, ainda que poucas semelhanças aquela guarde com esta, ela é certamente *uma* propriedade⁷, inserida em uma sociedade que GROSSI define como uma 'civilização possessória', que se regeu pelo princípio da efetividade, negando uma idéia de relação de validade da propriedade, até mesmo pela inexistência de um modelo de comparação⁸. Não havia, dessa forma, a criação de um modelo de propriedade, mas sim o reconhecimento das diversas situações fáticas existentes.

Sobre o medievo, GROSSI lembra, ainda, a prevalência da noção de domínio útil que, embora pensada a partir de categorias do direito romano, não encontrava neste qualquer correspondência⁹. Aqui, o domínio tinha por conteúdo mínimo o poder autônomo e imediato sobre a *res corporalis*, que não se originava do “*sujeito sobre a coisa, mas nasce da coisa*”¹⁰. Isso podia ser verificado, por exemplo, na possibilidade de uma única propriedade medieval poder ter mais de um proprietário¹¹.

ou potencial sobre a coisa. Trata-se de um poder jurídico (dominium) coexistente ou não com o poder de fato (possessio)” (CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*, p. 124). Propriedade em Roma era, por conseguinte, um direito absoluto, exclusivo e irrestrito (CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o Direito romano e o direito civil brasileiro*, p. 171.), que se caracterizou pelo *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendii*, que correspondiam, respectivamente, ao direito de usar a coisa, de aproveitar os seus frutos e produtos e de dispor da coisa da forma mais ampla possível (CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 170).

⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 115.

⁵ CORTIANO JUNIOR, E. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*, p. 87.

⁶ CORTIANO JUNIOR, E. *Idem*, p. 22.

⁷ GROSSI, P. Obra citada, p. 55.

⁸ GROSSI, P. *Idem*, p. 45.

⁹ “O adjetivo ‘útil’ indica a atribuição de um conteúdo ao conceito romano, conteúdo que se vincula à efetividade da utilização do bem. Atesta o reinado da efetividade e a impossibilidade de uma fórmula abstrata, de um vínculo ‘puro’ de relações entre o homem e a coisa” (VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo da história do direito brasileiro*, p. 33)

¹⁰ GROSSI, P. *Idem*, p. 55.

¹¹ Cite-se o binômio de propriedade eminente (do senhor feudal) e propriedade útil (servo que recebe o direito de utilização em troca de serviços e rendas). (GOMES, Orlando. Obra citada, p. 115).

Essa relação de pertencimento e a visão da propriedade a partir da coisa e não do sujeito não resistiu ao desenvolvimento das cidades e do comércio, ao surgimento dos Estados e a ascensão de uma nova classe social, a burguesia, uma vez que “*permanecer na e com a ordem feudal era obstaculizar as próprias ambições políticas e intelectuais da burguesia, além das pretensões econômicas*”¹².

No entanto, essa transformação não ocorreu de forma imediata, tanto que GROSSI defende a existência de uma pré-história e uma proto-história da propriedade dita moderna¹³. A pré-história iniciar-se-ia no século XIV, quando se moldou o modelo antropológico e politológico, que se definiu como individualismo possessivo. A proto-história, apesar de ter sido apresentada em teorizações teológicas (proposições teóricas)¹⁴ no século XVI, teve seu real desenvolvimento no século XVIII com a Escola Pandectística alemã, que, a partir do modelo antropológico anteriormente definido, desenhou os contornos jurídicos da propriedade moderna¹⁵, fazendo com que o modelo técnico passasse a corresponder ao ideológico¹⁶.

Formaram a pré-história o Renascimento e o Iluminismo. O Renascimento, no campo político, possibilitou a constituição dos Estados, que passaram a centralizar o poder, pulverizado, no regime feudal, inicialmente, com os Estados absolutistas e depois, com o advento do Estado liberal, que remetia “*aos princípios da separação de poderes, do primado da lei, do caráter abstrato e geral da lei, e da divisão entre esfera pública e privada*”¹⁷.

No campo ideológico, surgiu o Iluminismo, que rompeu com os vínculos de servidão e com a divisão social em razão do *status*, acabando, também, com a valorização dos fatos, com a relação de pertencimento entre o sujeito e a coisa¹⁸.

¹² CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 31.

¹³ GROSSI, P. Obra citada, p. 64.

¹⁴ A igreja influenciou muitos pensadores que ajudaram a construir a concepção de propriedade hoje aceita, razão pela qual é importante conhecer sua posição oficial sobre a propriedade. Um primeiro pensador que pode ser lembrado é São Basílio, que, no século XV questionou a propriedade romana pelo seu caráter excludente. O mais importante teólogo que deve ser lembrado, contudo, é São Tomás de Aquino (séc. XIII), que, na Suma Teológica, distingue o usar e o dispor da propriedade (Cumprer lembrar, que a propriedade tratada pelo teólogos não era a terra, mas os frutos produzidos, já que “*A terra como objeto de direito de propriedade independentemente de produção ou uso é criação do capitalismo*”), no sentido de que “*o direito de usar era um direito natural de todos os homens e o direito de dispor, um direito positivo*”. (MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*, p. 19-21).

¹⁵ GROSSI, P. Obra citada, p. 64-65.

¹⁶ GROSSI, P. Idem, p. 80.

¹⁷ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 43.

¹⁸ GROSSI, P. Obra citada, p. 72.

A partir das teorizações iluministas, os sujeitos passaram a ser vistos como dotados de razão, de consciência e de ação. Os pensadores das luzes disseminaram o individualismo em detrimento da sociabilidade, no sentido de que o homem passou a depender apenas de si e não depender dos outros¹⁹.

Compõem, ainda, a construção ideológica e política, teorizações de autores como Locke e Voltaire. Locke, considerado pai do individualismo, acreditava na propriedade como um direito natural do ser humano, anterior ao próprio Estado, que se fundamentava no trabalho (que representava uma extensão do homem), único meio de gerar a legítima propriedade:

Como a terra fora dada por Deus em comum a todos os homens, ao incorporar seu trabalho à matéria bruta que se encontrava em estado natural o homem tornava-a sua propriedade privada, estabelecendo sobre ela um direito próprio do qual estavam excluídos todos os outros homens. O trabalho era, pois, na concepção de Locke, o fundamento originário da propriedade²⁰.

O surgimento do dinheiro alterou, contudo, esse pensamento, determinando a passagem da propriedade limitada, baseada no trabalho, para a propriedade ilimitada, fundada na acumulação²¹. Para Voltaire, a propriedade também era um direito natural necessário ao bem de todos, sendo “*a propriedade [...] liberdade*”²². Importante também foi a influência da Igreja que propagou a noção de propriedade como direito sagrado, natural e absoluto, sendo recente as críticas a esse posicionamento²³.

MARÉS aponta como marco fundamental da propriedade moderna a Revolução Francesa, de 1789²⁴, que, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conceituou a propriedade como algo sagrado e indivisível²⁵. Indica como

¹⁹ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 44-53.

²⁰ MELLO, Leonel Itaussu Almeida Mello. *John Locke e o individualismo liberal*, p. 85

²¹ MELLO, L. I. A. M. Idem, *ibidem*.

²² MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*, p. 26.

²³ Sobre as recentes críticas MARÉS cita “...o Papa João Paulo II, em 1979, [que] no discurso inaugural do Seminário palafoxiano de Puebla de Los Angeles, México disse 'sobre toda a propriedade pesa uma hipoteca social' (...) Esta idéia de hipoteca social expressada pelo Papa (...), somada pelo documento 'Para uma melhor distribuição da terra? O desafio da reforma agrária, aprovado pelo Pontifício Conselho Justiça e Paz em 1997, é uma tímida volta às origens da idéia cristã expressada por Santo Tomás e São Basílio” (MARÉS, C. F Idem, p. 22).

²⁴ MARÉS, C. F. Idem, p. 18.

²⁵ O Art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim determinava: “*Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização*”. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direito_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o, acesso em 07 set 2009.

marco também, o surgimento das Constituições nacionais, que passaram a organizar o Estado e a garantir direitos, sobretudo, a igualdade, a liberdade e a propriedade²⁶, sendo que é em torno e em razão do direito de propriedade que foram garantidos todos os demais direitos²⁷.

A liberdade, com o desaparecimento dos fortes laços que uniam os sujeitos no feudalismo, significava a possibilidade de disposição dos bens, ainda que para muitos a única propriedade disponível fosse a força de trabalho; e a igualdade, ainda que meramente formal, permitia que os sujeitos se tornassem proprietários²⁸. Essa liberdade acabou, inclusive, confundindo-se com a propriedade, “*ser proprietário significa ser livre*”²⁹.

Nesse contexto é que se consolidou a propriedade moderna, que, segundo GROSSI, teve como traço distintivo da propriedade feudal a busca pela simplicidade, com a meta da “*simplicidade absoluta*”³⁰. A simplicidade se transformou em uma “*qualidade essencial*”³¹. Passou a vigorar o princípio do *dominium sui*, que significa que o sujeito é o *dominus* por designação divina e da natureza, tornando as manifestações externas meras exteriorizações do que está no interior de cada um. Instaurou-se, dessa forma, uma confusão entre o 'meu' e o 'mim', restando valorizado o 'ter' da propriedade³².

Outra característica que deve ser adicionada à propriedade moderna é a abstração, que permitiu a adequação do instituto a novas situações, obedecendo à seguinte lógica: já que o modelo é universal, pode albergar a apropriação de todo e qualquer bem. Isso atendeu a um sistema em que tudo deveria ser passível de entrar em circulação, tudo poderia reduzir-se a mercadoria³³.

O modelo moderno de propriedade propugnado aproximar-se-ia da propriedade romana pelo individualismo e pela concepção analítica, entretanto, diferenças existem, tanto que a noção de direito subjetivo não era encontrada em Roma, nem a definição de propriedade. A relação entre os modelos de propriedade se buscou

²⁶ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 18.

²⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do individualismo e propriedade*, p. 459.

²⁸ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 53-56.

²⁹ CORTIANO JUNIOR, E. *Idem*, p. 91.

³⁰ GROSSI, P. Obra citada, 67-68.

³¹ GROSSI, P. *Idem*, p. 67.

³² GROSSI, P. *Idem*, p. 70.

³³ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 124.

mais para legitimar o novo modelo para apropriação de bens, visto que, a partir de tal explicação, a aceitação da propriedade moderna foi facilitada³⁴.

Além disso, para essa relação, não se considerou todo o período romano (apenas o período clássico)³⁵. Não há, portanto, que se falar em identidade entre as noções de propriedade, porque “*interpretou-se o direito romano de forma conveniente às exigências da época*”³⁶, apresentando o modelo como uma “*verdade redescoberta*”³⁷.

Coroando a moderna propriedade e encerrando a mudança de mentalidade, surgiram as codificações, dentre as quais se destacam o Código de Napoleão, que, apesar de ser resultado de uma revolução, propôs a manutenção da ordem instituída³⁸, e o Código Civil alemão (BGB). No primeiro, a propriedade foi enquadrada como direito subjetivo, sagrado e absoluto³⁹, albergando, além do uso, a livre disposição, a ponto de permitir, caso fosse a vontade do proprietário, a destruição do bem⁴⁰.

No BGB havia também o estabelecimento de poderes absolutos sobre a propriedade com a exclusão dos demais⁴¹, elevando a abstração, uma vez que não se estabeleceu as formas pelas quais o proprietário, que era o sujeito central, exerceria e efetivaria a titularidade e os poderes dados e garantidos pela lei⁴². KATAOKA, assim resume a propriedade no sistema codificado:

A propriedade (...) é o modo de aferir o sucesso de cada homem, através do resultado do livre jogo do tráfego jurídico, em que o legislador é um grande árbitro de regras neutras, que influenciassem o menos possível nos resultados. Mais do que isso, é um direito absoluto no sentido de que só encontra limites em escassa medida e ainda assim para garantir a paz pública e a fruição dos demais proprietários⁴³.

³⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Idem, p. 100-102.

³⁵ CORTIANO JUNIOR, E. Idem, ibidem.

³⁶ CORTIANO JUNIOR, E. Idem, ibidem.

³⁷ GROSSI, P. Obra citada, p. 12.

³⁸ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 96.

³⁹ “Art. 17°. *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Tradução livre: “A propriedade é o direito de fazer e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”. [Disponível na internet via WWW.URL: <[http://www.Saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx? Doutrina=718](http://www.Saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=718)>, acesso em 07 set 2009].

⁴⁰ GROSSI, P. Obra citada, p. 79-80.

⁴¹ “§ 903: *Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen*” Tradução livre: “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”. Disponível na internet via WWW.URL: <[http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/ buscalegis/article/view/6982/6549](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/6982/6549)>, acesso em 07 set 2009].

⁴² CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 103.

⁴³ KATAOKA, E. T. Obra citada, p. 460.

Percebe-se, portanto, que o discurso proprietário se fortaleceu com os Estados modernos, com a supremacia da lei, com o sistema econômico baseado na circulação de riquezas e com a visão individualista de sociedade, uma vez que, como afirma CORTIANO JUNIOR:

Uma nova ordem de coisas instaura-se com o fim do feudalismo. A circulação de mercadorias (e depois a organização econômica de forma capitalista) ocupa o lugar de dentro da nova ordenação social, e as necessidades de segurança e garantias exigidas pela economia são dadas por um direito estatal e sistematizado. O primado da lei garante a estabilidade necessária para o desenvolvimento da nova organização social. O direito constitui-se em um *package* normativa: normas genéricas e abstratas emprestam-lhe uma característica de autonomia, que implica sua neutralidade diante da práxis social e sua pretensa perfeição e atemporalidade. A formulação e aplicação de tal tipo de norma exigem que o homem seja visto destituído de qualquer perspectiva concreta. A sua igualdade e liberdade decorrem, em última instância desta máxima generalização do direito: abstração da norma e dos seus destinatários⁴⁴.

1.1.2 A terra no Brasil

O discurso proprietário que se consolidou na Europa a partir do século XIX não se refletiu no Brasil desde o início; aqui reinou uma lógica de conquista e favores, que se justificou pelo instituto da sesmaria⁴⁵.

A Lei das Sesmarias, promulgada por D. Fernando, era uma espécie de privilégio ou concessão dominial régia que em Portugal (1375), tinha por objetivo a redistribuição, no país europeu, de terras, que estivessem abandonadas, para que fossem lavradas, tendo na obrigatoriedade do cultivo seu fundamento⁴⁶, ou seja, “*tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos e desenvolvimento para a população*”⁴⁷, que sofria com uma crise de abastecimento, com a queda demográfica e com a crescente escassez de mão de obra, desde a grande peste que assolou a Europa no ano de 1348⁴⁸. A lógica que inspirou o instituto era louvável, pois a sesmaria é a “*caracterização de uma propriedade não absoluta, cuja condição sine qua non, razão*

⁴⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 79-80.

⁴⁵ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 58.

⁴⁶ VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo da história do direito brasileiro*, p. 18.

⁴⁷ MARÉS, C. F. *Idem*, p. 56-57.

⁴⁸ VARELA, L. B. Obra citada, p. 21. VARELA define Sesmaria como “*atribuição de bens incultos – porque abandonados ou por nunca terem sido cultivadas – a determinada pessoa, como encargo de os aproveitar; dentro do prazo fixado na lei ou na carta de adjudicação*” (VARELA, L. B. Obra citada, p. 24).

*de ser, reside o dever de cultivar*⁴⁹, todavia quando de sua implantação na nova colônia, já se encontrava em desuso em Portugal⁵⁰, (mantendo-se vigente apenas para uma troca de favores entre a Coroa e a nobreza).

No Brasil, entretanto, a lógica foi completamente alterada, pois quando da aplicação, a sesmaria, nas terras consideradas públicas (pertencentes *de jure* à Coroa)⁵¹, serviu como instrumento de conquista e de garantia, uma vez que aqui as terras não eram desocupadas ou inutilizadas, pelo contrário, a população indígena habitava quase a totalidade do território, usando a terra para sua subsistência⁵². Como ensina VARELA:

As motivações da realidade colonial, onde se procurará, fundamentalmente, viabilizar a produção em terras virgens, conduziram, naturalmente, a transformação do sistema das sesmarias, trazido para uma realidade profundamente diversa daquela em que fora concebida. A inversão semântica operada na colônia, onde o vocábulo 'sesmeiro' passa a indicar aquele que é concessionário de terras de sesmaria, e não o distribuidor e fiscal das terras lusitanas, é como um reflexo do mundo linguístico, das alterações de fundo que acometem o instituto⁵³.

À propriedade sesmarial agregaram-se deveres decorrentes da política mercantilista que orientou as relações econômicas entre metrópole e colônia⁵⁴, ou seja, a possibilidade de os moradores do país “descoberto” se auto-sustentarem, sem a necessidade de vender a da força de trabalho para os portugueses que ocupavam a terra, não era a mais benéfica aos planos de Portugal. Em razão disso é que surgiu a necessidade de impedir que a mão de obra, escrava, livre ou indígena, tivesse acesso a terras, estabelecendo-se que as terras deveriam ser concedidas pela Coroa portuguesa, ao beneficiário que viesse ao Brasil em seu nome, para a produção em larga escala de bens para exportação⁵⁵.

Ressalte-se que o objeto de concessão pela sesmaria eram terras ocupadas por populações indígenas, completamente desconsideradas, ou como afirma MARÉS:

⁴⁹ VARELA, L. B. *Idem*, p. 69.

⁵⁰ MARÉS, C. F. *Idem*, *ibidem*.

⁵¹ VARELA, L. B. *Obra citada*, p. 73.

⁵² MARÉS, C. F. *Idem*, p. 57.

⁵³ VARELA, L. B. *Obra citada*, p. 77.

⁵⁴ VARELA, L. B. *Idem*, p. 78.

⁵⁵ “*Se as terras estivessem à disposição de quem as ocupasse e tornasse produtivas, os capitais mercantilistas ficariam sem trabalhadores livres, porque todos iriam buscar um pedaço de chão para viver*”. Essa lógica desconsiderou as populações indígenas, bem como representou a proibição de aquisição da propriedade da terra pelo seu trabalho, já que isso não bastava, era necessário comprar ou ganhar da Coroa. (MARÉS, C. F. *Obra citada*, p. 57).

Aqui a propriedade não é fruto do trabalho livre, é fruto do saque dos bens indígenas, ouro, prata, milho, batata, cacau ou terra e do trabalho escravo. A liberdade formal da propriedade individual perde o véu da pureza e humanidade nas Américas e mostra a cara desnuda e rude da usurpação⁵⁶.

Clara é a verificação de que a propriedade moderna ou o discurso proprietário, que já estavam em pleno desenvolvimento na Europa (tanto que, em Portugal, já não havia mais a aplicação do instituto da sesmaria, em razão do reconhecimento da propriedade como um direito absoluto, fundada na liberdade para aquisição da propriedade e na igualdade, ainda que meramente formal), passou ao largo do Brasil, uma vez que aqui a liberdade e a propriedade foram coisas completamente excludentes⁵⁷.

A sesmaria, que criou terras de especulação do poder local, gerando “*uma estrutura fundiária assentada no latifúndio, injusta e opressiva*”⁵⁸, foi utilizada no Brasil até 17 de julho de 1822, sendo definitivamente extinta com a Constituição Imperial de 1824⁵⁹, quando estavam em pauta a expansão da economia cafeeira e a discussão sobre a necessidade de regulamentação da propriedade privada⁶⁰. Porém, isso não representou uma melhoria na noção do que seria propriedade, já que houve o reconhecimento de todas as concessões dadas de acordo com o antigo instituto, mantendo-se a lógica de favores do poder político e de supremacia da propriedade sobre o trabalho que permanece até os dias de hoje.

Com o fim da sesmaria o País ficou sem um diploma legal que regulasse a aquisição originária da propriedade. Durante os vinte e oito anos em que o tema ficou sem regulação (período chamado erroneamente de “regime de posse”), houve diversos projetos de lei que, em sua maioria, não conseguiam agregar os dois interesses, quais sejam: evitar a livre ocupação e respeitar o direito de livre aquisição da propriedade, o que veio a acontecer com a edição da Lei 601/1850 (Lei Imperial de Terras)⁶¹.

⁵⁶ MARÉS, C. F. Idem, p. 60.

⁵⁷ “*Toda a teoria justificadora da propriedade privada, de Locke a Rousseau, passando pela esperança de Voltaire ('propriedade é liberdade'), tem como fundamento a liberdade, porque o mesmo homem que é livre para escolher seu trabalho o haverá de ser para dispor dos frutos do trabalho, dos bens amealhados. Esta legitimação da propriedade pelo trabalho, e pelo contrato, adquire contornos dramáticos nas Américas e no Brasil*” (MARÉS, C. F. Obra citada, p. 60).

⁵⁸ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 60.

⁵⁹ MARÉS, C. F. Idem, p. 60-63.

⁶⁰ VARELA, L. B. Obra citada, p. 111.

⁶¹ MARÉS, C. F. Idem, p. 66-67.

Após a Lei de Terras, verificou-se cinco situações distintas para as terras existentes no Brasil, quais sejam⁶²:

1. Terras concedidas pelo instituto da sesmaria antes de 1822 e confirmadas. Foram garantidas pela Constituição e alçadas a condição de título originário mais importante.
2. Terras concedidas pela sesmaria, mas não confirmadas por falta de ocupação, demarcação ou produção. A Lei de Terras possibilitou a confirmação posterior, desde que ocupadas com um cultivo e moradia habitual do sesmeiro ou concessionário.
3. Glebas ocupadas pela simples posse. A Lei de Terras reconheceu essas glebas, em pequenas dimensões, desde que tivessem tornado-se produtivas. O posseiro recebia um prazo para requerer a “legitimação da posse”. Após legitimada, desde que registrada, tornava-se uma propriedade privada no sentido moderno. Ressalte-se que esse cultivo não deveria ser para a subsistência, mas produção para o mercado.
4. Terras ocupadas para algum uso da Coroa, reconhecidas como de domínio público.
5. Terras sem ocupação. Foram chamadas de “terras devolutas”⁶³, não significando que eram terras desocupadas e sim que não foram legalmente adquiridas.

As terras devolutas eram as não legalmente adquiridas e que, em tese, deveriam ser utilizadas para a melhoria da situação da população no País, contudo, não foi o que ocorreu, já que a lei instituiu a compra e venda como forma de aquisição dessas terras, impossibilitando o acesso às populações mais pobres⁶⁴, mantendo-se, assim, a terra nas mãos dos grandes latifundiários.

Além da impossibilidade financeira, havia a dificuldade de o acesso à terra ser condicionado à vontade política da concessão, uma vez que as terras devolutas foram consideradas de domínio público, dependendo de critérios subjetivos para a

⁶² MARÉS, C. F. *Idem*, p. 68-70.

⁶³ O termo “devolutas” surgiu da devolução de terras incultas, dados pelo instituto da Sesmaria em Portugal, ao Rei por direito de conquista. Originariamente, portanto, eram terras dadas pela Coroa e não aproveitadas, no Brasil é que passaram a significar terras não legalmente adquiridas (VARELA, L. B. *Obra citada*, p. 25).

⁶⁴ MARÉS, C. F. *Obra citada*, p. 72-72.

concessão⁶⁵. Com a Constituição da República (1891), a concessão passou a ser controlada pelos Estados, fortalecendo ainda mais as oligarquias e a política de exclusão⁶⁶.

A propriedade, no Brasil, foi, finalmente, consagrada com as feições modernas de direito absoluto, cujo único limite era o uso vedado em lei⁶⁷, seguindo os códigos oitocentistas, sobretudo os Códigos de Napoleão e o BGB, no Código Civil de 1916⁶⁸. Sobre a influência desses códigos, CORTIANO JUNIOR afirma que,

Não se define, no Código, a propriedade, mas se estipulam – o que quer dizer: asseguram-se – os poderes do proprietário. A lei brasileira reúne os elementos da definição de propriedade do Código Francês e da não-definição do Código Alemão – que, entretanto, especificou o conteúdo do direito de propriedade. De fato, o legislador brasileiro utilizou o rol dos poderes proprietários que baseou a conceituação da propriedade no *Code*, sem, entretanto conceituá-la. De outro lado, seguiu a orientação alemã de especificar o conteúdo da propriedade, mas arrolando os poderes do proprietário, como fez o legislador francês. O Código Civil Brasileiro fez sua opção: uma definição analítica e estrutural da propriedade⁶⁹.

1.1.3 A crise do conceito moderno de propriedade

A propriedade moderna consolidada pelos códigos oitocentistas como um direito abstrato, exclusivo e excludente, elevada ao lugar de princípio pela classe burguesa, representando a justificativa para a auto-reprodução do sistema sem a interferência do sujeito⁷⁰, já no final do século XIX, demonstrava sua insuficiência, uma vez que sua garantia acabou alimentando um ciclo de desigualdades⁷¹, não sendo suficiente a atuação do Estado Liberal como mero garantidor da segurança política, social e jurídica⁷²; tanto que, mesmo transformada em discurso proprietário, sofreu alguns ataques como, por exemplo, “*com a doutrina cristã da Idade Média, reacendida*

⁶⁵ Ainda, como forma de impedir o acesso à terra, o instituto da usucapião, já reconhecido na Europa, não foi previsto na Lei de Terras, apesar de ser pertinente à matéria. Ele só veio para o ordenamento jurídico com o CC/16, e, expressamente, permitindo a usucapião apenas sobre propriedades particulares, reafirmando, portanto, a impossibilidade de usucapião sobre terras devolutas, tidas como de domínio público (MARÉS, C. F. *Idem*, p. 74-75).

⁶⁶ Essa política de concessão foi a causa de diversos conflitos da época, como o de Canudos e a Guerra do Contestado (MARÉS, C. F. *Idem*, p. 76-77).

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada, p. 321.

⁶⁸ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que os possua”.

⁶⁹ CORTIANO JUNIOR, E. *Obra citada*, p. 104.

⁷⁰ CORTIANO JUNIOR, E. *Obra citada*, p. 131.

⁷¹ MARÉS, C. F. *Obra citada*, p. 81.

⁷² CORTIANO JUNIOR, E. *Obra citada*, p. 138-139.

*pelo doutrina social da igreja, as lições de Duguit, e a concepção marxista acerca dos institutos*⁷³.

Assim, a excessiva abstração e o modelo proprietário começaram a ser questionados por diversos movimentos⁷⁴, sofrendo algumas rupturas. A primeira, apontada por CORTIANO JUNIOR⁷⁵, é o entendimento de que a propriedade deveria cumprir uma função decorrente do interesse público, instaurado com o surgimento do Estado social⁷⁶, que passou a revelar as desigualdades materiais existentes por trás do discurso meramente formal. Esse novo modelo de Estado eclodiu com a Primeira Guerra Mundial, marcando o 'fim' do liberalismo e trazendo em suas Constituições intervenções econômicas e uma necessidade de prestações positivas por parte do Estado⁷⁷.

A primeira Constituição social foi a do México, de 1917. A Constituição que é considerada um marco, todavia, até mesmo por ser promulgada em um país que espargiu a noção de direito absoluto, é a Constituição do Império Alemão, conhecida como Constituição de Weimer, de 11 de agosto de 1919, que, em seu art. 152, estabeleceu limitações aos contratos de acordo com a lei, retirando a liberdade total e, em seu art. 153, determinou que a propriedade obriga e que o seu uso e exercício deveriam representar uma função no interesse social, rechaçando a propriedade como um direito absoluto, submetendo-a às limitações legais⁷⁸.

A noção de que a propriedade obriga e de que os poderes proprietários não deveriam ser exercidos apenas no interesse do proprietário é considerada mais uma

⁷³ CORTIANO JUNIOR, E. Idem, p. 141-142. (A igreja, após assentado pela teoria política e pelas leis o direito de propriedade como um direito natural, passou a reconhecer e defender como um direito absoluto. Exemplo disso é a Encíclica *rerum novarum* (Papa Leão XIII) que trouxe a idéia de que o contrato, além de legítimo, deveria ser justo, reafirmando a propriedade individual, porém com a apresentação de uma alternativa ao socialismo nascente – LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o Novo Código Civil*, p. 274).

⁷⁴ Destaque-se o movimento socialista na Rússia que, em 1917, colocou fim à propriedade privada, com uma avaliação da propriedade segundo seu resultado social e não pela rentabilidade financeira (MARÉS, C. F. Obra citada, p. 81).

⁷⁵ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 137.

⁷⁶ Pietro Barcellona aponta três postulados para desse novo Estado: a igualdade material em contrapartida à igualdade formal; o reconhecimento recíproco da subjetividade social em face da subjetividade abstrata; e o princípio da solidariedade e de intervenção do Estado na economia. O Estado passa a “*conformar e estruturar a sociedade a partir de decisões políticas*”. O aspecto econômico passa a ser moldado em função das reivindicações sociais e dos novos objetivos eleitos a partir de uma pressão social sobre o Estado. (CORTIANO JUNIOR, E. Idem, p. 139-140).

⁷⁷ KATAOKA, E. T. Obra citada, p. 459.

⁷⁸ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 84-85. Outra Constituição que merece menção é a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (Rússia, 1918).

ruptura que acabou mitigando o direito de propriedade⁷⁹. Assim, o instituto jurídico da propriedade, que revelava o individualismo de outrora, passa a ter uma preocupação com os excluídos. A propriedade que antes cumpria sua função ao permitir o exercício da autonomia e liberdade, agora deve ser vista em face dos não proprietários⁸⁰.

O proprietário, por essa nova visão, tornou-se operário do sistema, passando a ser analisado na sua posição concreta, com uma conseqüente repersonalização, apontada por CORTIANO JUNIOR como uma outra ruptura com o sistema de outrora⁸¹. Ele (o proprietário) é importante, porém inserido no contexto de uma propriedade funcionalizada, com consideração do direito alheio, sobretudo na disciplina do acesso aos bens.

Para essa mudança de mentalidade contribuiu também, como já mencionado, a doutrina da Igreja Católica, que mesmo reforçando a propriedade como um direito natural, na Encíclica *rerum novarum*, afirma que sua destinação deve visar o bem de todos⁸².

Todos esses pontos contribuíram para que a propriedade, que antes possuía disciplina unitária e indiscutível, agora encontre grande fragmentação. Hoje, reconhece-se, aos poucos, a existência de propriedades diferentes entre si, cada uma com sua disciplina própria⁸³. Sobre o tema, ensina GROSSI:

'A' propriedade e 'as' propriedades: um singular e um plural estranhamente associados, pelo menos na linguagem habitual da ciência jurídica italiana; se não em oposição, ao menos em função abertamente dialética. Um singular humilhado e depauperado por aquele plural, mas que não desaparece nele; um plural que adquire seu significado mais pleno somente se confrontado com e referindo-se àquele singular. Um instituto, em suma, do qual se deve sublinhar a relatividade, mas que é sempre uma relatividade incompleta, porque aquele plural é sempre obrigado a ajustar as contas com aquele singular, sempre sobre aquelas propriedades grava a sombra ameaçadora da propriedade⁸⁴.

⁷⁹ FACHIN, L. E. Obra citada, p. 17.

⁸⁰ CORTIANO JUNIOR, E Obra citada, p 141.

⁸¹ A repersonalização envolve o reconhecimento da dignidade da pessoa humana “*como um valor supremo a ser protegido*”. A repersonalização também exige que o sujeito não seja visto de forma isolada, mas que haja uma relação/envolvimento de toda a comunidade, de forma solidária, para uma participação de todos na formação social (CORTIANO JUNIOR, E. Idem, p. 171-174).

⁸² LEONARDO, R. X. *A função social da propriedade*: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil, p. 274. Saliente-se que essa não foi uma verdadeira ruptura, porque o discurso da Igreja buscava combater o socialismo como resposta aos problemas sociais.

⁸³ KATAOKA, E. T. Obra citada, p. 461.

⁸⁴ GROSSI, P. Obra citada, p. 11.

As mudanças trazidas pelo Estado Social e pela funcionalização da propriedade pouco alteraram o discurso da propriedade como um direito absoluto, que se converteu ao longo do tempo em princípio, refletido acriticamente, na maioria dos casos, em nosso ensino jurídico⁸⁵. Na prática, esse novo discurso esbarra em uma ideologia individualista, muito arraigada em nossa sociedade, contrária, inclusive, às leis vigentes, pois embora elas não promovam a mudança na sociedade, deveriam refleti-la⁸⁶.

1.2 FUNÇÃO E FUNÇÕES SOCIAIS DA PROPRIEDADE

O questionamento da propriedade como um direito abstrato e sagrado entrou em ebulição com o surgimento dos Estados chamados “sociais” que, em suas Constituições, buscaram garantir condições básicas de sobrevivência, em resposta às mazelas sociais crescentes, decorrentes do individualismo reinante na sociedade.

A partir disso é que a propriedade moderna sofreu sua principal ruptura⁸⁷: o surgimento da função social “*como uma nova tentativa de estabelecer critérios para a distribuição e manutenção da terra*”⁸⁸. Com a função social tornou-se insuficiente a análise da propriedade a partir de um ângulo abstrato, não apenas para os anseios sociais, como também para a sobrevivência do sistema capitalista⁸⁹, como buscar-se-á adiante demonstrar.

1.2.1 A função social da propriedade

Função, pela ótica da ciência matemática, “*consiste em especial tipo de relação (...)* [sendo que relação] *é a referência de um elemento a um outro*”⁹⁰. Partindo desse entendimento, PENTEADO afirma que, para o direito, “função” remete à idéia de destinação externa à situação jurídica⁹¹, representando um limite interno às relações

⁸⁵ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 04-06.

⁸⁶ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 13-15.

⁸⁷ Saliente-se, entretanto, que essa ruptura não se deu em relação ao sistema capitalista, mas em relação ao discurso proprietário.

⁸⁸ LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 271.

⁸⁹ LEONARDO, R. X. Idem, p. 272.

⁹⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, p. 172.

⁹¹ O termo 'função' pode ser usado em vários sentidos no direito, tais como “*o desempenho de um papel* [arts. 58 e 420 do CC], o alcance de um fim [arts. 421 e 2035 do CC], a assunção de uma responsabilidade, *ou a razão determinante (causa)* [art. 5º, V, do CC], *são os principais sentidos a partir dos quais se pode predicar a função em direito. Particularmente, a função social da propriedade parece relacionar-se ao segundo deles. Trata-se de uma relação que determina o alcance de certa finalidade específica*” (PENTEADO, L. de C. Idem, p. 180-181).

jurídicas, a fim de que não se cometa um ilícito, bem como orientação sobre a forma como o direito deve ser exercido⁹².

Desse modo, os institutos jurídicos, de maneira geral, podem ser vistos por uma dupla perspectiva: estrutural (relacionada à descrição dos elementos constitutivos e descritivos) e funcional (relacionada à destinação, que pode interferir no regime jurídico aplicável)⁹³. Partindo disso, é incorreto dizer que a propriedade passou a ter uma função com o Estado Social, pois ela sempre possuiu⁹⁴. Como, então, essa destinação do exercício dos direitos proprietários se tornou social?

Há quem aponte as teorizações de Leon Duguit como um início⁹⁵. Apesar de seus estudos tratarem do Direito Administrativo, ele afirmou que os direitos só justificar-se-iam pela missão social com a qual devem contribuir. Nesse sentido, assim se pronunciou sobre o direito de propriedade:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tendeu a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve corresponder⁹⁶.

Apesar dessa idéia, que representou sim uma semente, o marco foi o surgimento do modelo de Estado social e das Constituições Sociais, em especial, a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimer (1919).

A Constituição do México é tida como a primeira constituição social do mundo e, na opinião de MARÉS, é mais importante que a de Weimer, uma vez que, por ser *“nitidamente camponesa, a mexicana é mais completa e profunda que a alemã porque não apenas condiciona a propriedade privada, mas a reconceitua”*⁹⁷. Apesar

⁹² PENTEADO, L. de C. Idem, p. 172-177.

⁹³ GONDINHO, André Osório. *Função Social da propriedade*, p. 403.

⁹⁴ A propriedade sempre exerceu uma função na sociedade *“seja como expansão de inteligência burguesa, seja como objeto de supremacia do capital sobre o trabalho, seja como instrumento para a construção de uma sociedade mais justa e solidária”* (GONDINHO, André Osório. Idem, p. 405).

⁹⁵ Esse é o posicionamento de Orlando Gomes, que lembra que para Duguit, o proprietário seria como um funcionário da gestão de seus bens (GOMES, O. Obra citada, p. 126).

⁹⁶ Apud: GONDINHO, André Osório. *Função Social da propriedade*. p. 402.

⁹⁷ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. p. 93. Essa Constituição afastou a idéia de direito natural da propriedade e reconheceu duas formas de intervenção na propriedade: a primeira seria a desapropriação (utilidade pública e indenização) e a segunda seria o não reconhecimento como propriedade de áreas que não cumprissem os preceitos da Constituição. Há, ainda uma limitação da área

disso, é claro que a Constituição gestada em um país europeu, cujo Código Civil de caráter individualista serviu de inspiração para muitos países ao redor do mundo, inclusive o Brasil, teve um significado histórico maior. O que é, então, função social da propriedade?

A função social é de difícil conceituação, sobretudo considerando a variação histórica do que seja interesse social, que se condiciona a valores e critérios oscilantes no espaço e no tempo⁹⁸ e que, como afirma PENTEADO, tem alcance diferenciado de um país para outro, porque “*se vincula a opção política de determinado local, com a forma como determinado Estado trata o próprio direito de propriedade*”⁹⁹. Ainda assim, algumas características devem ser comuns na interpretação.

A função social representa uma autolimitação ao direito de propriedade, alterando o conceito do instituto, afetando a relação jurídica proprietária que, ao contrário do que era expresso nos códigos oitocentistas (que apresentavam a propriedade como um direito subjetivo marcado pelo individualismo exacerbado¹⁰⁰, sem qualquer vinculação com deveres¹⁰¹), deve ser vista, pela ótica da função social, inserida na noção de situação jurídica, que abrange não apenas posições jurídicas ativas do proprietário, como também posições passivas, representando um poder-dever¹⁰². Nesse sentido, afirma PENTEADO que:

A função social da propriedade é uma cláusula geral que onera as situações jurídicas de direito das coisas, impondo ao titular da mesma

para um único proprietário. Frise-se que essa constituição está vigente até hoje.

⁹⁸ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 173.

⁹⁹ Por exemplo, um Estado liberal veria a segurança e a liberdade como preponderante, enquanto em uma Constituição social haveriam condicionantes para o exercício regular do direito. (PENTEADO, L. de C. *Idem*, p. 185-186).

¹⁰⁰ Tradicionalmente, o direito subjetivo, de acordo com a visão individualista do direito, é definido como um poder de vontade, segundo uma primeira corrente, ou como um interesse protegido por uma segunda corrente. Para primeira, que se alinha às teorizações de Windscheid, os direitos subjetivos corresponderiam às vontades do ser humano concedidas pelo ordenamento. “*O direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade livre do homem que o ordenamento jurídico protege e confere*”. Já pela teoria do interesse, de Jhering, o direito subjetivo seria “*um interesse juridicamente protegido*” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. p. 119-120).

¹⁰¹ O vício metodológico desse entendimento, segundo PERLINGIERI “*está na crença de que um interesse tutelado pelo ordenamento seja finalizado a si mesmo. Numa realidade na qual à atribuição de direitos se acompanham de deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente*” (PERLINGIERI, P. Obra citada, p. 120).

¹⁰² Esse é o entendimento de LUMIA, que enxerga o direito subjetivo como “*um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas subjetivas ativas elementares*”, sendo que a posição jurídica subjetiva seria “*a situação que cada um dos sujeitos ocupa no contexto da relação jurídica*”. Nesse sentido, a relação jurídica que é “*correlação entre de duas posições jurídicas subjetivas de sinal oposto e de igual conteúdo*”, não é composta simplesmente por um sujeito que possui apenas deveres e outro sujeito com poderes, uma vez que ambos têm direitos e deveres (LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Tradução com adaptação e modificações, do professor Alcides Tomasetti Jr. p. 06-07).

o dever de atuar: i) de modo geral, sem ofender os fins da comunidade política em que está estabelecido, determinando diferentes obrigações, sujeições e ônus, como situações jurídicas cujo conteúdo é o respeito ao meio ambiente sadio e equilibrado, ao patrimônio histórico e cultural, bem como a atender a certos fins transindividuais, como a paz; ii) de modo específico, quando titular de bens de produção, otimizando sua capacidade geradora, a fim de que compartilhe o benefício com a coletividade em que se insere¹⁰³.

Função social, portanto, não representa uma diminuição exterior ao direito de propriedade, mas altera sua essência¹⁰⁴, pois, como afirma GOMES:

Os matizes da função social, na feliz explanação de RODOTÁ, deixam, cada vez mais, de corresponder a meros condicionamentos e limitações externos, para dizer respeito ao conteúdo mesmo do direito, em que se inserem situações passivas impostas a seu titular em favor do Bem Comum, que vão inculcando nova conformação desse direito, mais em harmonia com os princípios de coexistência dos direitos e da prevalência do Social, que norteiam a evolução jurídica contemporânea¹⁰⁵.

A partir dessa compreensão é que se sustenta que a propriedade destituída de função social não é propriedade para o direito brasileiro, sendo que o seu titular ficaria alijado de seus poderes proprietários, caso houvesse o descumprimento da função social.

Outra consequência importante da função social da propriedade é que, a partir dela, o bem não pode ser visto de forma isolada, com a abstração de outrora, mas deve haver uma aproximação com o caso concreto, já que somente com a análise das características específicas, em cada caso, é possível analisar o cumprimento da função social¹⁰⁶.

Frise-se que função social da propriedade não significa, em nenhum momento, apropriação coletiva de bens, tanto que em nossa Constituição, primeiro é garantido o direito de propriedade para depois ser protegida a função social¹⁰⁷.

¹⁰³ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 187-188.

¹⁰⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 142.

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*, p. 31.

¹⁰⁶ MAURO, Roberta. *A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens*, p. 38.

¹⁰⁷ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 187.

1.2.2 A propriedade e sua função social no ordenamento brasileiro

A história da função social da propriedade no ordenamento brasileiro é marcada por avanços e retrocessos¹⁰⁸. A primeira menção à propriedade é encontrada na Constituição Imperial de 1824, que, no art. 179¹⁰⁹, arrolou o direito de propriedade no rol de direitos individuais dos cidadãos como um direito absoluto, permitindo, porém, a desapropriação. Essa primeira menção refletiu o auge da concepção moderna de propriedade e foi repetida da Constituição Republicana de 1891 (art. 72¹¹⁰), que preservou os interesses dos grandes latifundiários da época¹¹¹.

Inserido nesse panorama constitucional é que foi promulgado o Código Civil de 1916, que manteve a visão individualista da propriedade, enumerando *poderes* proprietários em seu aspecto estrutural. A noção de função social da propriedade manteve-se estranha ao Código, tanto que a redação do artigo aparentava regulamentar algo preexistente¹¹².

Um avanço pode ser verificado na Constituição de 1934, que, em seu art. 113 determinou que “*É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na fórmula que a lei determinar*”¹¹³, influenciada pelas Constituições Mexicana e de Weimer, contudo, de forma tímida e destituída de efetividade¹¹⁴.

¹⁰⁸ LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 276.

¹⁰⁹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação”. Disponível na internet via [www.URL: em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm), acesso em 07 set 2009.

¹¹⁰ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Disponível na internet via [WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm), acesso em 07 set 2009.

¹¹¹ GONDINHO, A. O. Obra citada, p. 406-408.

¹¹² TEPEDINO, G. Obra citada, p. 305

¹¹³ LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 276.

¹¹⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 178.

A Constituição de 1937 (art. 122¹¹⁵), determinou a regulação infra constitucional do direito de propriedade, entretanto, representou um retrocesso por suprimir a redação anterior que reportava ao interesse social.

Inversa foi a Constituição de 1946, que em sua redação que não apenas contemplou o direito de propriedade no art. 141¹¹⁶, mas em seu art. 146¹¹⁷, condicionou-o ao bem estar social, contemplando a justa distribuição da propriedade, com igualdade de oportunidade para todos. Esse artigo seguiu a tendência das Constituições do pós guerra de expressar uma política intervencionista, com dirigismo econômico e restrições à propriedade privada¹¹⁸, porém, sem efetividade, em razão da inércia dos operadores jurídicos que o transformaram em uma “*norma programática de eficácia limitada*”¹¹⁹.

Com o regime militar, veio a Constituição de 1967¹²⁰ e a Emenda Constitucional de 1969¹²¹, que, pela primeira vez utilizou o termo 'função social da propriedade' como princípio de fundamentação da ordem econômica e social¹²². Sobre esse período da história brasileira, merece destaque o Estatuto da Terra (Lei nº.

¹¹⁵ “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>, acesso em 07 set 2009.

¹¹⁶ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>, acesso em 07 set 2009.

¹¹⁷ “Art. 147: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>, acesso em 07 set 2009.

¹¹⁸ TEPEDINO, G. Obra citada, p. 306.

¹¹⁹ Uma vez que havia o entendimento que para a plena aplicação do artigo deveria ser editada lei infra constitucional (GONDINHO, A. O. Obra citada, p. 411).

¹²⁰ “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade” Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>, acesso em 07 set 2009.

¹²¹ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III o função social da propriedade”. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao69.htm>, acesso em 07 set 2009.

¹²² GONDINHO, A. O. Obra citada, p. 411-412.

4504/1967¹²³), que, com o intuito de implementar a reforma agrária¹²⁴, pela primeira vez utilizou a 'função social da propriedade', não apenas como uma limitação, mas no sentido de acesso à terra, estabelecendo critérios para a sua aferição¹²⁵.

A Constituição Federal de 1988 foi prolífera¹²⁶ em disposições sobre a propriedade e sua função social, que foi enquadrada não apenas como princípio da ordem econômica, mas incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, rompendo com a unicidade da propriedade e alterando, definitivamente, o conteúdo do direito subjetivo de propriedade¹²⁷, substituindo o Código Civil de 1916 na condição de fundamento jurídico do direito de propriedade.

O diploma constitucional fez distinção entre a função social da propriedade urbana e da propriedade rural. No que concerne à propriedade urbana, o art. 182 determina que a propriedade cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Em relação à propriedade rural, o art. 186, estabelece os parâmetros que devem ser cumpridos, simultaneamente, para ser aferido o cumprimento da função social da propriedade¹²⁸, com imposição de diversos deveres ao proprietário¹²⁹.

Na Constituição atual o legislador não conciliou, simplesmente, o exercício do direito de propriedade com o interesse social, mas, como afirma TEPEDINO:

... submeteu os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento. De modo que a crise, se de crise se desejasse mesmo falar, desloca-se do âmbito normativo para o âmbito intelectual, quando não se consegue abrir mão de conceitos secularmente radicados na cultura jurídica¹³⁰.

¹²³ “Art. 2º. É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social a todos a oportunidade de acesso à terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”.

¹²⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 179.

¹²⁵ LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 276.

¹²⁶ Há menção da função social da propriedade nos artigos 5º, inc. XXIII; 170, inc. III; 182, § 2º, 184 e 186 da Constituição Federal.

¹²⁷ LEONARDO, R. X. Obra citada, p. 279.

¹²⁸ Quais sejam: “Art. 186 (...) I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

¹²⁹ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 200.

¹³⁰ TEPEDINO, G. Obra citada, p. 322.

A propriedade constitucional traz não mais simples redução a poderes proprietários, e sim um novo modelo proprietário. Assim, “*a propriedade (deixa de ser uma ameaça) e transforma-se em instrumento para realização do projeto constitucional*”¹³¹. O resultado da compatibilidade entre os interesses proprietário e não-proprietários é que fornece o conteúdo da propriedade.

Finalmente, o mais recente tratamento da propriedade veio com o Código Civil de 2002, que, em seu art. 1.228, “*não promove qualquer alteração efetivamente substancial em matéria de propriedade*”¹³², devendo, contudo, destacar-se que, em sua nova redação, não há mais enumeração de poderes, mas sim de faculdades proprietárias¹³³.

Segundo PENTEADO, no novo Código, a função estaria presente no art. 1228, § 1º, representando uma cláusula geral, que estabelece um dever para o proprietário de agir conforme o fim econômico e social, sob pena de cometimento de ato ilícito¹³⁴.

O texto do art. 1228 do Código Civil, em seu § 1º, acaba sendo programático, porque remete à legislação especial sem enfrentar a função social da propriedade. Não obstante isso, acaba conduzindo a uma função social externa à propriedade (como uma limitação externa) e não como alteração do próprio instituto, o que faz dele também um dispositivo de pouca aplicabilidade, sobretudo considerando o avanço do texto constitucional sobre o tema.

1.2.3 A efetividade (ou falta de) da função social da propriedade no direito brasileiro

As disposições sobre a propriedade e sua função social têm como destinatários o titular do direito, o legislador, o operador jurídico e o juiz. Nesse sentido, cabe o entendimento segundo o qual a função social da propriedade assume caráter de princípio geral, não sendo o titular dotado de livre-arbítrio para optar pelo seu não cumprimento, impossibilitando, também, a imposição de deveres contrários aos

¹³¹ TEPEDINO, G. *Idem*, p. 323.

¹³² LEONARDO, R. X. *Obra citada*, p. 285.

¹³³ TEPEDINO, G. *Obra citada*, p. 305.

¹³⁴ PENTEADO, L. de C. *Obra citada*, p. 210.

objetivos da Constituição¹³⁵. Ao juiz e aos operadores do direito esse entendimento deve servir como critério de interpretação e aplicação do direito¹³⁶.

No entanto, não é isso o que ocorre. Na prática, esse novo discurso esbarra em uma ideologia individualista¹³⁷. A interpretação e, sobretudo a aplicação da função social da propriedade, fica impedida por uma visão moderna de propriedade que, tendo em vista o fato de as leis infraconstitucionais deverem ser interpretadas de acordo com a Constituição e não o inverso, não encontra mais guarida da legislação vigente.

Uma das razões que pode ser apontada para isso é a falta de vontade política na implementação dos instrumentos enunciados pela Constituição, tanto para a solução dos conflitos em relação à propriedade urbana, quanto para a propriedade rural, já que, como demonstrado, apesar de retrocessos verificados na legislação brasileira e do considerável atraso na correta posituação da função social da propriedade, instrumentos que possibilitam o alcance dos objetivos explicitados no art. 3º da Constituição existem, todavia, há insistência dos destinatários da norma constitucional em ignorá-los. Verificam-se continuamente exemplos, tanto nas cidades, com inúmeros imóveis vazios, por vezes, por uma inércia do administrador ao não elaborar o plano diretor, como em diversas áreas rurais, tuteladas pelo direito mesmo sem qualquer utilização, ou com utilização incorreta.

CORTIANO JUNIOR apontando algumas dessas interpretações errôneas, lembra que a partir de uma adequada interpretação constitucional dos dispositivos que tratam do direito de propriedade, não é possível defender que um proprietário que não cumpra sua função social requeira a proteção dada pelo ordenamento jurídico ao direito exercido de forma inadequada, como por exemplo, por meio de ações possessórias¹³⁸.

Outro exemplo dado pelo autor é em relação à impossibilidade de interpretar, a partir do art. 185¹³⁹ da Constituição, que a terra produtiva não é passível de desapropriação, já que o entendimento correto é de que a desapropriação só é impedida em propriedades que cumpram todas as condicionantes do art. 186 da Constituição, independentemente da produtividade¹⁴⁰.

¹³⁵ GONDINHO, A. O. Obra citada, p. 421.

¹³⁶ GONDINHO, A. O. Idem, p. 422.

¹³⁷ MARÉS, C. F. Obra citada, p. 13-15.

¹³⁸ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 185-187.

¹³⁹ “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: (...) II - a propriedade produtiva”.

¹⁴⁰ CORTIANO JUNIOR, E. Obra citada, p. 185-187.

A jurisprudência é farta em exemplos de interpretações contrárias a esse entendimento por um apego exacerbado à concepção antiga de propriedade não recepcionada pelo Diploma Constitucional. Sobre o tema, assim se pronuncia ARRUDA:

Sabemos que os institutos jurídicos tendem a se fortalecer quando são divulgados e encravados por meio de decisões concretas e não só assegurados em pleno abstrato. As leis expressam um conteúdo que se abastece em cada situação em que é exigido, ou seja, a jurisprudência é importantíssima na cristalização de direitos e de expressiva contribuição seria a constância de decisões que viessem a responsabilizar proprietários que utilizem a propriedade em prejuízo da comunidade, com a finalidade, por exemplo, meramente especulativa, enquanto a cidade e seus habitantes têm de conviver com um imóvel que não oferece nenhum tipo de benefício ao interesse público e coletivo¹⁴¹.

Diante disso, percebe-se que, apesar da evolução constitucional em relação à propriedade e sua necessária função social, ainda permanece prejudicada sua efetivação, o que acaba impedindo a correta concessão por parte do Estado de outros valores e direitos constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Como forma de buscar um mínimo de efetividade desses valores é que se mostra necessária a implementação da concessão de uso especial do solo para fins de moradia em ocupações irregulares em terras públicas, porém, antes do estudo do instituto, faz-se necessária uma breve menção de alguns pressupostos teóricos, como as limitações impostas à propriedade e a noção de políticas públicas.

¹⁴¹ ARRUDA, K. M. Obra citada, p. 318.

2. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA

2.1 A QUESTÃO URBANA

A transformação da mentalidade proprietária moderna, ainda que aceita de forma lenta e gradativa, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, gera consequências não apenas no entendimento do que seria propriedade, mas também em outros aspectos.

Nesse sentido é que a crise do discurso proprietário pode e deve interferir no exercício do poder estatal e na efetivação do direito à moradia, que se dá por meio de políticas públicas de regularização do espaço urbano, cuja distribuição é desproporcional/desigual, em razão da proteção exacerbada dedicada à propriedade, que não tem destinação adequada dada por seu proprietário. Desse modo, mostra-se importante analisar essa atuação estatal, bem como aspectos da superação da mentalidade proprietária moderna em relação à propriedade privada e à pública.

2.1.1 O direito à moradia como direito humano e direito fundamental

O desenvolvimento da sociedade moderna, na qual imperou o individualismo, trouxe graves conseqüências sociais, sobretudo para a população mais pobre, que não possuía condições financeiras para se inserir no mundo proprietário, sendo mal remunerada na venda de seu único bem - a força de trabalho. Nesse contexto foi que surgiram as teorizações sobre direitos humanos e fundamentais “*em resposta às mudanças sociais, econômicas, políticas e religiosas da transição da idade média para a idade moderna*”¹⁴².

A partir do reconhecimento da insuficiência das garantias dadas à propriedade, à liberdade e à igualdade, nasceram os direitos fundamentais, inicialmente, para discutir assuntos como a tolerância religiosa, limites do poder, direitos políticos e de participação e humanização do processo penal¹⁴³, sendo, posteriormente, reconhecidos pelas Constituições, com o trunfo das revoluções liberais¹⁴⁴. O que são esses direitos e em que diferem dos demais?

¹⁴² AMARAL, Gustavo. *Direito, escolha & escassez: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 50.

¹⁴³ AMARAL, G. *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁴ Revolução francesa e a independência dos Estados Unidos.

A definição passa por uma diferenciação entre os direitos humanos e os fundamentais, porque há grande confusão terminológica encontrada na doutrina e no próprio texto constitucional¹⁴⁵, que utiliza diversas denominações para a mesma categoria de direitos, o que tem consequências de ordem prática quanto à interpretação e aplicação.

SARLET, à semelhança de outros doutrinadores¹⁴⁶, afirma que os direitos humanos são os consagrados nos documentos de direito internacional, independentemente de qualquer vinculação com uma ordem constitucional¹⁴⁷, tendo uma pretensa universalidade e caráter supranacional¹⁴⁸. BOROWSKI acrescenta que são direitos de cunho destacadamente moral, de índole abstrata, constituindo-se em um núcleo de justiça¹⁴⁹.

Já os direitos fundamentais seriam os reconhecidos e positivados na esfera constitucional, por meio de tratados e convenções que visam “*assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa sem nenhuma forma de discriminação*”¹⁵⁰.

A opção pela denominação “direitos fundamentais”, em detrimento das outras terminologias¹⁵¹, com base nos ensinamentos de SARLET, deu-se em razão de sua crescente utilização internacional, pela dificuldade de abrangência das outras expressões, uma vez que são atreladas à espécie de direitos fundamentais, bem como a opção do constituinte de 1988 no Título II da Constituição Federal (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)¹⁵².

Sobre os direitos fundamentais, cumpre salientar que eles são divididos em três dimensões¹⁵³, de acordo com a titularidade, eficácia e efetivação. A primeira

¹⁴⁵ Cite-se: “direitos humanos” (art. 4º, inc. III); “direitos e garantias fundamentais” (Título II e art. 5º, § 1º); “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, inc. IV).

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377; AMARAL, Gustavo. *Direito, escolha & escassez: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 88-90; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 30-31.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 35-37.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu conteúdo e possível eficácia*, p. 417-418.

¹⁴⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 30-31.

¹⁵⁰ SAULE, JR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 35.

¹⁵¹ Direito Subjetivo Público, Liberdades Públicas, Direitos Individuais, Liberdades Fundamentais, Direitos Humanos Fundamentais, Direitos Naturais.

¹⁵² SARLET, I. W. *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 417-418.

¹⁵³ Segundo SARLET, “*Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um progresso cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de*

dimensão concerne aos direitos fundamentais negativos, que exigem abstenção estatal; a segunda, que se desenvolveu após a industrialização e o surgimento de problemas sociais e econômicos, requer prestações do Estado; já a terceira dimensão, depreende-se da figura do homem-indivíduo, destina-se à proteção de grupos humanos, ou seja, há uma titularidade coletiva¹⁵⁴. Frise-se, contudo, que a classificação em dimensões não significa de forma alguma uma evolução entre esses direitos nem a supressão dos anteriores.

Tais definições e diferenciações são importantes, pois o direito à moradia integra os direitos humanos, uma vez que foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁵, de 1948, marco da formalização jurídica internacional dos direitos humanos, bem como está expresso em outros importantes instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário¹⁵⁶.

O direito à moradia compõe também o rol de direitos fundamentais, visto que foi incorporado de forma expressa ao texto de Carta Maior como direito fundamental social, pela Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000¹⁵⁷. Apesar de a positivação ter ocorrido apenas no ano 2000, esse direito era apreendido da interpretação constitucional do art. 23, IX, da Constituição Federal, que estabelece a competência da União, Estados e Municípios para a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento¹⁵⁸, bem

tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar a esteira mais moderna da doutrina" (SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 54).

¹⁵⁴ SARLET, I. W. *Idem*, p. 54-56.

¹⁵⁵ "Art. XXV. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle" (sem destaque no original).

¹⁵⁶ "Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção Internacional sobre os direitos da Criança (1989), Convenção Internacional de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família (1977) e Convenção Internacional Sobre o Estatuto dos Refugiados (1951)" (SAULE, JR, N. Obra citada, p. 89-94).

¹⁵⁷ Essa incorporação de se deu de forma tardia, pois no ano de 1995 mais de 50 países já haviam reconhecido de forma em suas Constituições de forma o direito à moradia (SARLET, I. W. *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 427).

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 314.

como de outros dispositivos¹⁵⁹. Além disso, era um direito materialmente positivado¹⁶⁰ pelos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

DALLARI demonstra de forma clara a importância desse reconhecimento, ao afirmar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem tem três objetivos que podem ser estendidos aos direitos fundamentais:

A certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação da igualdade de direitos, onde grande parte do povo vive em condições subumanas¹⁶¹.

Mas o que é o direito à moradia? Esse direito não se restringe à necessidade de todo o ser humano de ter um lar, mas remete ao respeito de diversos elementos fundamentais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao meio ambiente e à segurança¹⁶². Há um vínculo necessário com esses demais direitos, pois como afirma SAULE JR., tais direitos são “*indivisíveis, interdependentes e interrelacionados*”¹⁶³.

Nesse sentido, o Comentário Geral nº. 04 sobre o Direito à Moradia Adequada do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz os elementos constitutivos de uma moradia adequada, que devem ser tutelados e garantidos pela ordem jurídica, quais sejam: a segurança jurídica da posse, sem a qual o direito vai estar em constante ameaça; disponibilidade de infra-estrutura¹⁶⁴; adoção de medidas para garantir a proporcionalidade entre gastos com habitação e a renda das pessoas; respeito à produção social do habitat, à diversidade e aos padrões habitacionais

¹⁵⁹ Art. 7º, inc. IV quando define que o salário mínimo deve atender as necessidades de moradia do trabalhador e de sua família; art. 5º, XXIII e arts. 170, inc. III e 182, § 2º que vinculam a propriedade à sua função social, bem como os arts. 182 e 191, que prevêm, respectivamente, a usucapião urbana e rural, condicionada à utilização do imóvel para moradia.

¹⁶⁰ SARLET, I. W. *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 429.

¹⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 168.

¹⁶² ALVES, C. C. N. et alli. *A garantia do direito à vida e do direito à moradia como pressupostos para a realização da regularização fundiária*, p. 151.

¹⁶³ SAULE JR. N. Obra citada, p. 167. “*Assim, não se satisfaz o Direito à Moradia adequada de determinada pessoa, quando esta reside em um lugar com risco de desabamento, com condições precárias de higiene, sem o mínimo de saneamento, ou até mesmo quando as pessoas se encontram sob a coação de determinados grupos, seja pela criminalidade urbana, seja pela ameaça de despejos forçados*” (ALVES, C. C. N. et alli. Obra citada, p. 151).

¹⁶⁴ Acesso ao fornecimento de água, de energia, serviço de saneamento, transporte, iluminação pública, custo de moradia acessível, etc.

oriundos dos usos e costumes da comunidade e grupos sociais ali residentes, entre outros¹⁶⁵.

Sobre o direito à moradia SAULE JR. evidencia, ainda, que “...o Direito à Moradia será dotado de eficácia social quando este for obedecido e aplicado pelos diversos agentes e organismos responsáveis pela implementação das políticas públicas e promoção da justiça social”¹⁶⁶.

No presente trabalho, o reconhecimento do direito à moradia como integrante do rol de direitos humanos e fundamentais é de suma importância, já que é esse direito que fundamenta e justifica a implementação da concessão de uso especial para fins de moradia, como adiante será demonstrado.

2.1.2 Políticas públicas como forma de implementação de direitos fundamentais.

Possuir uma moradia adequada é direito fundamental social, constitucionalizado¹⁶⁷ pela Emenda Constitucional n.º. 26/2000. Embora não seja um direito novo no ordenamento, com a positivação adquiriu especial significação, pois nos termos do parágrafo 1º do art. 5º da Carta Magna, é direito de aplicação imediata, que impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a sua eficácia¹⁶⁸.

Assevera assentar que, apesar da situação ideal almejada, não há como sustentar que tal direito se constitua como absoluto e imune a restrições¹⁶⁹, o que nem de longe significa que represente apenas norma programática. Nesse sentido, afirma SARLET:

...não há como desconsiderar que o direito à moradia inequivocamente também (mas não só) assume, no que diz com a sua perspectiva prestacional, a condição de norma programática, impondo ao poder público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção, enfim, na concretização das metas constitucionalmente estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. Por outro lado, também é certo (pelo menos para expressiva doutrina) que os direitos sociais prestacionais – em que pese sua dimensão programática – nem por isso perdem sua fundamentalidade¹⁷⁰.

¹⁶⁵ ALVES, C. C. N. et alli. Obra citada, p. 151-152.

¹⁶⁶ SAULE JR. N. Obra citada, p. 173.

¹⁶⁷ “Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Obra citada, p. 378).

¹⁶⁸ SARLET, I. W. *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 445.

¹⁶⁹ SARLET, I. W. *Idem*, p. 449.

¹⁷⁰ SARLET, I. W. *Idem*, p. 456.

Assim, a maximização do direito perpassa a efetiva aplicação dos instrumentos de regularização no território rural e urbano, oferecidos pela Constituição e pela legislação infra constitucional, não sendo suficiente a sua mera menção. Nesse sentido, mostra-se importante a análise das políticas públicas, bem como da sua vinculação para a atividade estatal.

Segundo BUCCI, políticas públicas são “*programas de ação governamental [que visam] coordenar os meios à disposição do Estado e as atividade privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”¹⁷¹. A esse conceito, OHLWEILER acrescenta o fato de estarem “*fenomenologicamente indicadas no texto constitucional*”¹⁷².

As políticas públicas são consideradas criação do Estado Social, porque estão fortemente ligadas à idéia de intervenção estatal na área privada; são totalmente válidas no modelo de Estado brasileiro, porém, com uma noção alargada, já que, ao invés de mera intervenção, representam diretriz geral não apenas para os particulares, como também para o próprio Estado¹⁷³.

Outro fator que afasta a redução das políticas públicas à simples intervenção é que abrangem não apenas a atividade executiva do Estado, mas também a atuação normativa, reguladora e de fomento¹⁷⁴. Pressupõem planejamento, que, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, é vinculante para o poder público e indicativo para o setor privado, ou seja, “*uma técnica de atuação administrativa de longo prazo*”¹⁷⁵.

Além disso, deve haver uma necessária proximidade entre Administração e sociedade, já que ambas são co-responsáveis pela implementação e, principalmente, pela efetividade das políticas públicas¹⁷⁶. O adjetivo público deve significar não apenas que a política deve atender aos anseios da sociedade, como também que o processo deve ser público, com possibilidade de participação de todos os interessados¹⁷⁷.

Desse modo, um pressuposto para que haja efetivo controle social é a tomada de consciência por parte dos cidadãos, que deve ser acompanhada de uma

¹⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, p. 241.

¹⁷² OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*, p.329.

¹⁷³ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 245-247.

¹⁷⁴ BARCELLOS, A. P. de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*, p. 112.

¹⁷⁵ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 260.

¹⁷⁶ OHLWEILER, L. P. Obra citada, p.329.

¹⁷⁷ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 269.

“*institucionalização da cidadania*”¹⁷⁸, para que a legitimidade e a qualidade das decisões tomadas obedeçam a razão direta da participação democrática nesse processo¹⁷⁹.

Essa nova perspectiva não foi totalmente absorvida¹⁸⁰, já que permanece, em muitos aspectos, arraigado o paradigma liberal-individualista, caracterizado pela separação entre Estado e sociedade, pela centralização do poder e por uma relação de hierarquia com os cidadãos¹⁸¹. Não há, ainda, a compreensão de que o novo Estado não se funda mais em condições de “*se-então*”, e sim em objetivos que se preocupam com a idéia de “*fim-meio*”¹⁸².

O fundamento primeiro das políticas públicas está na Constituição ou como afirma OHLWEILER, na própria existência dos direitos fundamentais constitucionalizados¹⁸³. Nesse sentido, a Constituição indicaria o caminho a ser percorrido para a efetivação dos direitos, não restando espaço para a discricionariedade da Administração Pública¹⁸⁴. Importante, porém, salientar que as políticas públicas não podem ser implementadas a qualquer custo a partir dessa justificativa, devendo obedecer à legalidade e à constitucionalidade¹⁸⁵.

Ainda sobre o fundamento constitucional das políticas públicas, BARCELLOS afirma que o controle jurídico e jurisdicional já justificar-se-ia por essa vinculação necessária, sob pena de esvaziamento da normatividade de grande parte das normas constitucionais¹⁸⁶. O processo de formação da política pública, segundo BUCCI, envolve três momentos:

O primeiro momento é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, da mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles. O segundo momento compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. E finalmente o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da

¹⁷⁸ OHLWEILER, L. P. Obra citada, p.334.

¹⁷⁹ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 269.

¹⁸⁰ “*Especificamente no que diz respeito ao direito, o modelo das políticas públicas, concebido como forma de implementação do Estado do bem-estar, pairou acima ou ao lado das estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integrado ao ordenamento normativo*” (BUCCI, M. P. D. Idem, p. 262).

¹⁸¹ OHLWEILER, L. P. Obra citada, p.326.

¹⁸² BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 253.

¹⁸³ OHLWEILER, L. P. Obra citada, p.326.

¹⁸⁴ OHLWEILER, L. P. Idem, p.333.

¹⁸⁵ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 254-255.

¹⁸⁶ BARCELLOS, A. P. de. Obra citada, p. 118.

apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados¹⁸⁷.

A competência para a criação de políticas públicas é do “*legislativo e da direção política de governo*”, cabendo à Administração Pública sua execução. Não deve, contudo, haver divisão estanque, pois o grau de articulação entre os entes competentes influi diretamente na efetivação, já que, para o seu sucesso, é necessário agrupar um planejamento duradouro quanto às estruturas organizacionais, recursos financeiros e figuras jurídicas¹⁸⁸, não podendo restringir-se a governos que são transitórios. Esse entendimento pressupõe uma compreensão do real sentido de democracia¹⁸⁹.

A partir disso, cabe analisar quais são as políticas públicas de regularização atualmente desenvolvidas pelo Estado para a implementação do direito fundamental à moradia.

2.1.3 Políticas públicas de regularização

Proliferaram nos últimos anos, até mesmo em razão da constitucionalização do direito à moradia, instrumentos jurídicos e políticas públicas que visam não apenas permitir o acesso a novas moradias, mas também buscam a regularização de ocupações já existentes, o que, por vezes, apresenta-se como solução mais econômica para a Administração Pública e mais adequada para a população que tem suas “raízes” respeitadas pelo Estado¹⁹⁰.

O processo de regularização, como propugnado pelo Ministério das Cidades, deve ser sustentável, albergando as regularizações urbanística, ambiental, administrativa e patrimonial, a fim de que haja uma melhoria de infra-estrutura urbana com integração do assentamento à cidade formal, melhoria das condições de meio-ambiente com preservação e recuperação de áreas com vegetação e curso de águas, bem como o almejado reconhecimento à moradia por meio do título de propriedade ou da

¹⁸⁷ BUCCI, M. P. D. Obra citada, p. 266.

¹⁸⁸ BUCCI, M. P. D. Idem, p. 249.

¹⁸⁹ OHLWEILER, L. P. Obra citada, p. 329.

¹⁹⁰ SMOLKA, Martin O. *Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução*, p. 269-271.

concessão de direito real de uso do solo, inserindo essas moradias nos mapas e cadastro da cidade legal¹⁹¹.

Importante destacar que nem todas as ocupações podem ser objeto de regularização, seja porque se localizam em áreas de risco, comprometendo a segurança dos moradores, seja porque se encontram em áreas de preservação ambiental¹⁹². Nesses casos, é necessário um plano para que seja efetuada a realocação dos moradores, de preferência preservando as relações mantidas na área ocupada como, por exemplo, a possibilidade de crianças e adolescentes continuarem a frequentar a mesma escola.

Os instrumentos que atualmente permitem a regularização, como anteriormente mencionado, estão enumerados na Constituição Federal e em leis esparsas, especialmente na Lei nº. 10.257/2001, também chamada “Estatuto da Cidade”, na Medida Provisória nº. 2.220/2001 e no Decreto nº 271/67, que apresentam como opções para o administrador público a concessão especial de uso do solo para fins de moradia, a usucapião especial de imóvel urbano, a usucapião especial coletivo, a concessão de direito real de uso, a adjudicação compulsória, a cessão da posse e a desapropriação¹⁹³.

Para melhor compreensão far-se-á breve esclarecimento conceitual sobre cada um dos institutos, com exceção da concessão especial de uso do solo para fins de moradia e da concessão de direito real de uso, que serão explicitadas no terceiro capítulo do presente estudo.

A usucapião é um modo de aquisição originário da propriedade decorrente da posse continuada por certo lapso de tempo. Apresenta-se no ordenamento brasileiro em cinco espécies: a usucapião ordinária, a extraordinária, a especial rural, a especial urbana e a especial coletiva¹⁹⁴, sendo que apenas as duas últimas são consideradas políticas de regularização.

A usucapião especial urbana está prevista no art. 183, *caput*, da Constituição e no art. 9º do Estatuto da Cidade. Ocorre em áreas inferiores a duzentos e cinquenta metros quadrados, nas quais haja posse ininterrupta e sem oposição por, pelo menos cinco anos. Nessa espécie de usucapião o possuidor não pode ser proprietário de outro

¹⁹¹ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. *Regularização fundiária*, p. 10.

¹⁹² BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. *Idem*, p. 74.

¹⁹³ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. *Idem*, p. 75.

¹⁹⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, p. 271.

imóvel rural ou urbano, o que demonstra o objetivo da regularização, que é a destinação especial para moradia própria ou da família.

A usucapião coletiva, prevista no art. 10 da Lei nº. 10.257/2001, possui os mesmos requisitos da usucapião especial urbana, acrescido da exigência de que a coletividade ocupante da área seja de baixa renda e de que seja impossível a identificação dos terrenos de cada possuidor. Sua implementação cria um condomínio especial regido pelo Estatuto da Cidade¹⁹⁵. Esse instrumento jurídico foi criado para consolidar “*situações jurídicas em regiões de forte adensamento populacional sem infra-estrutura*”¹⁹⁶.

A adjudicação compulsória ocorre quando, após a celebração de um contrato de compromisso de compra e venda e pago todo o preço, o promitente vendedor se recusar a celebrar o contrato definitivo. Nessa hipótese, pode o promitente comprador pedir judicialmente o suprimento da vontade com a adjudicação compulsória, nos termos do art. 1.418 do Código Civil, sendo a sentença levada ao registro de imóveis como título de transferência da propriedade¹⁹⁷.

A cessão na posse, prevista na Lei nº. 9785/99, que modificou a Lei nº. 6766/79, permite “*ao poder público, empresas estatais e concessionárias de serviços públicos ceder a posse de terrenos destinados a loteamentos populares*”¹⁹⁸, quando os ocupantes não tenham a posse definitiva na área.

A desapropriação é o ato pelo qual o Estado, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante pagamento da adequada indenização, passa a ser o novo proprietário, substituindo o particular no domínio da coisa¹⁹⁹. Esse é um importante instrumento de regularização, já que uma das razões que justificam essa

¹⁹⁵ “O condomínio é indivisível, salvo deliberação de dois terços dos condôminos, cuja eficácia é também condicionada a uma posterior urbanização, após a aquisição. As deliberações, na vida deste condomínio devem ser tomadas por maioria de votos” (PENTEADO, L. de C. Idem, p. 274).

¹⁹⁶ PENTEADO, L. de C. Idem, p. 273.

¹⁹⁷ AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*, p. 22-41. Sobre o tema, o Código Civil acaba trazendo um entendimento conservador de que para haver direito à adjudicação compulsória deve haver o registro do compromisso de compra e venda. Nesse ponto a jurisprudência ainda é divergente, mas tendo em conta a Súmula 239 do STJ (“*O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis*”), pode-se afirmar a não necessidade do registro. Nada impede, contudo, que as partes celebrem um contrato preliminar de compra e venda, com possibilidade de arrependimento, conferindo ao contrato a única eficácia de celebrar um contrato definitivo e o pagamento do preço.

¹⁹⁸ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. *Regularização Fundiária*, p. 75.

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 147.

radical intervenção da Administração na esfera privada é o descumprimento da função social da propriedade.

A concessão especial de uso do solo para fins de moradia, bem como a concessão de direito real de uso serão analisadas no terceiro capítulo do presente estudo, como já aduzido.

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA

As políticas públicas de regularização, como brevemente demonstrado, interferem diretamente no exercício do direito de propriedade. Entretanto, para melhor compreensão do funcionamento dessa interferência é preciso conhecer alguns aspectos dos limites impostos à propriedade, tanto privada quanto pública.

2.2.1 Limites à propriedade privada

O direito de propriedade sempre se submeteu a algumas limitações, visando uma correspondência entre o exercício do direito e o interesse social; todavia, atualmente, essas limitações crescem em importância, influenciando o próprio conceito de propriedade²⁰⁰, uma vez que, como define PENTEADO, são “*deveres próprios daquele que exerça sobre os bens poderes diretos orientados a deles extrair vantagens de uso, gozo, fruição, disposição ou mesmo afetá-los a garantias patrimoniais de diversa natureza*”²⁰¹.

As limitações são decorrentes de leis ou atos normativos com força legal, dos princípios gerais de direito ou da própria vontade do proprietário²⁰², e impõem um conjunto de onerações decorrentes tanto da natureza do bem quanto de fatores extrínsecos. As que dizem respeito à essência do bem são as autolimitações, que afetam a situação jurídica internamente. As heterolimitações, por seu turno, são as que remetem a fatores externos a situação jurídica²⁰³.

Situação jurídica envolve uma multiplicidade de posições subjetivas passivas e ativas²⁰⁴, no sentido de que não se concebe uma relação jurídica na qual haja

²⁰⁰ GOMES, O. Obra citada, p. 141.

²⁰¹ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 223.

²⁰² GOMES, O. Obra citada, p. 141.

²⁰³ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 220.

²⁰⁴ LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Tradução com adaptação e modificações, do professor Alcides Tomasetti Jr., p. 07.

um sujeito com um direito subjetivo ilimitado ao qual todos devem submeter-se²⁰⁵. Partindo desse entendimento, é possível afirmar que, no exercício do direito de propriedade, existem certas limitações que não são “exceções”, e sim compõem a própria situação jurídica proprietária.

As autolimitações afetam, portanto, a posição jurídica no sentido de que condicionam o reconhecimento e a tutela do direito, restringindo a atuação do proprietário e impedem, por exemplo, o não-exercício ou o exercício do interesse por modalidades diversas das que derivam da função da situação subjetiva. Essas limitações se justificam pelas cláusulas gerais, “*especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornam expressões gerais do princípio da solidariedade*”²⁰⁶. Exemplo de tais limitações são a função social da propriedade e o abuso de direito, que determinam a utilização correta da propriedade.

As heterolimitações, por sua vez, não se relacionam com a existência do direito, ou seja, não são necessariamente inerentes à situação jurídica do proprietário, mas surgem com ela. Essa modalidade de limitação visa um exercício qualitativo do direito, relacionando-se com o interesse público e auxiliando na identificação da função/destinação do direito²⁰⁷. Exemplos são as limitações administrativas.

Há diversas classificações sobre o tema, contudo duas merecem especial menção. A primeira, apresentada por PENTEADO, com base nos ensinamentos de Oliveira Ascensão, apresenta quatro critérios:

As limitações ao direito de propriedade podem ser gerais ou especiais, conforme o grau de abstração que apresentem. Podem ser também geradoras de obrigações de fazer, positivas, ou de obrigações de não fazer, ou seja, de abster-se de determinado comportamento (não fazer). Quanto ao escopo, podem ser culturais, de segurança e defesa nacionais, de urbanização, de circulação, de segurança e higiene, fiscais, econômicas e ambientais. Quanto ao modo de atuação do mecanismo sancionador, podem levar à extinção do direito real, representar mera sujeição a poderes da administração, ou ainda implicar atuações de outra natureza, como é o caso das multas pecuniárias por utilização indevida da propriedade, no exemplo tradicional das multas de trânsito²⁰⁸.

²⁰⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, p. 121.

²⁰⁶ PERLINGIERI, P. *Idem*, p. 122.

²⁰⁷ PERLINGIERI, P. *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁸ PENTEADO, L. de C. *Obra citada*, p. 221.

A segunda classificação é a apontada por GOMES, que divide as limitações de acordo com a fonte, sua extensão e seus fundamentos. No que concerne à fonte, podem ser legais, jurídicas ou voluntárias²⁰⁹. As legais são as decorrentes de leis ou regulamentos administrativos, as jurídicas advêm da aplicação dos princípios gerais de direito, e as voluntárias decorrem da vontade do proprietário.

Em relação à extensão, as limitações podem atingir todo o direito de propriedade ou apenas algumas faculdades, e quanto ao fundamento, podem atender ao interesse público, contemplando a coletividade, ou buscarem a coordenação de direitos privados, regulando a coexistência com outros proprietários²¹⁰.

Dentre as limitações, as que merecem especial atenção são as limitações administrativas e as trazidas pelo Código Civil. Nas administrativas há uma interferência da Administração Pública na propriedade, Na medida em que o direito individual do proprietário cede diante da utilidade pública²¹¹. Essas limitações têm como características a unilateralidade²¹² (já que não surge um vínculo recíproco), o caráter geral (por abranger uma gama de hipóteses e casos), a impessoalidade (sendo proibida a individualização do sujeito) e o interesse público²¹³ (que deve permear toda a atividade do Estado).

São exemplos de limitações administrativas a requisição²¹⁴, a encampação²¹⁵, o tombamento²¹⁶, a servidão administrativa²¹⁷, a ocupação²¹⁸, o confisco²¹⁹ e a desapropriação. Esta última, já definida no presente estudo, é de suma importância, já

²⁰⁹ GOMES, O. Obra citada, p. 144.

²¹⁰ GOMES, O. Idem, *ibidem*.

²¹¹ GOMES, O. Idem, p. 148.

²¹² GOMES, O. Idem, p. 144.

²¹³ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 234-235.

²¹⁴ Quando há grave e urgente necessidade o Estado toma a propriedade, por tempo determinado (GOMES, O. Obra citada, p. 145).

²¹⁵ “O Estado se investe na propriedade de bens pertencentes a empresas concessionárias de serviços públicos, seja mediante indenização do valor desses bens, seja através do ressarcimento de prejuízos pela antecipação do termo final a que esteja subordinada a propriedade temporária do concessionário” (GOMES, O. Idem, *ibidem*).

²¹⁶ Limitação ao direito de propriedade que visa a proteção de um interesse histórico ou artístico incorporado em determinado bem (PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 236).

²¹⁷ “Trata-se de uma prerrogativa de gozo ou fruição deferida à Administração em face do particular, pela qual pode se aproveitar de utilidades do bem, sendo o particular obrigado a tolerá-lo” (PENTEADO, L. de C. Idem, *ibidem*).

²¹⁸ “Utilização imediata do bem para uma futura desapropriação” (GOMES, O. Obra citada, p. 149).

²¹⁹ Expropriação sem indenização permitida em caso de cultivos ilegais (ex: art. 243 da CF). (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. p. 149).

que é considerada um dos instrumentos de regularização e um dos modos de perda da propriedade, inclusive, em razão do descumprimento da sua função social.

As limitações decorrentes do Código Civil estão enumeradas nos parágrafos do art. 1.228 e nos arts. 1.277 e ss., que tratam do direito de vizinhança. A primeira limitação constante do Código, destacada por PENTEADO²²⁰, seria a função social da propriedade, todavia, quanto a isso a doutrina não é pacífica, tanto que GONDINHO²²¹ defende que ela não representa um ônus para o titular do bem, como as demais limitações, mas incide sobre o conteúdo da propriedade, alterando a própria estrutura do direito.

A vedação dos atos emulativos, seria a segunda limitação expressa no art. 1.228, § 2º, do Código Civil; determina que o proprietário não pode praticar atos sem qualquer utilidade ou comodidade para si com a intenção de prejudicar outrem.

No parágrafo 3º do art. 1.228, há a limitação que acarreta desapropriação, tanto por necessidade, como por utilidade ou interesse público, ou seja, quando há, respectivamente, imprescindibilidade na utilização do bem pela Administração Pública, critério de conveniência ou descumprimento da função social da propriedade²²². Há, ainda, a possibilidade de desapropriação particular (art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil), na qual o particular pode perder o bem, por decisão judicial, para outro particular²²³.

Por fim, no Código Civil encontram-se as limitações decorrentes do direito de vizinhança, que buscam uma coexistência entre os proprietários, caracterizando-se pela bilateralidade e por obrigações recíprocas, afetando apenas o exercício do direito de propriedade²²⁴.

2.2.2 Bens públicos: espécies e características. Limites à propriedade pública

Os bens públicos, móveis ou imóveis, são assim definidos por serem de propriedade das pessoas jurídicas de direito público²²⁵, bem como por estarem afetados à prestação de um serviço público, submetendo-se ao regime jurídico da propriedade

²²⁰ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 247.

²²¹ GONDINHO, André Osório. *Função Social da propriedade*, p. 419-420.

²²² PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 249.

²²³ PENTEADO, L. de C. *Idem*, p. 250.

²²⁴ GOMES, O. Obra citada, p. 145.

²²⁵ Quais sejam: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações de Direito Público.

pública²²⁶. Essa propriedade, ainda que possua prerrogativas em comparação com a propriedade privada, também sofre algumas limitações, graduadas de acordo com o tipo de bem. Assim, convém analisar quais são os tipos existentes de bens públicos e suas características para melhor entender suas limitações.

A classificação tradicional na doutrina quanto aos bens públicos é dada pelo Código Civil, que em seu art. 99, os divide de acordo com a destinação em bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais. Os bens de uso comum são os destinados por natureza ou lei ao uso coletivo²²⁷, tais como ruas e praças; os bens de uso especial são afetados²²⁸ a um serviço público ou estabelecimento público²²⁹; e os bens dominicais são objetos de direito pessoal ou real, podendo ser utilizados para qualquer fim, perante os quais a administração pública exerce poderes semelhantes a qualquer proprietário privado²³⁰.

A nomenclatura utilizada pelo Código Civil é criticada por DI PIETRO, que propõe uma divisão dos bens públicos, de acordo com o regime jurídico aplicável, em bens de domínio público do Estado, que abrangeriam os bens de uso comum e de uso especial, e bens de domínio privado do Estado²³¹. A primeira categoria seria caracterizada pela pertinência à Administração Pública, pela afetação ao uso coletivo ou específico do Estado e pelo regime jurídico de direito público²³². Os bens de domínio privado, no entanto, apresentariam função patrimonial ou financeira, sendo regulados pelo regime jurídico de direito privado. Aqui estariam incluídos apenas os bens dominicais²³³.

Outra classificação existente na legislação brasileira é dada pelo Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, que, em seu artigo 803, dispõe sobre bens patrimoniais individuais disponíveis e bens patrimoniais indisponíveis²³⁴. Os primeiros corresponderiam aos bens dominicais e os segundos

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 876.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 635.

²²⁸ “Afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como desafetação é sua retirado referido destino” (MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 878).

²²⁹ MELLO, C. A. B. de. *Idem*, p. 877.

²³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 528.

²³¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Função social da propriedade pública*, p. 565.

²³² DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*, p. 637-368.

²³³ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 642.

²³⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 636.

seriam os bens de uso especial. Os bens de uso comum são considerados de domínio público²³⁵.

Os bens públicos são caracterizados pela inalienabilidade, pela impenhorabilidade e pela impossibilidade de oneração. Eles são inalienáveis²³⁶, nos termos do art. 100 do Código Civil, enquanto estiverem afetados a determinado fim, ou seja, a inalienabilidade não é absoluta, podendo ocorrer a desafetação com posterior alienação, desde que obedecidas as exigências legais²³⁷. Essa impossibilidade de alienação remete à segunda característica que é a impenhorabilidade dos bens públicos, no sentido de que as execuções perante a Fazenda Pública acontecem sem a penhora²³⁸.

A não oneração representa a impossibilidade de constituição de direito real sobre coisa alheia no que concerne aos bens públicos. Em relação aos bens de domínio público, isso se justifica pela impossibilidade de alienação, já para os bens dominicais, a razão se encontra na impenhorabilidade, uma vez que a garantia real sem execução deixaria de cumprir seu fim²³⁹.

Importante mencionar que a doutrina, de forma equivocada, aponta a imprescritibilidade como característica desse tipo de bem, pelo fato de não se sujeitarem à usucapião²⁴⁰. Há aqui uma confusão, porque, ainda que a prescrição tenha relação com o transcurso do tempo, não tem eficácia extintiva sobre o direito, mas apenas encobre a eficácia quanto à pretensão. Sobre as diferenças entre os dois institutos, assim ensina GOMES:

A prescrição é um modo de extinguir pretensões. A usucapião, um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, conquanto acarrete, por via de consequência, a extinção do direito para o antigo titular. A prescrição opera com base na inércia do sujeito de direito durante certo lapso de tempo. A usucapião supõe a posse continuada. A prescrição extingue as pretensões reais e pessoais, tendo largo campo de aplicação, enquanto a usucapião restringe-se aos direitos reais, dos quais é modo de aquisição. Os direitos pessoais não se adquirem por usucapião. A prescrição é negativa; como ensina

²³⁵ FRANCO, Wanildo José Nobre. *Domínio Público – bens públicos*. Disponível na internet via WWW.URL: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/textoasp?id=938>, acesso em 12.11.2009.

²³⁶ MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 878-879.

²³⁷ Em regra, necessitam de autorização legislativa expressa, deve haver avaliação e licitação, de acordo com os arts. 17 e 19 da Lei nº. 8666/93. Os bens também podem ser doados (MELLO, C. A. B. de. *Idem*, p. 887-888).

²³⁸ MEIRELLES, H. L. *Obra citada*, p. 549.

²³⁹ MEIRELLES, H. L. *Idem*, *ibidem*.

²⁴⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*, p. 641; MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo*, p. 549; MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 879-880.

Lafayette, nasce da inércia, e tem por efeito dissolver a obrigação, paralisando, destarte, o direito correlato; não gera direitos²⁴¹.

Percebe-se que a prescrição está sujeita a uma disciplina que não tem qualquer relação com os modos de aquisição da propriedade, existindo diferenças quanto aos requisitos e quanto aos efeitos, sendo que “*regular a usucapião no capítulo da prescrição como uma de suas formas é desconhecer sua própria natureza*”²⁴².

A impossibilidade de usucapião se fundamenta, portanto, no fato de que a ela somente se aplica à coisa passível de apropriação, o que não é o caso dos bens públicos²⁴³.

2.2.3 A função social dos bens públicos

A propriedade pública, em razão de suas características, já possui aspecto social, por ser de domínio das pessoas jurídicas de direito público, que devem ter atitudes, inclusive na condição de proprietárias, pautadas pelo interesse coletivo.

Poder-se-ia afirmar que esse respeito aos anseios públicos já seria o respeito à função social, entretanto, considerando a grande utilização de bens públicos por empresas concessionárias de serviços públicos e, principalmente, o Estatuto da Cidade, que trouxe a lume a função social da cidade²⁴⁴, não é mais possível restringir a função social da propriedade pública ao mero atendimento genérico dos anseios coletivos, pois essa propriedade também deve cumprir a função social, assim como as demais modalidades de propriedades existentes²⁴⁵.

A função social da propriedade transformou a própria concepção do instituto, alcançando também a propriedade pública. Esse entendimento está colocado em nossa Constituição de forma implícita, definido por meio de diretrizes que devem ser observadas pelo poder público, como a do art. 182 da Constituição em conjunto com o art. 2º do Estatuto da Cidade, que determinam como objetivos da política de desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como a garantia de bem-estar de seus habitantes²⁴⁶. Atender à função social,

²⁴¹ GOMES, O. Obra citada, p. 185-186.

²⁴² GOMES, O. Idem, p. 186.

²⁴³ “Art. 183 (...) § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

²⁴⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Função social da propriedade pública*, p. 561.

²⁴⁵ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Declínio do individualismo e propriedade*, p. 472.

²⁴⁶ DI PIETRO, M. S. Z. *Função social da propriedade pública*, p. 563.

...significa falar em dever para o poder público: dever de disciplinar a utilização dos bens públicos, de fiscalizar essa utilização, de reprimir as infrações, tudo de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável²⁴⁷.

Tendo em conta a classificação dos bens dada pelo Código Civil, pode-se afirmar que nada impede que os bens de domínio público, ou seja, bens de uso comum e os de uso especial tenham a destinação pública ampliada, visto que, como ensina DI PIETRO, com base em Janbregui, esses bens *são* e não *têm* função social²⁴⁸.

No que concerne aos bens públicos de domínio privado ou dominicais, essa obrigatoriedade de respeito à função social se torna mais premente, já que, perante esses bens, a Administração se coloca como qualquer outro proprietário, devendo atender a todos os preceitos constitucionais.

Assim, os bens dominicais não podem ser vistos apenas com função patrimonial ou financeira, e sim com finalidade pública “*seja para aplicação do princípio da função social da propriedade, seja a observância do princípio da função social da cidade*”²⁴⁹. Um modo dessa implementação da função social da propriedade é a correta destinação desses bens, atendendo à função específica da regularização. Sobre o tema, assim entende DI PIETRO:

No que diz respeito aos instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade, não há dúvida de que grande parte deles se aplica aos bens dominicais e, às vezes, mesmo aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial. Não se pode esquecer que esse Estatuto tem fundamento constitucional (...)

Desse modo, se algum bem público, de qualquer ente governamental, estiver situado na área definida pelo plano diretor, ele está sujeito às 'exigências fundamentais de ordenação da cidade', indispensáveis para o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo constitucional.

Dentre os instrumentos indicados no artigo 4º do Estatuto da Cidade, alguns podem incidir sobre bens públicos, como é o caso do zoneamento, da desapropriação, das limitações administrativas, do tombamento, da concessão de direito real de uso, da concessão de uso especial para fins de moradia (este incidindo especificamente sobre bens públicos, com base na Medida Provisória n. 2.220, de 2001), do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, entre outras²⁵⁰. (sem destaque no original)

²⁴⁷ DI PIETRO, M. S. Z. Idem, p. 566.

²⁴⁸ DI PIETRO, M. S. Z. Idem, ibidem.

²⁴⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Idem, p. 571.

²⁵⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Função social da propriedade pública*, p. 571-572.

Diante disso, demonstrado que não apenas a propriedade particular, como também a propriedade pública deve cumprir a função social, cabe analisar o importante instrumento oferecido pelo ordenamento jurídico para a regularização de bens públicos, a concessão de uso especial do solo para fins de moradia, o que será feito no próximo capítulo.

3. QUESTÕES JURÍDICAS DA CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA

3.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Após a compreensão do conceito moderno de propriedade e de suas principais rupturas, bem como da breve análise de alguns pressupostos teóricos, como a noção de políticas públicas de regularização e as limitações impostas tanto à propriedade privada quanto à propriedade pública, analisar-se-á o instituto da concessão de uso especial do solo.

3.1.1 Fundamentação constitucional da concessão de uso especial do solo para fins de moradia

Antes da análise da concessão de uso especial do solo para fins de moradia como importante instrumento de regularização fundiária, importante assentar seus fundamentos constitucionais e sua regulação infraconstitucional.

O fundamento constitucional do instituto ora analisado se encontra no art. 183 da Constituição Federal, no Capítulo de Política Urbana, que após regular a usucapião especial em seu *caput*, determina em seu § 1º que “*O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil*”.

Essa localização constitucional do instituto, apesar de ratificada por diversos doutrinadores pátrios²⁵¹, não é pacífica, tanto que MUKAI defende que fundamentar a concessão de uso nesse dispositivo, seja a de direito real, seja a especial para fins de moradia, é incorreto, porque o § 1º referir-se-ia ao alcance e disposição da usucapião tratada no *caput*, e não a um instituto jurídico diverso. Dessa forma “*concessão de uso*” seria uma consequência do título de domínio²⁵².

Em resposta a esse posicionamento de Toshio Mukai, afirma SAULE JR. que a Constituição Federal na redação do § 1º do art. 183 primeiramente reconheceu que a usucapião especial, regulada no *caput*, não poderia ser implementada em bens

²⁵¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, p. 75; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 156; SAULE, JR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 398; ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública*, p. 163.

²⁵² MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*, p. 395.

públicos, haja vista a clara proibição nesse sentido constante do § 3º²⁵³ e, como forma de “assegurar o cumprimento do princípio da igualdade de conferir à população de baixa renda que vive em nossas favelas o mesmo tratamento quanto à garantia do direito à moradia”²⁵⁴, instituiu a possibilidade de concessão de uso. No mesmo sentido afirma ALFONSIN que:

A Constituição de 1988, seguindo uma tradição brasileira, estabeleceu a impossibilidade dos terrenos públicos serem adquiridos pela via da Usucapião. Em uma interpretação restritiva da Constituição, estar-se-ia diante de uma dificuldade quase intransponível para a regularização fundiária dos assentamentos em área pública, o que colocaria os moradores na posição de terem de resignar-se com a irregularidade. Daí a construção hermenêutica que viu no art. 183, § 1º uma clara autorização para a utilização do instrumento da concessão de uso como um equivalente da usucapião a ser usada nos terrenos públicos²⁵⁵.

A partir dos argumentos dos dois doutrinadores, verifica-se que a concessão de uso especial do solo está consagrada no texto constitucional, apesar de sua essência ainda ser criticada.

Segundo DI PIETRO a redação dada pela Constituição à concessão seria lamentável, uma vez que repete todos os requisitos exigidos para a usucapião. Para suprir isso, dever-se-ia ter claro que há diferença entre título de domínio e concessão de uso, no sentido de que, para imóveis privados, haveria a outorga de título de domínio e para imóveis públicos, concessão de uso²⁵⁶.

Para a autora, o constituinte teria errado ao determinar preceito idêntico à usucapião, de modo que a concessão deveria ocorrer de forma semelhante ao que ocorre nos imóveis rurais, nos quais o título de domínio ou outorga de concessão se dão em imóveis desapropriados por descumprimento da função social da propriedade rural. A concessão em imóveis urbanos aconteceria em imóveis desapropriados por descumprimento da função social urbana²⁵⁷.

Frise-se que a partir desse posicionamento não haveria instrumento hábil para obrigar a Administração Pública a cumprir a função social da propriedade, em

²⁵³ “Art. 183 (...) § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

²⁵⁴ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 399.

²⁵⁵ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 163.

²⁵⁶ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 157.

²⁵⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 158.

especial frente aos bens dominicais, perante os quais ela se equipara a qualquer outro proprietário.

MUKAI, porém, apresenta outro ponto que caracterizaria a concessão de uso de bens públicos como inconstitucional. Segundo ele, a Medida Provisória nº. 2.220/2001, tratada adiante, manteve a inconstitucionalidade do instituto da concessão especial para fins de moradia descrito no Estatuto da Cidade, porque “*não [caberia] à lei ordinária federal obrigar estados e Municípios a concederem o direito de uso de seus bens públicos*”²⁵⁸, visto que seria de competência privativa da União apenas a edição de normas gerais sobre a matéria, não havendo autorização constitucional para que o legislador federal determine aos Estados e Municípios a concessão de seus bens, que são públicos, ferindo a autonomia dos entes federativos.

Sobre essa crítica, SAULE JR. aduz que os entes federativos devem, antes de tudo, respeitar as normas constitucionais e, considerando que a Constituição regulou previamente o instituto da concessão, a União atendeu à competência de regular as matérias constitucionais, como as referentes à política urbana, permitindo o grau máximo de efetividade²⁵⁹. Não haveria, portanto, a criação de uma nova modalidade de uso ou de um inédito instituto jurídico. OLIVEIRA, indo ao encontro dessa opinião, afirma que:

...o direito já existia no art. 183 em sua completude. O dispositivo é daquelas normas que independem de regulamentação legal. Diz-se de eficácia plena. Logo, o direito não nasce da medida provisória, mas deflui diretamente da Constituição da República, independentemente de edição normativa integrativa. Em sendo assim, o texto normativo limitou-se a fazer eclodir, educativamente, o direito. Até então, não se pensava e não consta qualquer requerimento ao Poder Público para que reconhecesse e expedisse algum ato de concessão. A partir daí, os interessados acorreram às administrações públicas, postulando seu direito. Vê-se, pois, que não nasceu o direito com o advento da medida provisória. O direito já existia. Simplesmente, o texto liberou seu exercício ou fez nascer a consciência da cidadania²⁶⁰.

SAULE JR. sustenta que, caso a União tivesse reconhecido o direito à concessão para fins de moradia apenas para moradores ocupantes de áreas públicas federais, é que deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade “*por cercear e impedir o*

²⁵⁸ MUKAI, T. Obra citada, p. 395.

²⁵⁹ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 405.

²⁶⁰ OLIVEIRA, R. F. de. Obra citada, p. 76.

*exercício do direito à moradia das demais populações de favelas situadas em áreas públicas estaduais e municipais*²⁶¹.

A partir do exposto, verifica-se que o instituto da concessão especial para fins de moradia não representa lesão aos preceitos constitucionais, e sim a efetivação desses preceitos, sobretudo no que diz respeito à política urbana e à efetivação do direito social à moradia²⁶².

Demonstrada, portanto, a constitucionalidade da concessão de uso para os bens públicos, cumpre analisar um instituto ‘prévio’ à concessão especial de uso do solo para fins de moradia, qual seja, a concessão de direito real de uso, anterior à Constituição de 1988 e à legislação infraconstitucional que estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana (o Estatuto da Cidade e a Medida Provisória nº. 2.220/2001).

3.1.2 Concessão de direito real uso (Decreto nº. 271/1967)

O direito de propriedade, nos termos do art. 1228 do Código Civil, é composto pelas faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como do direito reavê-la de quem quer que injustamente a detenha. A faculdade de usar permite ao proprietário utilizar as vantagens da coisa para a satisfação de suas necessidades pessoais; a de gozar consiste na possibilidade de o proprietário “*impulsionar a atividade de percepção de frutos com a correlata aquisição do domínio sobre os mesmos*”²⁶³.

A faculdade de dispor caracteriza-se como um poder formativo, que permite uma modificação de titularidade, seja com a transferência da propriedade seja pela modificação no conteúdo do direito, ou seja, o titular do direito de propriedade pode dispor de todas as faculdades garantidas pela lei ou apenas de algumas²⁶⁴. Neste segundo sentido é que deve ser entendido o instituto da concessão de direito real de uso, criada pelo Decreto-Lei nº. 271/1967.

O art. 7º do Decreto-Lei referenciado instituiu *a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da*

²⁶¹ Para o autor, nesse caso, haveria violação do direito à moradia, mas também ao princípio da função social da propriedade (SAULE, JR, N. Obra citada, p. 405).

²⁶² SAULE, JR, N. Idem, p. 409.

²⁶³ PENTEADO, L. de C. Obra citada, p. 152-155.

²⁶⁴ PENTEADO, L. de C. Idem, p. 157.

*terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas*²⁶⁵. Sobre o surgimento desse instituto jurídico assim se pronunciou WEIGAND:

A concessão de direito real de uso foi festejada como uma possibilidade única de dar uso social a terrenos públicos, sem dilapidar o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público a que os imóveis pertencem, evitando ainda o desvirtuamento das finalidades para as quais imóveis são destinados²⁶⁶.

A concessão de direito real de uso é uma forma de transferência do domínio útil da propriedade resolúvel, visto que eventual descumprimento dos termos acordados entre as partes pode resultar na resolução do contrato ou, como afirma DI PIETRO, é uma das modalidades de “*outorga de uso privativo de bem público ao particular*”²⁶⁷.

A efetivação desse instituto está condicionada à autorização legislativa, à avaliação prévia e à licitação, na modalidade de concorrência, nos termos do art. 17, I, da Lei nº. 8666/1993. Mas por que ela pode ser considerada uma ‘prévia’ da concessão especial de uso do solo para fins de moradia? Isso merece explicação.

Esse instituto jurídico, anterior à Constituição de 1988, condicionado à avaliação e à concorrência pública, recebe outros contornos quando a sua finalidade é a implementação de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, nos termos do art. 17, I, ‘f’, da Lei de Licitações, com redação dada pela Lei Federal nº. 8.883/94. Quando para implementação de preceitos constitucionais, como a efetivação do direito à moradia e a regularização das áreas urbanas, ela ganha uma facilidade de implementação, dependendo apenas da vontade política para sua efetivação.

Outros elementos que aproximam a concessão de direito real de uso do direito reconhecido pela Medida Provisória nº. 2.220/2001, é a obrigatoriedade do registro na matrícula do imóvel, nos termos do art. 167, I, 40, da Lei nº. 6015/1973, e o fato de que, em caso de programas e projetos habitacionais, o instituto do Decreto nº. 271/1967 pode ser contratado coletivamente. Por exemplo, pode ser outorgada para uma

²⁶⁵ Art. 7º do Decreto-Lei nº. 271/1967, com redação dada pela Lei nº. 11.481, de 2007.

²⁶⁶ WEIGAND, Vera Maria. *Concessão de direito real de uso e as novas disposições de registro imobiliário*, p. 173.

²⁶⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 162.

associação comunitária ou uma cooperativa habitacional, de forma onerosa ou gratuita²⁶⁸.

Como afirma ALFONSIN, os dois institutos estão previstos no Estatuto da Cidade e, embora o primeiro possa ser utilizado para diversas utilidades urbanísticas e o segundo apenas para fins de moradia, eles têm o mesmo objetivo²⁶⁹.

OSÓRIO, analisando esse instituto, destaca a legislação de Porto Alegre, que colocou a concessão de direito real de uso em sua Lei Orgânica, entre os instrumentos de regularização, como forma de assegurar a função social da propriedade²⁷⁰. SAULE JR., comentando esse dever de regularização por meio do ente municipal, afirma que:

O Município pode aplicar a concessão de direito real de uso para transferir as unidades habitacionais de um conjunto habitacional implantado pelo Poder Público às pessoas de baixa renda beneficiárias do atendimento habitacional, ou para regularizar a situação jurídica da população de baixa renda, que esteja ocupando uma área pública municipal. Nos dois casos, é necessária uma autorização por lei municipal para transferir as unidades. Caso estas áreas não tenham sido declaradas como ZEIS, no Plano Diretor, é recomendável que a lei municipal autorizativa da CDRU também defina a área, objeto a lei, como Zona de Especial Interesse Social²⁷¹.

Por fim, ressalte-se que apesar da aproximação em alguns pontos, a concessão de direito real de uso tem uma natureza jurídica diversa da concessão de uso especial para fins de moradia, tanto que ela não representa um direito do possuidor de uma terra pública, ficando sua implementação na dependência da discricionariedade do Poder Público.

3.1.3 Estatuto da Cidade e Medida Provisória nº. 2.220/2001

O capítulo da política urbana da Constituição Federal, em linhas gerais, está consubstanciado nos artigos 182 e 183. O primeiro artigo define que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das

²⁶⁸ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 189.

²⁶⁹ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 161.

²⁷⁰ OSÓRIO, Leticia Marques. *Concessão de direito real de uso. O avanço da legislação de Porto Alegre*, p. 194. A autora cita ainda as Leis Orgânicas de Vitória, Belém, Fortaleza, Recife e Rio de Janeiro, que também determinam que os bens públicos, ocupados ou vazios, devem ter como destinação prioritária, a manutenção ou assentamento da população de baixa renda (OSÓRIO, L. M. Obra citada, p. 193).

²⁷¹ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 425.

funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, e o segundo instituiu a usucapião especial para moradias, bem como a concessão de uso.

Estes dois artigos considerados de extrema importância, embora localizados em nossa Lei Maior, requisitaram uma regulamentação infraconstitucional para a consecução de suas finalidades, como determina o próprio *caput* do art. 182. Diante disso, o então senador Pompeu de Souza, elaborou e propôs o Projeto de Lei nº. 181, de 1989, que teve um trâmite rápido, sendo aprovado no ano seguinte, representando a primeira formatação do Estatuto da Cidade²⁷².

Remetido à Câmara Federal, o projeto ficou paralisado até o ano de 1999, quando o deputado Inácio Arruda, foi designado relator para a Câmara. Tendo a colaboração do deputado Ronaldo César Coelho, Inácio Arruda sistematizou as emendas, consultando movimentos e entidades ligadas aos problemas urbanos, do que resultou um projeto substitutivo (que recebeu o nº. 5.788), aprovado em novembro de 2000 pela Câmara. Retornando ao Senado, em razão da modificação do projeto original, tramitou de modo rápido, com relatoria do senador Mauro Miranda, sendo definitivamente aprovado pela Câmara em junho de 2001²⁷³.

A Lei nº. 10.257/2001, não se limitou a estabelecer regras para implementação dos artigos 182 e 183 da Constituição, mas também inovou ao estabelecer “*obrigações e proibições a particulares e a agentes públicos [criando] institutos jurídicos [prevedendo] sanções para os que violarem as regras que prescreve*”. Nesse sentido, afirma SUNDFELD que:

... o Estatuto da Cidade, [teve] com a pretensão de pôr fim à prolongada adolescência em que ainda vive o direito urbanístico brasileiro. Coube à nova lei enfrentar o desafio de *consolidá-lo* (fixando conceitos e regulamentando instrumentos), de lhe conferir *articulação*, tanto interna (estabelecendo os vínculos entre os diversos instrumentos urbanísticos) como externa (fazendo a conexão de suas disposições com as de outros sistemas normativos, como as do direito imobiliário e registral), e, desse modo, viabilizar sua *operação sistemática*²⁷⁴.

Apenas a título de informação, cite-se que a Lei enumera entre os instrumentos de política urbana o parcelamento, edificação e utilização compulsórios (arts. 5º e 6º); o IPTU progressivo no tempo (art. 7º); a desapropriação (art. 8º); a

²⁷² MOREIRA, Mariana. *A história do Estatuto da Cidade*, p. 37-42.

²⁷³ MOREIRA, M. *Idem*, *ibidem*.

²⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais*, p. 52.

usucapião especial de imóvel urbano (arts. 9º a 14); o direito de superfície (arts. 21 a 24); o direito de perempção (arts. 25 a 27); a outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 a 31); as operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34); a transferência do direito de construir (art. 35); e o estudo de impacto de vizinhança (arts. 36 a 38).

Dentre os instrumentos de política urbana consagrados no Estatuto da Cidade estava a concessão de uso especial para fins de moradia, nos arts. 15 a 20. A lógica do instituto era a seguinte:

Tendo em vista que a Usucapião Urbana serve para garantir uma destinação social para os imóveis urbanos privados, visando atender à função social da propriedade, a concessão de uso deve ser utilizada para atingir esse objetivo com relação aos imóveis públicos urbanos²⁷⁵.

Ocorre, entretanto, que, apesar de reconhecer a importância do instituto²⁷⁶, o Presidente da República à época ao sancionar a lei, vetou os referidos artigos. Em suma as razões de veto foram as seguintes: o termo “edificação urbana” poderia gerar demandas injustificadas; a inexistência de ressalva quanto aos bens de uso comum, áreas urbanas de interesse de defesa nacional, de preservação ambiental ou destinada a obras públicas; a inexistência de uma data-limite para aquisição da concessão especial do uso do solo para fins de moradia; e a inexistência de prazo para análise da administração pública²⁷⁷.

O veto, contudo, foi acompanhado de um compromisso do Poder Executivo de submeter ao Congresso Nacional texto normativo a fim de preencher a lacuna deixada no Estatuto da Cidade. Dessa forma é que, em 04 de setembro de 2001, foi editada a Medida Provisória nº. 2.220, muito semelhante aos artigos vetados.

No novo texto normativo, as razões apontadas para o veto foram alteradas e assim foi regulada a concessão de uso especial para fins de moradia que pode se dar em imóveis públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, permitindo também o uso para fins comerciais (autorização de uso)²⁷⁸.

²⁷⁵ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 176.

²⁷⁶ “O instituto jurídico da concessão de uso especial para fins de moradia em áreas públicas é um importante instrumento para propiciar segurança da posse – fundamento do direito à moradia – a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares” (Razões de veto dos arts. 15 a 20 da Lei nº. 10.257/2001).

²⁷⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 154.

²⁷⁸ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 155.

Sobre o instrumento normativo utilizado para a regulação do instituto, alguns apontamentos se fazem necessários. A medida provisória, nos termos do art. 62 da Constituição, deve ser utilizada apenas em casos de relevância e urgência, tendo uma curta vigência em caso de não conversão em lei. Tal informação poderia levar a crer que a Medida Provisória nº. 2.220/2001 não estaria mais vigente, porém não é isso que ocorre, uma vez que as disposições ali contidas adquiriram estabilidade, em razão do que estabelece o art. 2º da Emenda Constitucional nº. 32/2001:

Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Desse modo, pode-se afirmar que a Medida Provisória nº. 2.220/2001 é plenamente vigente apesar da precariedade característica desse instrumento normativo.

Em relação aos bens públicos, alguns apontamentos são necessários. Os bens por excelência, objeto de concessão de uso especial, são os bens chamados de dominicais, perante os quais a Administração se coloca como qualquer outro proprietário, como já analisado.

Porém, SAULE JR. defende que as novas regras trazidas pelo Estatuto da Cidade, criam uma hipótese de desafetação, ou seja, a incidência do direito teria o poder de desafetar a área e a própria destinação para fins de moradia traria uma nova afetação ao bem público. Segundo ele, sustentar tese contrária seria negar a concessão como direito subjetivo e retroceder a noção de faculdade do Poder Público²⁷⁹, até mesmo porque não há qualquer exigência nesse sentido na Medida Provisória nº. 2.220/2001.

Como forma de demonstrar a importância desse entendimento ALFONSIN lembra que historicamente muitas ocupações ocorreram em áreas públicas com alguma destinação, visto que a lei que regulava o parcelamento do solo urbano brasileiro obrigava projetos de loteamentos urbanos a reservarem um percentual de 35% para doação ao Poder Público. Muitas dessas áreas não foram utilizadas para as finalidades previstas, sendo posteriormente ocupadas²⁸⁰.

²⁷⁹ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 308-498.

²⁸⁰ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 168.

Diante disso, apesar das normas gerais do regime de bens públicos, devem prevalecer as normas constitucionais²⁸¹, utilizando-se o critério da função social da propriedade no caso concreto²⁸².

3.2 A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL DO SOLO PARA FINS DE MORADIA COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Após a exposição sobre a fundamentação legal, cumpre, analisar o que é a concessão de uso especial para fins de moradia, o procedimento para a aquisição desse direito, bem como a sua utilização como instrumento de política pública de regularização.

3.2.1 A concessão de uso especial para fins de moradia

Nos termos do art. 1º da Medida Provisória nº. 2.220/2001, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia é devido àquele que, *“até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família (...) desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”*.

Esse direito, como já explicitado, não foi algo criado, mas apenas regulado pelo Estatuto da Cidade e pela Medida Provisória nº. 2.220/2001, já existia na Constituição Federal, como de natureza real²⁸³, oponível a terceiros e a própria Administração Pública²⁸⁴.

Há quem ainda discuta se a concessão seria um direito subjetivo do possuidor. DI PIETRO defende que não sob o argumento de que o § 1º do art. 183, ao falar em título de domínio e concessão de uso, deixaria a opção para o legislador, caracterizando-se como um poder discricionário do poder público²⁸⁵. Opinião diversa tem MEIRELLES que afirma não se tratar de uma faculdade, *“mas sim de um direito do*

²⁸¹ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 185.

²⁸² ALFONSIN, B. de M. *Obra citada*, p. 170.

²⁸³ ALFONSIN, B. de M. *Idem*, p. 163.

²⁸⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 166.

²⁸⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 158-161.

*possuidor, desde que provadas as condições previstas em lei*²⁸⁶. Sobre o tema, SAULE JR., afirma que a concessão de uso constitucional,

...é um direito subjetivo da população de baixa renda moradora em favelas situadas em áreas urbanas públicas (...) Como um direito subjetivo (...) pode ser reivindicado perante o Poder Público e perante o Poder Judiciário. Uma característica específica da concessão de uso especial que se diferencia das demais modalidades de concessão de uso é da justiciabilidade do direito à moradia, como componente deste instituto constitucional. Sendo a concessão de uso especial para fins de moradia um direito subjetivo, deve ser assegurada por todos os entes federados sem distinção²⁸⁷.

A aquisição desse direito subjetivo é condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, semelhantes aos da usucapião especial, abaixo enumerados. Primeiramente, conforme exposto nas razões de veto, no projeto original do Estatuto da Cidade não havia uma data limite para o exercício do direito de concessão, “erro” corrigido na edição da Medida Provisória. A data estipulada como limite para o aferimento das condições para o direito à concessão foi a de 30 de junho de 2001, sendo que para ocupações posteriores a essa data, caberia às administrações municipais, estabelecerem a concessão com outros prazos²⁸⁸.

Sobre essa data limite, cumpre ressaltar que não houve qualquer critério para sua eleição, representando simplesmente uma escolha política do governo à época. Poder-se-ia argumentar que a data limite foi fixada com o objetivo de impedir que novas ocupações ocorressem. Porém tal argumento não é válido e nem justo, uma vez que para a caracterização da concessão de uso do solo para fins de moradia como um direito subjetivo do possuidor é preciso que haja uma posse de no mínimo cinco anos. Considerando toda a teorização sobre função social da propriedade não é possível se sustentar hoje que a Administração Pública possa ter uma área 'abandonada' por tão longo período. Tutelar um descaso como esse com um bem público não é defensável segundo o ordenamento brasileiro.

Para os bens federais a União Federal avançou muito ao editar a Lei nº. 11481/2007, que deu nova redação a Lei nº. 9636/1998, autorizando a execução de ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive

²⁸⁶ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 538.

²⁸⁷ SAULE, JR., N. Obra citada, p. 529.

²⁸⁸ OLIVEIRA, R. F. de. Obra citada, p. 77.

de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem, sendo dispensada a licitação nos casos em que o bem for utilizado para fins de moradia e cumpridos os demais requisitos da Medida Provisória nº. 2.220/2001, não havendo qualquer data limite.

O segundo requisito explicitado na Medida Provisória é o tempo de posse do bem público de cinco anos. A contagem do tempo é individual, podendo, nos termos do § 3º do art. 1º, ser aproveitada apenas ao herdeiro legítimo, desde que residente no imóvel quando da abertura da sucessão²⁸⁹.

O terceiro requisito é a metragem da área objeto de concessão, que não pode ultrapassar 250m². Essa determinação tenta evitar que uma única pessoa usufrua de uma grande área, sobretudo a partir de uma concessão pública. Remarque-se que, ainda assim, a área estabelecida politicamente é grande frente às necessidades apresentadas pela população, tanto que conjuntos habitacionais que visam garantir moradia têm uma metragem inferior. Porém, não existir a limitação da área para concessão individual seria ir de encontro ao próprio objetivo do instituto, que é o de garantir moradia regular ao maior número de pessoas possível, não sendo possível tutelar a posse de uma grande área.

Sobre a área, ressalte-se, ainda, que ela deve estar localizada na zona urbana, visto que para a regularização de áreas rurais, existem outros instrumentos jurídicos, como a desapropriação para reforma agrária.

A destinação da concessão à moradia é clara, representando um requisito para o direito, ou seja, a área objeto da concessão de uso especial deve ser utilizada para fins de moradia. Nesse sentido, apenas para essas situações a Administração estaria obrigada a atuar por meio desse instituto jurídico. Essa destinação é tão considerada, que a Medida Provisória determinou em seu 8º, que o direito é extinto, caso o concessionário dê destinação diversa ao bem.

Sobre essa destinação à moradia, uma observação deve ser feita. Como já aduzido, os bens dominicais são considerados os bens públicos objeto de concessão por excelência, uma vez que perante eles a Administração Pública atua como qualquer proprietário. Ocorre que, após a concessão, considerando que há uma afetação à

²⁸⁹ Esse requisito é relativizado para a concessão coletiva.

moradia do bem público²⁹⁰, é possível sustentar que o bem deixa de ser dominical, passando a ser classificado como um bem de uso especial, tendo em vista sua especial destinação.

Por fim, o último requisito para a concessão individual é que o beneficiário não seja proprietário ou concessionário, a qualquer outro título, de imóvel urbano ou rural. Neste ponto, cumpre lembrar uma observação trazida por ALFONSIN, no sentido de que embora não haja o termo “baixa renda” como critério para a concessão individual, ela só pode ser outorgada para famílias nessas condições, já que o objetivo do instrumento é “*subsidiar estas famílias (...) incapazes de obter moradia pelo mercado*”²⁹¹.

A partir dessa importante observação, é clara a compreensão de que uma família que possua uma outra propriedade ou concessão não pode se enquadrar nesse critério hermenêutico de que o beneficiário deve ser de baixa renda. Essa disposição busca ainda evitar que uma mesma pessoa se aproveite desse direito, em detrimento de um cidadão realmente merecedor.

Buscando ainda dar maior efetividade a essa disposição, a Medida Provisória, em seu artigo 1º, § 2º, “*o direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez*”.

O direito à concessão, desde que cumpridos os requisitos explicitados será conferido de forma gratuita, ao homem ou à mulher ou a ambos (art. 1º, § 1º). Essa disposição, como ensina SAULE JR.,

...visa contemplar a questão de gênero, de modo que as mulheres pobres chefes de família tenham direito de moradia assegurado, independentemente de seu estado civil (...) Esta medida confere um tratamento isonômico, para que as mulheres tenham o seu direito, e de sua família, respeitado²⁹².

Outras características do instituto apontadas por DI PIETRO é de que a concessão individual de uso especial para fins de moradia constitui-se com o registro no Registro de Imóveis, nos termos do item 40, incluído pela Medida Provisória, ao inciso I, do art. 167, da Lei nº. 6015/1973; que adere a coisa e é transmissível *inter vivos* ou *causa mortis*; que é resolúvel, no sentido de que a Administração pode extingui-lo

²⁹⁰ SAULE JR. N. Obra citada, p. 308.

²⁹¹ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 165.

²⁹² SAULE, JR., N. Obra citada, p. 408.

quando ocorrerem as duas hipóteses previstas na Medida Provisória; e que sua tutela é feita por meio de ações judiciais, inclusive possessória²⁹³.

Em relação à transmissão *inter vivos*, afirma a autora que, na ausência de especificação legal sobre o tipo de alienação, seria possível a venda, a doação, a permuta, desde que a finalidade de moradia seja mantida²⁹⁴, ainda que não haja na Medida Provisória a determinação de uma forma adequada para a aferição da manutenção da destinação para fins de moradia. Frise-se que nos casos de transferência, nada impede que o possuidor fixe um valor para a transferência²⁹⁵. A transferência *causa mortis*, como já mencionado, envolve o herdeiro legítimo residente no imóvel na data da abertura da sucessão.

A extinção do direito está prevista no art. 8º, da Medida Provisória nº. 2.220/2001, nos casos em que o concessionário der ao imóvel destinação diversa da moradia ou adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Esses são os principais aspectos da concessão individual de uso especial para fins de moradia.

3.2.2 A concessão de uso especial para fins de moradia coletiva

À semelhança do instituto da usucapião, que teve a sua versão coletiva albergada pelo Estatuto da Cidade, a concessão de uso especial para fins de moradia também ganhou uma forma coletiva no art. 2º da Medida Provisória que regulou a matéria. Segundo ALFONSIN, ela (a concessão coletiva) representa um grande avanço, sobretudo, considerando que muitas cidades se utilizam da concessão para regularização, bem como a dificuldade no registro dessas áreas pela ausência de previsão legal e rigidez dos Cartórios e Registros de Imóveis²⁹⁶.

A legitimação para o pedido de concessão de uso especial coletiva é de um grupo de possuidores ou da associação de moradores²⁹⁷. Os requisitos são semelhantes à individual, acrescidos de duas observações. A primeira é que a população beneficiada deve ser de baixa renda, e a segunda é a impossibilidade de identificação dos terrenos ocupados pelos possuidores.

²⁹³ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 166.

²⁹⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 167.

²⁹⁵ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 183.

²⁹⁶ ALFONSIN, B. de M. *Obra citada*, p. 165.

²⁹⁷ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 181.

A aferição sobre a condição de baixa renda é importantíssima, pois em áreas públicas ocupadas por população de renda média ou alta, não se pode defender um direito subjetivo do possuidor, pois estar-se-ia desvirtuado o objetivo precípuo do instituto que é a de garantir à moradia regular para quem não possua condições de tê-la²⁹⁸. Para DI PIETRO a lei deveria trazer uma definição do que seria ‘população de baixa renda’, para evitar oportunismos²⁹⁹.

A não exigência de identificação dos terrenos ocupados visa claramente facilitar a regularização em favelas, onde as ocupações em geral ocorrem sem qualquer planejamento. Ressalte-se, contudo, que isso não é absoluto, sendo a concessão coletiva aplicável em áreas onde a identificação é possível. Interpretar essa disposição de forma diversa seria retirar a eficácia do dispositivo³⁰⁰.

Uma diferença que deve ser lembrada para a concessão coletiva em relação à individual é de que o possuidor, para o cômputo do tempo de posse, pode acrescentar a posse de seu antecessor, desde que ambas sejam contínuas (art. 2º, § 1º, da Medida Provisória nº. 2.220/2001). Essa disposição é de fundamental importância para o reconhecimento do direito da pessoa que estiver de posse do imóvel no momento do pedido, pois em áreas como favelas há uma rotatividade muito elevada de moradores³⁰¹.

DI PIETRO, ao comentar essa diferença, afirma que é pouco provável a existência de elementos seguros comprobatórios da posse por 5 anos, acreditando que o instituto é de impossível aplicação. Sustenta que a Medida Provisória deveria apenas sinalizar a possibilidade de concessão coletiva, mas sem que isso representasse uma imposição aos entes públicos proprietários dos imóveis³⁰².

Essa tese não pode ser acatada, visto que o reconhecimento dessa possibilidade poderia inviabilizar a tutela coletiva, pois em razão da mudança de um dos moradores, toda a comunidade poderia ser prejudicada. Além disso, se a concessão representasse mera indicação e não uma imposição, o instituto correria o risco de se tornar letra morta, sem qualquer efetividade.

²⁹⁸ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 409.

²⁹⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 166-167.

³⁰⁰ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 165-166.

³⁰¹ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 410.

³⁰² DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p.166-167.

Por fim, nos termos art. 2º, § 2º da Medida Provisória ora analisada, na concessão será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes que estabeleça frações ideais diferenciadas. A concessão coletiva funcionará como um condomínio, com co-usuários possuidores de frações ideais³⁰³, ou de frações diferenciadas, acordadas por escrito entre as partes³⁰⁴ (que de acordo com o § 3º não pode ser superior a 250m²), sendo que “*os efeitos jurídicos da posse, que é mantida por uma pessoa, têm a mesma validade para a posse que é mantida de forma coletiva*”³⁰⁵.

Sobre as regras que devem reger esse condomínio especial, SAULE JR. lembra que nas disposições originais sobre a concessão de uso especial, vetadas quando da edição do Estatuto da Cidade, havia em relação à sentença judicial que reconhece a concessão coletiva a previsão de que seriam aplicadas, no que dizia respeito à constituição de um condomínio especial por meio de sentença judicial, as regras da sentença da usucapião urbano coletivo³⁰⁶. Desse modo, entende o autor que:

Em razão da finalidade da concessão especial ser a mesma do usucapião urbano coletivo, de modo a legalizar uma área urbana consolidada para uso de moradia e população de baixa renda, por analogia, poderão ser aplicadas as regras do artigo 10 do Estatuto da Cidade, que dispõem sobre a constituição de um condomínio especial, por meio de sentença judicial³⁰⁷.

Essas são os principais requisitos e características da concessão de uso especial do solo para fins de moradia coletiva. Resta agora a análise do procedimento a ser adotado para o reconhecimento, administrativo ou judicial, desse direito subjetivo.

³⁰³ Para aferição dessa fração ideal SAULE JR. defende “*A adoção de um memorial descritivo semelhante ao exigido para o parcelamento do solo na abertura de loteamentos, onde, por meio de uma planta ou croqui seja desenhada a situação de fato, com a medição real dos espaços ocupados individualmente e das áreas comuns, é condição básica para possibilitar a atribuição da fração ideal do terreno para cada um dos possuidores diante de uma posse coletiva. A planta ou o croqui pode ser substituído por fotos de satélite, que retratam com maior precisão e nitidez a real divisão dos lotes e casa, enfim, do parcelamento, uso e ocupação da área pública*” (SAULE, JR, N. Obra citada, p. 409).

³⁰⁴ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 166.

³⁰⁵ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 409.

³⁰⁶ “*Art. 10. (...) § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes*”.

³⁰⁷ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 411.

3.2.3 Obtenção do título de concessão de uso especial

O pedido de outorga da concessão especial para fins de moradia, seja individual ou coletiva, deve ser apresentado perante a Administração Pública proprietária do bem público ocupado, nos termos do art. 6º da Medida Provisória nº. 2.220/2001.

O pedido deve ser instruído com os documentos que comprovem o preenchimento de todos os requisitos legais acima descritos, sendo que para requerimentos que envolvam bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruí-lo com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família (art. 6º, § 2º). Para o cumprimento dessa disposição cabe ao Município manter um controle sobre os imóveis públicos localizados na cidade:

Para organização desse cadastro, é importante celebrar um convênio com o Poder Judiciário, através da Corregedoria de Registros Públicos. Este Convênio deve ter por objetivo disponibilização das informações dos cartórios de registro de imóveis para organização do cadastro³⁰⁸.

A decisão da Administração Pública em relação aos pedidos que demonstrem o preenchimento de todos os requisitos legais é vinculada³⁰⁹ e não discricionária³¹⁰. Lembre-se que atos vinculados são aqueles nos quais se retira a liberdade do administrador que, verificando a ocorrência dos pressupostos legais, fica adstrito à prática do ato³¹¹. No caso da concessão especial de uso para fins de moradia a Medida Provisória nº. 2.220/2001 estabeleceu todos os requisitos e condições para a realização do ato, havendo possibilidade de amplo controle do Judiciário sobre o cumprimento das determinações legais³¹².

Sobre o procedimento a ser adotado, é facultado a Administração editar decretos regulando o procedimento, os documentos necessários, o órgão competente, o

³⁰⁸ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 414.

³⁰⁹ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 181.

³¹⁰ “Atos ‘discricionários’ (...) seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 412).

³¹¹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 170. Salienta o administrativista que não existem atos vinculados puros, mas uma predominância das especificações legais.

³¹² MEIRELLES, H. L. *Idem*, *ibidem*.

prazo para a análise, os recursos cabíveis, etc³¹³. Independentemente, contudo, do procedimento adotado o prazo para análise, definida na Medida Provisória, é de 12 meses, sendo necessário o respeito a esse prazo para o ajuizamento da ação, mas não o exaurimento da via administrativa³¹⁴.

Apresentado o pedido administrativo, três possibilidades podem se configurar. A primeira é no caso da Administração deferir o pedido e outorgar a concessão. Nesta situação, após firmado o Termo Administrativo, ele deve ser levado ao Registro Público de Imóveis, nos termos do art. 167, I, 37, da Lei nº. 6015/1973.

Caso a administração recuse o pedido ou se omita após transcorridos os doze meses de análise, o interessado poderá ajuizar ação judicial para o reconhecimento do direito subjetivo à concessão. Essa possibilidade tem feito com que alguns juristas falem em usucapião do imóvel público de forma incorreta, visto que não há uma obtenção de domínio, mas apenas a concessão do direito de uso para fins de moradia³¹⁵.

Nos dois últimos casos, a sentença declaratória de concessão de uso especial para fins de moradia também deve ser levada a registro na matrícula do imóvel (art. 167, I, 37, da Lei nº. 6015/1973).

3.2.4 Casos especiais de outorga da concessão

A Medida Provisória nº. 2.220/2001 prevê algumas hipóteses especiais. No art. 3º abre-se a possibilidade que ocupantes, regularmente inscritos, de imóveis públicos, com até duzentos e cinquenta metros quadrados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que estejam situados em área urbana, obterem a concessão de uso especial individual ou coletiva. Sobre este caso, SAULE JR. destaca o fato de por vezes o ocupante do imóvel não corresponde ao cadastro. Nestes casos,

...a posse deve prevalecer sobre a formalidade da inscrição (...) A administração pública deve conferir a concessão de uso especial para o atual ocupante, desde que este comprove que tem a posse do imóvel por cinco anos, utilizando-a para sua moradia³¹⁶.

Outra hipótese especial está descrita no artigo 4º, que determina que no caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá

³¹³ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 181.

³¹⁴ OLIVEIRA, R. F. de. Obra citada, p. 79.

³¹⁵ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 182.

³¹⁶ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 412.

ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1^o (concessão de uso individual) e 2^o (concessão de uso coletiva) em outro local. Aqui há uma obrigação de a Administração garantir outro local para o exercício do direito³¹⁷, levando em conta o interesse dos moradores e, em razão dos princípios que inspiraram o Estatuto da cidade, “a desocupação [dessas] áreas só é possível quando houver local apropriado para reassentamento das famílias”³¹⁸.

A obrigação para a Administração Pública inexistente, contudo, nos casos previstos no art. 5^o, quais sejam: área ocupada de uso comum do povo; anteriormente destinada a projeto de urbanização; de interesse da defesa nacional, ou de preservação ambiental e de proteção dos ecossistemas naturais; ou quando reservada à construção de represas e obras congêneres ou situada em via de comunicação. Nestes casos a Medida Provisória facultou ao Poder Público a concessão de uso em outro local:

Se o terreno tem condições de habitabilidade e tem função imemorial de moradia de baixa renda, não parece haver dúvida de que a concessão deverá se dar no próprio local. Por outro lado, se a ocupação é recente e a vocação da área para uso coletivo ainda estiver preservada, o bom senso deverá indicar a realocação das famílias³¹⁹.

Porém, como bem ressalta ALFONSIN, o que vai determinar a transferência ou não para outro local, é uma correlação de forças dos vários atores sociais³²⁰.

3.2.5 Autorização de uso comercial para imóveis públicos

Encerrando o Capítulo que trata da concessão uso especial, a Medida Provisória, estabeleceu a possibilidade de que a Administração autorize o uso comercial de áreas públicas, contribuindo com muitos pequenos negócios localizados em diversas ocupações³²¹. Para a efetivação dessa autorização devem ser obedecidos o lapso temporal de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, bem como a metragem máxima de 250m².

Em razão da disciplina da matéria estar incompleta, com base no conceito doutrinário do instituto da autorização, é possível extrair as seguintes características da

³¹⁷ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 167.

³¹⁸ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 185.

³¹⁹ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 170.

³²⁰ ALFONSIN, B. de M. Obra citada, p. 167.

³²¹ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 186.

autorização de uso para fins comerciais: não é um *direito* do possuidor, mas uma *faculdade* da administração pública, caracterizando-se como um ato discricionário³²²; de impossível transferência; de livre revogação por interesse público, sem direito a indenização³²³; não sendo o ocupante titular de um direito de natureza real³²⁴.

A partir disso, pode-se definir a autorização da seguinte forma:

A autorização de uso é ato unilateral, porque, não obstante outorgada mediante provocação do particular, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogada a qualquer momento quando o uso se revelar contrário ao interesse público. Seu efeito é constitutivo, porque outorga ao particular uma faculdade que ele não poderia exercer sem a edição desse ato, ou seja, confere-lhe o poder de utilizar privativamente parcela de bem público, com exclusão de terceiros³²⁵.

Por fim, ressalte-se que essa autorização só pode ser efetivada em áreas de baixa renda, que serão objeto de regularização e urbanização³²⁶.

3.2.6 Planejamento Urbano e regularização

O instituto da concessão de uso especial para fins de moradia até agora analisado, apesar de sua importância prática, diante de diversas ocupações irregulares localizadas em imóveis públicos, carece de efetividade, muito em razão da ausência de vontade política, sobretudo municipal, para sua implementação, visto que não é do interesse de qualquer proprietário dispor, mesmo que de algumas faculdades de seus bens. Outro obstáculo encontrado, vêm das próprias comunidades beneficiadas.

Em relação ao planejamento urbano é fundamental a lei do plano diretor. Plano diretor, que é uma lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º, da Constituição Federal), onde será definido o destino de cada parcela do território do Município e a melhor forma e ocupação, visando garantir o melhor interesse coletivo³²⁷.

³²² Diante dessa constatação não é cabível a tutela do Judiciário.

³²³ Trata-se de um direito precário.

³²⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Concessão de uso especial para fins de moradia* (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 170.

³²⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *idem*, p. 171.

³²⁶ BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 186.

³²⁷ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. *Plano Diretor*, p. 73.

Essa lei, até a edição do Estatuto da Cidade, representava um instrumento técnico, dominado por profissionais como engenheiros, arquitetos, geógrafos, etc³²⁸. Hoje, entretanto, essa panorama foi modificado pois, nos termos legais, no processo de elaboração deve ser garantida a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações de vários segmentos da comunidade, bem como a publicidade e amplo acesso a qualquer interessado aos documentos e informações produzidos. Em resumo,

...é acima de tudo um pacto entre a população e o seu território. Trata-se de ferramenta valiosa para compartilhar a gestão do espaço local, democratizar os equipamentos urbanos, usufruir com racionalidade dos recursos naturais e fortalecer o potencial de renda e emprego de cada lugar³²⁹.

A partir desses apontamentos é possível verificar que especificamente em relação ao instituto ora analisado, não há que se falar em ingerência na autonomia municipal, posto que cabe aos Municípios estabelecer “*a política urbana que vai conferir eficácia ao direito à moradia decorrente da aplicação da concessão de uso especial*”³³⁰.

O planejamento urbano, em sintonia com os instrumentos de gestão democrática, e principalmente com o anseio popular, na busca dessa efetivação cabe ao Município no que concerne à concessão de uso especial: estabelecer critérios de aplicação do instituto; definir áreas onde a concessão será aplicada, áreas com possibilidade utilização para realocação; definir áreas públicas da União, dos Estados e do próprio Município, ocupadas por população de baixa renda como Zonas de Especial Interesse Social, etc³³¹.

Além dessas medidas, por vezes meramente teóricas, haja vista que podem não ser implementadas na prática, é preciso um planejamento urbano ativo na constituição de programas de regularização das diversas áreas públicas ocupadas pelo país.

Quanto à relutância das comunidades que poderiam ser beneficiadas, utilizar-se-á uma experiência do projeto de extensão Direito e Cidadania: a luta pela moradia, para demonstrar tal fato. No ano de 2007, o referido projeto iniciou contato

³²⁸ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. Idem, p. 14.

³²⁹ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretária Nacional de Programas Urbanos. Idem, p. 06.

³³⁰ SAULE, JR, N. Obra citada, p. 406.

³³¹ SAULE, JR, N. Idem, p. 407.

com a associação de moradores da Vina União, localizada em área recém adquirida à época pela Prefeitura de Almirante Tamandaré, a fim de tentar junto à Administração Municipal a concessão especial de uso do solo para fins de moradia coletiva, visto que a comunidade cumpria todos os requisitos legais anteriormente explanados no presente estudo. Ocorre, entretanto, que ao contrário do esperado, a comunidade, ao ser esclarecida sobre os termos e condições da concessão de uso especial coletiva, optou por não requerer junto à Administração Pública seu direito, por entender que não 'compensava' uma regularização que não os tornariam proprietários, desconsiderando o fato de que a moradia adequada estaria garantida.

Verifica-se a partir da experiência relatada que a simples previsão de instrumentos como o objeto desse estudo não é suficiente para a solução de problemas de ocupações irregulares no país.

É preciso uma compreensão, não apenas dos operadores de direito, mas também das comunidades beneficiadas, embora não seja a solução ideal, sobretudo diante da falta de infra-estrutura das áreas ocupadas, para o caso de ocupações consolidadas, a facilitação da regularização, como a segurança da posse, é melhor do que a repressão³³², sendo que o planejamento não deve se restringir apenas à concessão de um título, mas também albergar um esclarecimento e uma real qualidade de vida para a população de baixa renda beneficiada, não apenas no caso do instituto analisado, mas para todos os instrumentos de regularização, sob pena de descumprimento das normas constitucionais de política urbana.

³³² SMOLKA, Martim O. Obra citada, p. 270.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade ao longo da história recebeu diversos contornos, de acordo com a mentalidade da sociedade em que estava inserida, apresentando também diversas limitações, sobretudo em razão da ótica econômica adotada.

Atualmente, apesar das tentativas de modificação da mentalidade moderna de propriedade, merecendo destaque especial a noção, bem como a inserção na Constituição da República, da função social da propriedade, ainda predomina a noção individualista, abstrata e excludente do instituto, formada e codificada nos séculos XVIII e XIX, com uma valorização extrema do “ter” em detrimento do “ser”.

Ainda que o ordenamento apresente limitações ao exercício do direito pelo proprietário, tanto para a propriedade privada quanto para a pública, que condicionam o reconhecimento e a tutela do direito, isso não chega a representar um respeito a condição dos não-proprietários.

Nesse sentido é que se insere o direito à moradia, alçado à qualidade de direito social em nossa Carta Maior, que mesmo não estando condicionado à aquisição da propriedade pelo beneficiário, é diretamente afetado pelo descumprimento das limitações impostas à propriedade, visto que alguns dos institutos albergados pelas políticas públicas de regularização em nosso país possuem como fundamentação/razão de implementação o descumprimento de algumas dessas limitações. Cite-se como exemplo a usucapião especial urbana e a concessão de uso especial para fins de moradia, objeto do presente estudo.

A concessão de uso especial é um instituto que visa o acesso da população de baixa renda, residente em áreas públicas, à uma moradia regular, sem interferir nas limitações naturais impostas aos bens públicos, em razão do interesse coletivo que agregam. Somente esse objetivo social já justificaria a sua implementação, porém outros argumentos devem ser levados em conta.

Esse instituto apresenta uma alternativa ao Poder Público de concretização de um direito social que é o direito à moradia (assim como a concessão de direito real de uso, que recebe tratamento especial, com dispensa de diversas formalidades, quando visa projetos de habitação), para um número considerável de cidadãos, sem a necessidade de um gasto muito elevado de recursos do Estado, visto que a área objeto da concessão já integra o patrimônio estatal. Ressaltada essa importância, não poderiam

ser suscitados argumentos contrários em razão da necessidade de obras/gastos do Poder Público com urbanização nas áreas objeto da concessão de uso especial, pois estas seriam requisitadas na implementação de qualquer loteamento nos moldes tradicionais. Além disso, esse instituto pode ser utilizado, até mesmo como uma forma temporária de regularização, enquanto se constroem loteamentos regulares destinados a essa específica camada da população.

Apesar das arguições pela inconstitucionalidade da concessão de uso especial, seja pela falsa idéia de ingerência na competência de outro ente federativo seja pela conclusão de que a concessão não está prevista no texto constitucional, impossível desconsiderar que a Administração Pública não pode ser protegida no seu não cumprimento da função social da propriedade, em especial em relação aos bens dominicais, perante os quais ela se comporta como qualquer outro proprietário. Privilegiar o ente público neste descumprimento é que deve ser considerado inconstitucional.

Sobre o prazo para aferição dos requisitos da concessão de uso especial, estabelecido até 30 de junho de 2001, cumpre ressaltar que cabe aos Municípios, sobretudo quando da elaboração dos seus Planos Diretores, implementar a renovação desse prazo, sob pena de um injusto e desigual tratamento de novas ocupações, permitidas e toleradas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de cinco anos, em face das existentes antes de 2001.

Ressalte-se que o reconhecimento do direito à moradia dos ocupantes dessas áreas não significa e nem implica em um estímulo a novas ocupações, pois, o ordenamento jurídico oferece ao proprietário, uma especial tutela, sobretudo para reaver a propriedade de quem irregularmente a detenha. No caso da concessão de uso especial, a configuração do direito, significa que houve uma negligência ou descaso por parte do ente público pelo prazo de cinco anos.

Dessa forma, é preciso uma conscientização de não há uma perda da propriedade no sentido estrito, já que o domínio permanece com o Poder Público, mas um ganho com a diminuição dos problemas sociais da população e com a efetivação do direito social à moradia, tão relegado em nome de um número maior de propriedades, ainda que ociosas e inúteis para a Administração, seja federal, estadual ou municipal.

Essa conscientização deve ser buscada também na população/comunidade beneficiada que, como explicitado, em alguns casos, possui a noção mais individualista possível em relação à propriedade. Como superar isso? É difícil responder, porém a tentativa de uma nova visão, buscada por projetos de extensão como o Direito e Cidadania e o SAJUP devem ser considerados uma avanço.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: OSÓRIO, Leticia Marques (Org.) *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 157-172.

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; NADOLNY, Karen Cristine Nadolny; GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; ALMEIDA JUNIOR, Reinaldo Santos de; COSTA JR. Rodolfo Perckles. *A garantia do direito à cidade e do direito à moradia como pressuposto para a realização da regularização fundiária*. In: Revista Jurídica Themis, nº. 17, 2005/2006. Curitiba: Multgraphic.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 12 ed. rev. e acres. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escolha & escassez: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A Função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, p. 313-319, out./dez. 1996.

AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor Ltda., 2008. p. 111-147.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL, Estatuto da Cidade (2001). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10 de julho de 2001* (Estatuto da cidade: guia de implementação pelos municípios e cidadãos). Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2001.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria de Planejamento Nacional de Programas Urbanos. *Regularização Fundiária*. Coordenação Geral de Raquel Rolnil *et alli*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005.

_____. *Plano Diretor*. Coordenação Geral de Raquel Rolnil *et alli*. Brasília: Ministério das Cidades, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. (5ª reimpressão). Coimbra: Almedina. [s d].

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CORTIANO JUNIOR, Erolths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o Direito romano e o direito civil brasileiro*. 15 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 16 ed. São paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherm Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 561-572.

_____. Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001). In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 150-171.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*, São Paulo, ano 86, v. 309, p. 25-32, jan./fev./mar. 1990.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19 ed. Atual por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONDINHO, André Osório. Função Social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução: Luiz Ernani Fritolo e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 547-466.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil. In: *Revista da faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 1, nº. 1. São Bernardo do Campo/Sp: A faculdade, 2004, p. 271-289.

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Tradução com adaptação e modificações, do professor Alcides Tomasetti Jr. [s.l.] [s.d] [s.d].

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro* 34 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida Mello. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C (Org.). *Os clássicos da política*. 13 ed. São Paulo: Ática, 2004, v. 1. p. 78-110.

MOREIRA, Mariana. A história do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor Ltda., 2008. p. 323-345.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

OSÓRIO, Leticia Marques. Concessão de direito real de uso. O avanço da legislação de Porto Alegre. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limond, 1999, p. 63-126.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras* (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAULE, JR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SMOLKA, Martim O. Regularização da ocupação do solo urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____ *Temas de Direito Civil*. 3 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo da história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WEIGAND, Vera Maria. Concessão de direito real de uso e as novas disposições de registro imobiliário. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limond, 1999, p. 63-126.