

TEXTO DEFINITIVO

Dia 28.06.04 - TARDE

GRUPO 2: Direito à moradia: Segurança da Posse, Urbanização, Financiamento e Acesso à terra.

Márcia Rosa de Lima: marcialima@cpovo.net

O direito fundamental à moradia X o patrimônio público X posse: convergências e antagonismos das normas

Márcia Rosa de Lima¹

1. Introdução. 2. Preceito constitucional. 3. Características dos bens públicos. 4. O respeito às normas constitucionais: os antagonismos. 5. O respeito às normas constitucionais: a convergência. 6. A solução dentro do direito.

1. Introdução.

É sabido que a realidade gera as mudanças legislativas. Desta forma pode-se dizer que o Direito, no Estado Democrático, modifica-se por força dos movimentos sociais, principalmente no que tange à conquista dos direitos fundamentais sociais.

O Direito à moradia, está na categoria dos direitos fundamentais desde a Emenda Constitucional nº 26 , portanto a não muito tempo(2000).

Aonde o direito à moradia do cidadão brasileiro intersecciona com o bem público imóvel?

A própria Constituição Federal fez esta união ao tratar da usucapião urbana no art. 183, traçando um paralelo com a concessão de direito real de uso.

¹ Procuradora do Município de Porto Alegre, membro da Equipe de Assistência Jurídica, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico

Mais adiante, depois de longa discussão, foi aprovada a Lei nº 10.257, denominada Estatuto da Cidade, onde a discussão sobre o direito à moradia foi o ponto central.

Dentro do catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º a 17 da CF/88) está também a propriedade e o exercício da sua função social. Em alguma medida a solução das questões do cidadão brasileiro poderiam ser resolvidas através do cumprimento dos seus direitos fundamentais, ou apenas do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não sei se seria muito “simplista” dizer que a crise do Estado poderia ser resolvida pela aplicação dos princípios constitucionais. Mas pelo menos a crise do Estado frente o Direito. Que Estado pode ser respeitado se não obedece suas próprias normas e princípios?

Lembremos que para a propriedade privada existem obrigações (como atender a função social do bem) e que estas podem gerar limitações considerando o interesse público. Para a propriedade pública não é diferente.

Com certeza a defesa do patrimônio público deve merecer a atenção dos estudiosos do Direito Público, bem como maior atenção dos administradores; mas para que isto aconteça é importante que tenhamos clareza sobre o que constitui o bem público e sobre a forma possível de sua utilização. No entanto há que se harmonizar do direito fundamental da moradia com o dever da administração pública.

Quando falamos em direito à moradia X propriedade privada a resposta é a usucapião, galgada no exercício da função social (urbana ou rural). É a posse garantida.

E quando a propriedade é pública?

2. Preceito constitucional.

O direito à moradia é preceito constitucional, na posição de direito fundamental, conforme insculpido no art. 6º².

Adiante, a Constituição Federal, estabelece no art. 183³ as novas

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (NR) (Redação dada pela EC 26, de 14.02.2000)

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

condições para a aquisição do domínio pelo uso do bem imóvel (lapso de tempo, área do imóvel, forma de uso e exigência de não ser proprietário de outro bem), e ratifica o entendimento de que os bens públicos não são usucapíveis⁴. Contudo afirma que o direito de uso deve ser respeitado por meio da concessão de uso ou concessão de direito real de uso (art. 183, § 1^o). Aqui os antagonismos.

O festejado Estatuto da Cidade⁵ pretendia abordar, nos arts. 15 a 20⁶, a concessão de direito real de uso especial para fins de moradia, artigos

§ 1^o - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2^o - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 183....

§ 3^o - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

⁵ Lei nº 10.257, de 10.07.2001.

⁶ Projeto de lei nº 181, de 1989 (nº 5.788/90 na Câmara dos Deputados):

Art. 15 - *Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados situada em imóvel público, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não seja proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1^o *A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2^o *O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.*

§ 3^o *Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.*

Art. 16 - *Nas áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados situadas em imóvel público, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam concessionários de outro imóvel urbano ou rural.*

Parágrafo único. *Aplicam-se no caso de que trata o caput, no que couber, as disposições dos §§ 1^o a 5^o do art. 10 desta Lei.*

Art. 17 - *No caso de ocupação em área de risco, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei em outro local.*

Art. 18 - *O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.*

§ 1^o *Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.*

§ 2^o *O título conferido por via administrativa ou a sentença judicial servirão para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.*

§ 3^o *Aplicam-se à concessão de uso especial para fins de moradia, no que couber, as disposições estabelecidas nos arts. 11, 12 e 13 desta Lei.*

Art. 19 - *O direito à concessão de uso especial para fins de moradia é transferível por ato inter vivos ou causa mortis.*

Art. 20 - *O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se, retornando o imóvel ao domínio público, no caso de:*

I - o concessionário dar ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou sua família;

II - os concessionários remembrarem seus imóveis.

vetados e que originaram a expedição da Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001.

Esta Medida Provisória, no seu art. 1^o⁷ estabelece limite temporal da ocupação (30 de junho de 2001), ratifica os requisitos constitucionais (limite de área, prazo, condições do possuidor), confirma a situação de direito (portanto exigível perante o titular do bem) e estabelece que tal concessão será gratuita. A despeito de opiniões contrárias, entende-se que tais disposições não atingem, nem retiram, a eficácia e validade de disposições normativas dos demais entes federativos, em relação aos seus bens, tendo em vista a capacidade de gerenciamento que lhes pertence.

Inicialmente é de se ter presente que os direitos fundamentais elencados internacionalmente, visam resguardar, em última instância, a dignidade da pessoa humana, como princípio básico e norteador de um Estado Democrático, e dentro desta perspectiva é que se deve desenvolver o estudo da propriedade e do seu acesso à ela na categoria de direito fundamental. Bem como alicerçar o direito à moradia.

Os direitos fundamentais receberam maior proteção na Constituição Federal de 1988. No dizer do Dr. Ingo Wolfgang Sarlet esta proteção encontra-se consubstanciada pela *“inclusão destes no rol das ‘cláusulas pétreas’(ou ‘garantias de eternidade’) do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado.”*⁸

Assim, é de se dizer que o direito à propriedade presente no Capítulo dos Direitos Fundamentais seria aquele que significa o instituto considerando o cumprimento da sua função social. Não seria considerada protegida pelas normas constitucionais aquela propriedade que não a cumpre.

Parágrafo único. A extinção de que trata este artigo será averbada no cartório de registro de imóveis, por meio de declaração consubstanciada do Poder Público concedente.

⁷ Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001:

Art 1º - *Aquele 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, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1º *A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2º *O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.*

§ 3º *Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.*

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, A concepção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, *in A eficácia dos direitos fundamentais*, p.69, sobre o mesmo tema p.340/372

Para Eros Roberto Grau⁹, a função social determinada no inciso XXIII do art. 5º e no inciso III do art. 170 só pode dizer respeito à propriedade privada, posto que a propriedade pública sempre foi exercida com “função pública”, o que engloba o sentido de atender a função social do bem. E, deste modo, para a propriedade pública não houve nenhuma modificação quanto à sua função.

3. Características dos bens públicos.

Segundo Bandeira de Mello¹⁰, os bens públicos possuem três características: inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei (art. 67 do Código Civil Brasileiro/1916¹¹; art. 100 do Novo Código Civil Brasileiro¹²); impenhorabilidade; e imprescritibilidade.

Para Cretella Jr. estas três características, traduzem, de “modo mais genérico” a “intangibilidade”¹³. Há também a não-oneração, decorrência da impenhorabilidade e da inalienabilidade¹⁴.

Paralelamente ao respeito às características dos bens públicos, o que deve nortear, a atuação e a decisão do administrador público, são os princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal¹⁵, moralidade, eficiência, impessoalidade, legalidade, publicidade e, ainda, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A inalienabilidade está presente nos bens de uso comum e nos de uso especial, enquanto durar a afetação. A alienação destes bens somente acontecerá após a desafetação do uso e então será alienado de acordo com o permitido pela Lei nº 8.666/93, e alterações posteriores, pois passarão à categoria

⁹ GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 4ª ed., revista e atual São Paulo: Malheiros, 1998, p. 257

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 753/755.

¹¹ Código Civil Brasileiro/1916:

Art. 67 – Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

¹² Novo Código Civil Brasileiro:

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2000; p. 556

¹⁴ No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 6ª ed. Revista e atual., São Paulo: Revista dos tribunais, 2002; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 37. A administração pública direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também, ao seguinte: (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998)

de bens dominiais¹⁶. Já o gasto de pecúnia (dinheiro público) é tratado na Lei nº 4.320/64 e na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e sujeita-se ao Controle do Tribunal de Contas.

Outra característica é a impenhorabilidade, e esta decorre do art. 100¹⁷ da Constituição Federal, e isto por ausência, uma vez que para fazer executar as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública não é permitida a penhora de seus bens, a execução forçada.

A impossibilidade de oneração (ou não oneração) dos bens públicos como diz Hely Lopes Meirelles¹⁸ (das entidades estatais, autárquicas e fundacionais) parece-nos questão indiscutível, diante da sua inalienabilidade e impenhorabilidade.¹⁹

Há ainda a impossibilidade de sua aquisição por usucapião (imprescritibilidade), o que é uma decorrência lógica de sua característica de inalienabilidade originária²⁰. Tal vedação está prescrita na Constituição Federal em

¹⁶ O Decreto-lei nº 9.760/46, Decreto-lei nº 2.398/87 e o Decreto nº 99.741/90 dispõem sobre a alienação de imóveis da União.

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 100. *À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

§ 1º *É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (NR) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13.09.2000)*

§ 1º-A *Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. (AC) (Acréscitado pela Emenda Constitucional nº 30, de 13.09.2000)*

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. ob. cit., p. 501.

¹⁹ Mesmo sentido Diógenes Gasparini. ob. cit., p. 501.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 11831/PB. Min. Rel. Dias Trindade. Terceira Turma, de 30 de março de 1993: *CIVIL. ALIENAÇÃO DE BEM PÚBLICO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. PRESCRIÇÃO. Não prescreve a ação para obter declaração de nulidade de venda de bem público, sem autorização legislativa, posto que a inalienabilidade dos bens públicos impede a sua perda e a aquisição por outrem pelo decurso de tempo. Mesmo sentido: RESP 12511/SP.*

seus art. 191, parágrafo único²¹ e §3º do art. 183, e encontra-se, também, na Súmula 340²² do Supremo Tribunal Federal²³.

É de se ressaltar que, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região²⁴, já sumulou decisão acerca da possibilidade de usucapião de domínio útil de bem público federal (terreno de marinha) onde o domínio útil pertencia à particular em razão da enfiteuse, sendo usucapível apenas este, mantendo o domínio da União e a característica de imprescritibilidade do bem. Do ponto de vista prático, esta divisão da prescritibilidade do domínio útil e do formal, não faz sentido, uma vez que o uso será mantido com o possuidor e retirado do titular o poder de disposição.

É de se dizer que a Constituição Federal já previu a hipótese de concessão de uso, com caráter real, para aquele ocupante de área pública nas mesmas condições do ocupante de área privada usucapível²⁵. É a posse garantida quando o imóvel ocupado é público.

Para cotejarmos o direito à moradia com as características dos bens públicos, devemos ver as convergências e os antagonismos.

4. O respeito às normas constitucionais: os antagonismos.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 191. *Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.*

Parágrafo único. *Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 340: *Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.*

²³ Seguindo a regra constitucional, o Novo Código Civil mantém esta característica:

Art. 102. *Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.*

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação cível nº 110959/PE Relator: Juiz Rogério Fialho Moreira, Turma 02. Julgamento: 09 de outubro de 1997. Publicação: 14 de novembro de 1997. **Diário de Justiça**, p. 097490: *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO CONTRA PARTICULAR. DOMÍNIO UTIL. IMÓVEL PÚBLICO. SÚMULA Nº 17 DESTE TRIBUNAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM EXAME DO MERITO.*

1. *O plenário desta corte regional, ao apreciar o incidente de uniformização de jurisprudência na AC Nº 67041-PE, julgado na sessão de 16/08/95, editou a súmula nº 17, a teor da qual, é possível a aquisição do domínio útil dos bens públicos em regime de aforamento, via usucapião, desde que a ação seja movida contra particular, até então enfiteuta, podendo operar essa prescrição aquisitiva sem atingir o domínio direto da União”.*

2. *É, em tese, juridicamente possível o pedido em que se objetive usucapir, de terceiro, o domínio útil de bem pertencente à União.*

3. *Apelação provida.*

Decisão unânime.

No mesmo sentido: Apelação cível nº 8024/CE, AC nº 118648/PE, AC 75235/PE, AC 67041/PE (TRF-5ª REG), RE 81636 e 82106 (STF) RESP 20791/SP E 10986/RS (STJ).

²⁵ Tema a ser abordado neste Capítulo, item 2.4 – Instrumentos de utilização e melhor dissertado no item 4.2 – Concessão de Direito real de uso e especial para fins de moradia.

A política de desenvolvimento urbano traçada pela Constituição Federal de 1988 dá prioridade para o respeito ao cumprimento da função social do imóvel urbano, e deixa claro que os bens imóveis devem ser utilizados, precipuamente, para fins de moradia.²⁶

A Constituição Federal, ao estabelecer no art. 183²⁷, as novas condições para a aquisição do domínio pelo uso do bem imóvel (lapso de tempo, área do imóvel, forma de uso e exigência de não ser proprietário de outro bem), também ratificou que os bens públicos não são usucapíveis (§ 3º) e que o direito de uso poderá ser respeitado por meio da concessão de uso ou concessão de direito real de uso (§ 1º). Há incongruência? Mudou algo nas características dos bens públicos?

Considerando-se a regulamentação desse instituto, pode-se afirmar que os requisitos impostos para a aquisição do direito de uso, em especial o da prova de posse quinquenal de bem público, fulmina com as bases sobre as quais se assenta o regime jurídico dos bens públicos? Ou, o novo instituto pode ser recepcionado pelo direito administrativo, vez que a prescritibilidade atinge tão somente o domínio útil dos imóveis, tendo sido mantidas as características próprias dos bens vinculados ao regime jurídico em questão?

Betânia de Moraes Alfonsin²⁸ aduz que seguindo tradição brasileira, pode-se fazer surgir “a construção hermenêutica que viu no art. 183, § 1º uma clara autorização para a utilização do instrumento da concessão de uso como equivalente da usucapião a ser usada nos terrenos públicos.”

²⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se intimamente vinculado à questão do uso do solo (urbano ou rural). Oportuno destacar o conceito de dignidade da pessoa humana, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60, como: *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*

²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 183 - *Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

§ 1º - *O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*

§ 2º - *Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

§ 3º - *Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

²⁸ 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: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 163.

Os antagonismos estão fulcrados nas características dos bens públicos e na maneira de preservar o direito à moradia do cidadão brasileiro, quando ocupante de área pública.

A concessão de direito real de uso, instituto apresentado como solução para esta antinomia é o meio adequado e possível?

5. O respeito às normas constitucionais: a convergência.

Pretendendo resolver a questão do ocupante de imóvel público urbano que preencheria os requisitos postos para a aquisição do domínio (usucapião), mas que por característica do bem ocupado, não pode ser objeto de transmissão do domínio, veio a inserção da concessão de direito real de uso no art. 183, § 1º da Constituição Federal²⁹.

Cabe dizer que a concessão de direito real de uso é um instituto criado pelo Decreto-lei nº 271, de 28.02.67, no seu art. 7º³⁰. É um contrato administrativo, de direito real, transmissível por ato *inter vivos* e *causa mortis*.³¹

Carvalho Filho aponta, de forma correta, as vantagens para a Administração Pública, da utilização deste instrumento:

“A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será

²⁹ Ver também SAULE JÚNIOR, Nelson, ROLNIK, Raquel. In: **Estatuto da Cidade**: Novas perspectivas para a reforma urbana. São Paulo: Pólis, 2001, 64p. (Cadernos Pólis 4).

³⁰ Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967:

Art. 7º - *É instituída 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 urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.*

§ 1º *A concessão de uso poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.*

§ 2º *Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.*

§ 3º *Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no Contrato ou Termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.*

§ 4º *A concessão de uso, salvo disposição contratual, transfere-se por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre as coisas alheias, registrando-se a transferência.*

³¹ GASPARINI, Diógenes. ob. cit., 692. CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit., p. 896/897.

obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.”³²

A concessão de direito real de uso (definida no Decreto-lei nº 271) não determina qual uso deve ser dado ao bem público concedido, fica ao arbítrio e necessidade da administração-proprietária defini-la. Desta forma, este instrumento pode ser utilizado para a instalação de uma indústria ou comércio.

A concessão de direito real de uso especial guarda todas as características da concessão espacial, instituída pela Medida Provisória nº 2.220: é perene no tempo, real, registrável, resolúvel pelo descumprimento das normas. O que a diferencia da primeira é a especificidade de sua destinação. O uso do bem público concedido somente pode ser para moradia. A pretensão é garantir o direito à moradia. A concessão especial é espécie do gênero concessão de direito real de uso, assim a denominação correta seria concessão de direito real de uso para fins de moradia.

Observando-se o disciplinado na Lei nº 10.257, e imaginando-se a inexistência de terminologia inútil na legislação, vê-se que existe, ainda, uma divisão entre a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia, pois menciona os dois institutos como instrumentos da política urbana (art. 4º, inciso V, alínea “g” e “h”³³).

A concessão de uso especial e de direito real de uso não são instrumentos precários, conferem direitos estáveis, perenes, que permitem e revogação por interesse público, ficando resguardado o direito à indenização do edificado. Diga-se que os dois institutos existem com características diversas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar o Estatuto da Cidade, faz uma interpretação de referido dispositivo constitucional, adequando a lei federal aos seus ditames:

“De qualquer forma, o § 1º do art. 183 existe, e dele tem que ser extraído algum sentido, já que não se pode admitir que a Constituição contenha palavras inúteis, que fiquem sem aplicação. O sentido possível é o já assinalado: como é vedado o usucapião de imóveis públicos, em relação a eles é cabível a transferência do Domínio ou a concessão de uso, não como direito do possuidor do imóveis, mas a critério do Poder Público.”³⁴

³² CARVALHO PINTO, José dos Santos. ob. cit., p. 897.

³³ Estatuto da Cidade:

Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:(...)

V - institutos jurídicos e políticos:

(...)

g) concessão de direito real de uso;

h) concessão de uso especial para fins de moradia;(...

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia (Medida Provisória 2.220, de 4.9.2001), p. 149/170. In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade** - Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

6. A solução dentro do direito.

Para o professor Luiz Edson Fachin³⁵, a função social relaciona-se com o uso da propriedade, alterando alguns aspectos pertinentes a relação externa que seria o seu exercício.

Ao tratar da Política Urbana, no art. 182, “*caput*” e §2º, temos a função social do imóvel urbano definido por lei local (municipal) onde serão elaboradas as diretrizes de sua melhor utilização (plano diretor). Neste ponto percebe-se que a definição da função social de um imóvel urbano será dada pelo interesse da coletividade representado pelo plano diretor da cidade no qual está inserido. Não se trata de definição particular do proprietário do bem, mas sim, será o resultado de uma definição coletiva de interesses, os quais estão voltados para o melhor desenvolvimento da sociedade.

Pode-se dizer, pelo texto atual, que a ordem econômica deve entender o princípio garantidor da propriedade privada e o princípio que impõe ao proprietário o dever de dar ao bem uma destinação voltada à realização do fim previsto expressamente no texto: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Inicialmente é de se ter presente que os direitos fundamentais elencados internacionalmente, visam resguardar, em última instância, a dignidade da pessoa humana, como princípio básico e norteador de um Estado Democrático, e dentro desta perspectiva é que se deve desenvolver o estudo da propriedade e do seu acesso à ela na categoria de direito fundamental.

Contudo o direito à moradia é diferente do direito à propriedade. Estes se encontram de forma antagônicas quando o direito à moradia de um cidadão se contrapõe ao de propriedade de outro por este último não ter

Os direitos fundamentais receberam maior proteção na Constituição Federal de 1988. No dizer do Dr. Ingo Wolfgang Sarlet esta proteção encontra-se consubstanciada pela “*inclusão destes no rol das ‘cláusulas pétreas’(ou ‘garantias de eternidade’) do art. 60, §4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado.*”³⁶

Assim, se a propriedade é um direito fundamental do indivíduo, devemos dizer que corresponde-lhe o dever de fazer cumprir a sua função social, pois o seu descumprimento poderia gerar a usucapião, como apregoa Fachin³⁷:

³⁵ FACHIN, Luiz Edson, **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**, p. 17

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p.69, sobre o mesmo tema p.340/372

³⁷ FACHIN, Ob. Cit., p.95

“... a usucapião concretiza a função social da posse à medida que penaliza o proprietário que não cumpre a função social da sua propriedade.”.

A todo direito corresponde um dever, no caso específico do direito fundamental da propriedade e do seu acesso à ela, o dever existe para o Estado e para o particular(proprietário).

Para a doutrina social da Igreja a propriedade pode ser sintetizada em três aspectos fundamentais:

- “1. A propriedade não é um fim, tampouco um valor absoluto, mas um instrumento a serviço da realização da pessoa humana.*
- 2. Sobre a propriedade privada pesa uma obrigação social que, em certas circunstâncias, pode se sobrepor ao direito individual.*
- 3. A propriedade privada está também subordinada ao trabalho e no trabalho humano encontra sua justificação.”³⁸*

Por óbvio se o Homem tem o direito à propriedade o estado tem do dever de protegê-la e favorecê-la, sem contudo esquecer que não pode favorecer particularmente, mas à coletividade que o compõe e isto somente ocorre quando percebe e atua sob a égide do interesse público.

Não sobrepondo-o de forma indiscriminada, mas adequando-o ao interesse social do momento.

Se ao particular é devido cumprir com a função social do bem que conseguiu conquistar, mas evitar, inclusive o seu perdimento. Da administração, também se exigirá atenção às regras que lhe determinam agir contra este mesmo particular, em favor do coletivo.

A Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, foi publicada para disciplinar a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição Federal.

No art. 1º³⁹, da referida medida, ficam determinados os requisitos para conferência do direito. É estabelecido limite temporal da ocupação (30 de

³⁸ STUMPF, Paulo Umberto, “O direito de Propriedade Privada na doutrina Social da Igreja”, p. 308, in Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena.

³⁹ Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001:

Art. 1º - Aquele 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, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

junho de 2001) e ratificados os requisitos constitucionais (limite de área, prazo, condições do possuidor) vinculados a incidência da norma. Fica, igualmente, disposto que a concessão será gratuita. Confirmada a situação de direito, a concessão torna-se exigível, perante o ente federativo titular do bem.

Após estas rápidas análises, impõem-se as seguintes conclusões:

a) a concessão de direito real de uso, em verdade, surgiu no Decreto-lei nº 271 (art. 7º), apesar da denominação do instituto estar posta como concessão de uso; tal instituto guarda especial relevância para a utilização do bem público pelo particular, sendo um gênero, um tipo específico de contrato administrativo;

b) a concessão de direito real de uso (com finalidade de moradia), respeitando a diretriz geral posta pela legislação federal, deverá receber orientação legislativa de seu ente-proprietário;

c) a concessão de direito real de uso para fins de moradia (posta na Medida provisória nº 2.220), veio dar efetividade ao direito fundamental à moradia, lembrando o Poder Público que também é sua obrigação respeitar a função social da propriedade, mormente do imóvel urbano, bem como, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana

d); a legislação local respeita, de forma mais adequada, aos princípios constitucionais do art. 37, “caput”; No que tange à regularização dos bens públicos, em respeito ao princípio da função social da propriedade e ao disposto no art 1º da CF/88, no âmbito estadual e municipal, será aplicada legislação local.

e) os antagonismos e as convergências entre o direito à moradia e o direito de propriedade encontram solução dentro da interpretação dos princípios constitucionais pátrios.

§ 2º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.